

Ilmo. Sr. Pregoeiro,

Acolho integralmente os fundamentos e as conclusões expostas por V. Sa., que decidiu pela **IMPROCEDÊNCIA** do recurso administrativo interposto pelo licitante, ora recorrente, **MARCOS JEFFERSON BORGES SANTOS - ME** como razões de decidir.

CIÊNCIA AOS INTERESSADOS.

PUBLIQUE-SE.

Fortaleza, 06 de outubro de 2020.



FRANCISCO KENED PEREIRA BARROS
Presidente do BNB Clube de Fortaleza



PREGÃO ELETRÔNICO Nº 01/2020

OBJETO: Aquisição de equipamentos e materiais esportivos para diversas modalidades, equipamentos e materiais de academia, de avaliação física e funcional, de bioimpedância, placares eletrônicos, piso para quadras e academia, tatames, kimonos, sistemas de aquecimento e filtragem para piscinas e tabelas de basquete, visando à atualização e modernização dos parques esportivos que o BNB Clube de Fortaleza disponibiliza aos atletas em formação, na forma do Programa de Formação de Atletas do Comitê Brasileiro de Clubes - CBC, em conformidade com o disposto no Termo de Execução nº 03/2019 e especificações contidas no Termo de Referência.

ASSUNTO: RECURSO ADMINISTRATIVO CONTRA INABILITAÇÃO DE LICITANTE (Lote 01)

RECORRENTE: MARCOS JEFFERSON BORGES SANTOS - ME

PREÂMBULO

Trata-se de recurso administrativo interposto pela licitante MARCOS JEFFERSON BORGES SANTOS - ME, com espeque no art. 44, §1º do Decreto nº 10.024/2019 c/c art. 5º, inciso LV, da CF, item 12.1.3 do edital e art. 16 do Regulamento de Compras e Licitações do Comitê Brasileiro de Clubes – CBC, em face da decisão deste Pregoeiro que a inabilitou nos autos do pregão em epígrafe, relativamente ao Lote 01.

RELATÓRIO

A decisão que levou à inabilitação da recorrente fora fundamentada no descumprimento do disposto no item 6.3.2, alínea “a” do edital que exige a apresentação de índices contábeis para comprovação da boa situação financeira da licitante.

Inconformada com o julgamento da fase de habilitação, a licitante MARCOS JEFFERSON BORGES SANTOS - ME interpôs recurso administrativo, alegando, em apertada síntese, que cumpriu as exigências editalícias, haja vista que enviou o documento de que trata o item 6.3.2, alínea “a” do edital, conforme se pode verificar mediante simples consulta no portal *bbmnet*, plataforma na qual ocorreu a etapa competitiva e de habilitação.

Sustenta que o referido documento fora encaminhado no sistema eletrônico e em seu original através dos CORREIOS, dele constando a autenticação requerida em lei, o que seria suficiente para afastar a sua inabilitação.

Aduz, ainda, que o cálculo dos índices pode ser extraído através de simples operação aritmética que sequer exige conhecimento contábil, podendo ser realizada por qualquer pessoa.

No mais, salienta que o edital exige tão somente a apresentação de índices, a serem calculados em conformidade com as fórmulas apresentadas no instrumento convocatório, de forma que se forem aplicadas as referidas fórmulas com base nos dados apresentados no balanço a exigência editalícia restaria satisfeita.

Por fim, requer que as razões recursais sejam recebidas e providas para o fim de habilitá-lo no certame.



A licitante C&C Campinas Comercial Eireli apresentou contrarrazões ao recurso.

PRELIMINARMENTE

Antes de adentrarmos ao mérito, convém analisar os pressupostos de admissibilidade dos recursos apresentados.

É sabido que os recursos administrativos para serem manejados reclamam o cumprimento de alguns pressupostos processuais básicos, a saber: 1- cabimento e adequação; 2- tempestividade (sob pena de preclusão); 3- regularidade procedimental; 4- legitimidade e 5- interesse processual e 6- inexistência de fato impeditivo ou extintivo.

Por “cabimento e adequação”, entende-se que o recurso interposto deve estar previsto em lei (cabimento), além de ser o recurso adequado para impugnar a decisão (adequação), pois, para cada tipo de decisão, é cabível um recurso próprio e adequado (princípio da unicidade ou unirrecorribilidade recursal). Desta feita, o recurso ora manejado é “cabível” pelo simples fato de estar previsto em lei, e por outro lado, “adequado” para impugnar as decisões que habilitam ou inabilitam licitantes.

A interposição de um recurso está sujeita à observância do prazo fixado em lei, sob pena de intempestividade. O prazo para apresentação das razões recursais é de 05 (cinco) dias úteis, conforme item 12.1.3 do edital, o qual encontram fundamento no parágrafo único do art. 21 do Regulamento de Compras e Contratações do Comitê Brasileiro de Clubes - CBC. Portanto, afigura-se tempestiva a súplica manejada.



O requisito de admissibilidade da “regularidade formal” consiste na exigência de que o recurso seja interposto de acordo com a forma estabelecida em lei e no edital. Assim, o recurso há de ser interposto por petição escrita, dirigido à autoridade superior, por intermédio da que praticou o ato recorrido, na qual contenha a exposição do fato e do direito, a demonstração do cabimento do recurso interposto, além das razões do pedido de reforma da decisão recorrida. Logo, cumprido também esse requisito.

A “legitimidade” para interpor recurso é conferida aos participantes dos certames, devendo ser subscrita por pessoa com poderes para tanto. O recorrente preenche esse requisito.

O “interesse” repousa no binômio utilidade-necessidade, de modo que ao recorrente incumbe o ônus de demonstrar que a interposição do recurso lhe é útil no sentido de poder ensejar situação mais vantajosa do que a advinda com a decisão recorrida. Deve, ainda, demonstrar que a interposição do recurso é a medida necessária para obter essa situação mais vantajosa. Considerando o julgamento das fases de habilitação e classificação de propostas, nasceu para o recorrente a possibilidade em tese de alteração da decisão prolatada, restando demonstrado o interesse processual.

Por fim, o requisito de admissibilidade da “inexistência de fato extintivo ou impeditivo” consiste na exigência de que não tenha ocorrido nenhum fato que conduza à extinção do direito de recorrer ou que impeça a admissibilidade do recurso. Trata-se, a rigor, de requisito de admissibilidade de “cunho negativo”. Parte da doutrina prefere qualificar esse pressuposto como “impedimentos recursais”. Não se vislumbram quaisquer fatos neste viés.

DO MÉRITO

De proêmio, cabe destacar que a licitação se encontra subjugada aos princípios da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo, com previsão no art. 3º da Lei nº 8.666/93, alterada e consolidada, *in verbis*:

“Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, **da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo** e dos que lhes são correlatos.”

O princípio da vinculação ao instrumento convocatório impõe à Administração o dever de cumprir as normas e condições previamente fixadas no edital ao qual se acha estritamente vinculada, conforme exegese do *caput* do art. 41 da Lei nº 8.666/1993, *litteris*:

“Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.”

Por força desse princípio é que o edital faz lei entre as partes e nesta condição obriga tanto a Administração Pública quanto os certamistas, garantindo, assim, segurança e estabilidade às relações jurídicas decorrentes da licitação.

Sobre a vinculação ao instrumento convocatório, leciona o Prof. Marçal Justen Filho, em sua obra “Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos”:

HL

“O descumprimento a qualquer regra do edital deverá ser reprimido, inclusive através dos instrumentos de controle interno da Administração Pública”. (pág. 382).

No dizer do saudoso Prof. Hely Lopes Meirelles, em sua obra “Licitação e Contrato Administrativo”,

“Nada se pode exigir ou decidir além ou aquém do edital, porque é a lei interna da concorrência e da tomada de preços” (pág 88).

Na escolha do vencedor da licitação, deve-se verificar se todos os requisitos expostos no edital de convocação foram atendidos, sendo por óbvio que a melhor proposta para a Administração Pública é aquela que atende de forma perfeita ao edital de convocação.

Na lição de Diógenes Gasparini, o edital *“submete tanto a Administração Pública licitante como os interessados na licitação, os proponentes, à rigorosa observância dos termos e condições do edital”*.

Prossegue o ilustre jurista, nas linhas a seguir:

“(…) estabelecidas às regras de certa licitação, tornam-se elas inalteráveis durante todo o seu procedimento. Nada justifica qualquer alteração de momento ou pontual para atender esta ou aquela situação.”

Ao descumprir normas editalícias, a Administração frustra a própria razão de ser da licitação e viola os princípios que direcionam a atividade administrativa, tais como: o da legalidade, da moralidade e da isonomia.



Nesta esteira colacionamos o posicionamento do STJ:

“O princípio da vinculação ao instrumento convocatório se traduz na regra de que o edital faz a lei entre as partes, devendo os seus termos serem observados até o final do certame, vez que se vinculam as partes.”¹

De mais a mais, é correntio que o processamento e julgamento dos procedimentos aquisitivos públicos deve se efetivar em estrita conformidade com o princípio do julgamento objetivo e, nesse passo, a Administração tem o dever de agir em estrita conformidade com os critérios objetivamente definidos no ato convocatório.

Esta é a exegese do art. 40 da Lei nº 8.666/93 que dispõe sobre o conteúdo do edital da licitação, explicitando, em seu inciso VII, que deverá conter “critério para julgamento, com disposições claras e parâmetros objetivos”.

Além dos princípios da vinculação ao edital e do julgamento objetivo podemos citar também, o não menos considerável princípio da igualdade entre os licitantes.

Princípio de extrema importância para a lisura da licitação pública, significa, segundo **José dos Santos Carvalho Filho**, “*que todos os interessados em contratar com a Administração devem competir em igualdade de condições, sem que a nenhum se ofereça vantagem não extensiva a outro.*”

Observe-se, ainda, o entendimento doutrinário de Celso Antônio Bandeira de Mello sobre o assunto em questão:

¹ STJ. 1ª turma, RESP nº 354977/SC. Registro nº 200101284066.DJ 09 dez. 2003. p. 00213

“1 - Licitação, pois, é um procedimento **competitivo** – obrigatório como regra – pelo qual o Estado e demais entidades governamentais, para constituírem relações jurídicas as mais obsequiosas aos interesses a que devem servir, buscam selecionar sua contraparte mediante disputa constituída e desenvolvida **isonomicamente** entre os interessados, na conformidade dos parâmetros antecipadamente estabelecidos e divulgados.

2 – Fácil é ver-se que a licitação não é um fim em si mesmo, mas um meio pelo qual se busca a obtenção do negócio mais conveniente para o atendimento dos interesses e necessidades públicas a serem supridos, tanto para assegurar, neste desiderato, o pleno respeito ao princípio da **isonomia**, isto é: o dever de ensejar iguais oportunidades aos que pretendem disputar o tratamento das relações jurídicas em que o Poder Público esteja empenhado. Tem, pois um caráter manifestadamente instrumental e **competitivo**, pois é um recurso, uma via, para que as entidades estatais possam aportar idônea e satisfatoriamente na satisfação de um interesse público a ser preenchido mediante relação firmada com outrem. Logo, a obrigatoriedade do uso de tal instituto – sem dúvida importantíssimo, tanto que a própria Constituição o prevê como obrigatório, no art. 37, XXI – (...)”

Fincadas as premissas que devem nortear a decisão da administração, passa-se ao mérito propriamente dito.

Como asseverado anteriormente, a recursante fora inabilitada em face do descumprimento do disposto no item 6.3.2, alínea “a” do Termo de Referência que integra o edital, cuja regra segue abaixo em transcrição literal:

“6.3.2. Balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei, vedada a substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais quando encerrados há mais de 3 (três) meses da data da apresentação da proposta.

a) Apresentação dos seguintes índices que comprovarão a boa situação financeira da licitante:

a.1) Índice de Liquidez Geral maior ou igual a 1,0;

Índice de Liquidez Geral (LG) = $\frac{AC + RLP}{\dots\dots\dots}$



PC + ELP

Onde:

AC é o Ativo Circulante

PC é o Passivo Circulante

RLP é o Realizável a Longo Prazo

ELP é o Exigível a Longo Prazo

a.2) Índice de Liquidez Corrente maior ou igual a 1,0;

$$\text{Índice de Liquidez Corrente (LC)} = \frac{\text{AC}}{\text{PC}}$$

Onde:

AC é o Ativo Circulante

PC é o Passivo Circulante

a.3) Índice de Solvência Geral maior ou igual a 1,0;

$$\text{Índice de Solvência Geral (SG)} = \frac{\text{AT}}{\text{PC} + \text{ELP}}$$

Onde:

AT é o Ativo Total

PC é o Passivo Circulante

ELP é o Exigível a Longo Prazo"

Ocorre que o licitante não apresentou o referido documento em seu original, fato que rendeu ensejo à sua inabilitação, diante da previsão contida no item 10.4 do instrumento convocatório, *in verbis*:

"10.4. Será inabilitado o licitante que não comprovar sua habilitação, seja por não apresentar quaisquer dos documentos exigidos, ou apresentá-los em desacordo com o estabelecido neste Edital."

Da literalidade da norma acima transcrita se percebe claramente que fora exigido dos licitantes a demonstração de três índices contábeis, a saber: liquidez geral, liquidez corrente e solvência geral, todos maiores ou iguais a um.



É sabido que a exigência de índices contábeis em processos licitatórios possui amparo nos § 1º e § 5º do art. 31 da Lei nº 8.666/93, alterada e consolidada, *verbis*:

“Art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a:

[...]

§ 1º A exigência de índices limitar-se-á à demonstração da capacidade financeira do licitante com vistas aos compromissos que terá que assumir caso lhe seja adjudicado o contrato, vedada a exigência de valores mínimos de faturamento anterior, índices de rentabilidade ou lucratividade.

§ 5º A comprovação de boa situação financeira da empresa será feita de forma objetiva, através do cálculo de índices contábeis previstos no edital e devidamente justificados no processo administrativo da licitação que tenha dado início ao certame licitatório, vedada a exigência de índices e valores não usualmente adotados para correta avaliação de situação financeira suficiente ao cumprimento das obrigações decorrentes da licitação.”

Assim, à luz da lei de regência das licitações e contratações públicas, fora exigido, no certame em epígrafe, a apresentação dos índices contábeis indicados objetivamente no edital, relativos ao balanço patrimonial do último exercício social, já exigível e apresentado na forma da lei, como forma de aferir a boa situação financeira da empresa, um dos indicadores da qualificação econômico-financeira dos participantes da disputa.

Oportuno destacar que a boa situação financeira das licitantes, no edital da licitação *sub examen*, será aquilitada mediante a demonstração dos índices de liquidez geral, liquidez corrente e solvência geral, calculados em conformidade com as respectivas fórmulas consignadas no ato convocatório, objetivando demonstrar o seguinte:

Handwritten signature

- O índice de **Liquidez Geral (ILG)** indica quanto a empresa possui em disponibilidades, bens e direitos realizáveis no curso do exercício seguinte para liquidar suas obrigações, com vencimento neste mesmo período.
- O índice de **Liquidez Corrente (ILC)** indica quanto a empresa possui em recursos disponíveis, bens e direitos realizáveis a curto prazo, para fazer face ao total de suas dívidas de curto prazo.
- O índice de **Solvência Geral (ISG)** expressa o grau de garantia que a empresa dispõe em Ativos (totais), para pagamento do total de suas dívidas. Envolve além dos recursos líquidos, também os permanentes.

Para os três índices colacionados (ILG, ILC, SG), o resultado maior ou igual a um é recomendável à comprovação da boa situação financeira, pois demonstraria um equilíbrio nas contas, sendo certo que, quanto maior o resultado, melhor, em tese, seria a condição da empresa.

Ocorre que o licitante, com o dito anteriormente, ao deixar de apresentar o documento em seu original não logrou êxito em demonstrar satisfatoriamente o cumprimento de todos os requisitos editalícios. Portanto, a ausência da apresentação do documento, na forma em que é exigida no edital, não há como ser superada, nesta fase processual.

Sobre o tema qualificação econômico-financeira, são válidos os escólios doutrinários da administrativista Maria Sylvia Zanella Di Pietro: *“quando a Constituição fala em ‘qualificação econômica’, ela está permitindo que se exijam documentos hábeis para demonstrar que a situação econômica da empresa é suficientemente boa para permitir a execução do contrato”*.

KL

O tema é motivo de preocupação não só deste município, mas também do próprio Tribunal de Contas da União (TCU), do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG), da Advocacia-Geral da União (AGU), do Ministério da Previdência Social (MPS), do Ministério da Fazenda (MF), do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (TCE/SP) e do Ministério Público Federal (MPF) que, em conjunto, estudaram amplamente formas de se conseguir maior segurança nas contratações do poder público, nos termos do Acórdão nº 1214/2013-Plenário, do qual resultou na Instrução Normativa nº 06, de 23 de dezembro de 2013, que alterou significativamente a Instrução Normativa nº 02/2008.

Entre as conclusões constantes no substancioso voto do Relator Ministro Aroldo Cedraz, encontra-se:

“as exigências de qualificação econômico-financeira previstas na maioria dos editais não estão sendo capazes de evitar a contratação de empresas sem a devida capacidade econômico-financeira para honrar os compromissos pertinentes à prestação dos serviços”.

Daí a recomendação geral de que os editais sejam mais exigentes quanto à qualificação das licitantes, medida esta que vem sendo seguida por este município em suas contratações.

Enquanto um dos instrumentos de avaliação da qualificação econômico-financeira, é cediço que os índices contábeis devem ser suficientes para demonstrar a capacidade financeira da licitante em executar o contrato, de modo que não se pode fixar índice excessivo ou insuficiente para se demonstrar a boa saúde da licitante em executar o objeto a ser pactuado. Senão vejamos o entendimento no TCU no Acórdão 170/2007-Plenário, quando entendeu ser “vedada a exigência de índices



contábeis não usualmente adotados para a correta avaliação de situação financeira suficiente ao cumprimento das obrigações decorrentes da licitação”.

A observância das regras editalícias é decorrência direta da imposição do princípio da competitividade, justamente porque, se for admitida a possibilidade de flexibilização das regras editalícias, viola-se a igualdade de condições que representa o elemento essencial estruturante da própria noção de licitação pública.

Este tem sido o pronunciamento de todos os tribunais nacionais, a exemplo do Tribunal de Santa Catarina que assim já se manifestou:

“A licitação, procedimento anterior ao contrato administrativo, tem como princípio basilar a vinculação ao instrumento convocatório, que é lei interna do próprio certame e, por isso, deve ser cumprido em sua totalidade, é através dele que ficam estabelecidas as regras para o posterior cumprimento do contrato, faltante um item exigido pelo edital, inabilita-se o proponente. (...) o princípio da isonomia deve ser interpretado de forma sistêmica ao princípio da vinculação do edital, pois este estabelece as regras do certame e aquele garante, dentro da própria licitação, a justa competição entre os concorrentes, a isonomia não deve ser tratada única e exclusivamente como direito dos licitantes, mas também como um conjunto de deveres e limitações impostas pelo próprio edital.” (Tribunal de Justiça de Santa Catarina, MS n.º 98.008136-0, Rel. Des. Volnei Carlin, j. 14.08.02)

Flexibilizar as regras editalícias seria colocar em vantagem o recorrente, em detrimento de todos os demais.

É sabido que o rigor excessivo deve ser afastado, quando se tratar de cláusula restritiva do caráter competitivo, ou ainda, quando a exigência se caracterizar como “excesso de formalismo”, hipóteses que não se enquadram no caso concreto.



Com efeito, a regra editalícia é absoluta e o eventual excesso de formalismo alegado pelo recorrente somente caberia apenas e tão somente se houvesse lacuna interpretativa, o que não é o caso.

Conforme já explanado acima, a regra do edital é clara e deve prevalecer: a não apresentação de documento em seu original comporta a inabilitação.

No caso concreto, é indiscutível que a recorrente não cumpriu com as exigências do edital quando deixou de apresentar os índices contábeis em seu original.

Nas palavras de Marçal Justen Filho, quando da análise de situação semelhante ao do caso concreto, assim se posicionou: “Inexistirá possibilidade de suprir defeitos imputáveis aos licitantes. O esclarecimento de dúvidas não significa eliminar a omissão dos licitantes. Se o licitante dispunha de determinado documento, mas esqueceu de apresentá-lo, arcará com as consequências de sua própria conduta.” (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. São Paulo: Dialética, 2000. p. 433)”. Nessa mesma linha já se posicionou o Superior Tribunal de Justiça:

“Concorrência pública. Exigência editalícia de exibição de RAIS. Tentativa da impetrante de exibir a de uma terceira, fazendo anexar contrato de cessão de mão-de-obra. Subversão das regras do edital. Segurança denegada. **É inconcebível que o procedimento licitatório fique à mercê de procedimentos capazes de gerar situação ilícita e desaconselhável, de favorecimento ou desigualdade. Tal se caracterizaria se a Comissão, após reunião pública, aceitasse complemento oferecido pela Impetrante para satisfazer às exigências editalícias.** Não merece prosperar o agravo.” (STJ, Ag. Instr. Nº 70.351-7-DF, Rel. Min. Hélio Mosimann. DJU de 30.05.95, pág. 15.748, g.)”

De outro lado, o Tribunal de Contas da União, dentre as várias orientações editadas, trouxe através do Excelentíssimo Ministro Relator Adylson Motta, nos autos do Acórdão nº 1.993/2004 o seguinte entendimento:

Como expressamente consignado no art. 43, § 3º, da Lei nº 8.666/93, é vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveriam constar originariamente da proposta, corolário do princípio da igualdade. Impõe-se, assim, aos licitantes cuidado redobrado na apresentação dos documentos exigidos, uma vez que não poderão adicionar documentos nem aditar proposta e outras informações exigidas previamente pelo edital”.

Corroborando com o entendimento acima explanado, restou também consignado pelo Ministro relator Marcos Vinícios Vilaça, através da Decisão 1192/2002 -TCU:

“Não assiste razão à Assessoria Jurídica também quanto à possibilidade de inserção, nos autos da licitação, de documento de domínio público não apresentado pela licitante no envelope ‘documentação’ (fl. 221). O subitem 2.11.8 do edital do Pregão nº 02/2001 dispõe acerca do direito de ser promovida pelo pregoeiro ou autoridade superior, na forma do art. 43, § 3º, da Lei nº 8.666/93, qualquer diligência destinada a esclarecer ou complementar a instrução do processo licitatório, sendo, portanto, ‘vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta’, conforme estabelece o mencionado dispositivo legal”

Outrossim, conforme entendimento do Ministro Relator Benjamin Zymler, nos autos do Acórdão 18/2004 – Plenário do TCU, que: “c) em princípio, aceitar documentos apresentados por licitante após a fase de habilitação e apresentação de propostas significa fazer tábula rasa da impessoalidade, da isonomia e da objetividade do julgamento.”

Assim votou o Ministro Fernando Gonçalves nos autos do Acórdão 311/95 do TCU:



O Tribunal pleno, diante das razões expostas pelo Relator, decide: nos termos do art. 71, IX, da Constituição federal, e art. 45 da Lei nº 8443/93, c/c o art. 240 do Regimento Interno, fixar o prazo de quinze dias, contados da ciência, para que o Presidente da Telecomunicações de Santa Catarina S/A – TELESC- adote as medidas necessárias à anulação da Concorrência nº 044/94, tendo em vista a ilegalidade da retificação do julgamento da proposta vencedora, com base em informação que deveria constar originariamente da proposta de preços, infringindo o disposto no § 3º do art. 43 da lei nº 8.666/93”

Não se perca de vista, outrossim, ainda que se entenda como recomendável a realização de diligências, a doutrina mais autorizada reconhece que haverá um indevido abuso na diligência, em prejuízo à isonomia entre os licitantes se for suprida informação que deveria constar originariamente do documento.

Nesse sentido, confira-se o ensinamento de JESSÉ TORRES PEREIRA JUNIOR:

“A comissão ou a autoridade está proibida de deferir ou ordenar a diligência se esta tiver por objeto a inclusão de documento ou informação que deveria haver acompanhado a proposta (também a documentação) (...) No caso do processo administrativo de licitação, cada licitante sabe, em face das exigências do edital, quais os documentos e informações que deverão estar nos respectivos envelopes. Não os trazer significa descumprir o edital, acarretando-lhe a inabilitação ou desclassificação da proposta. A proibição de serem aceitos posteriormente respeita o direito dos demais licitantes ao processamento do certame de acordo com a exigência do edital. Daí a Comissão ou a autoridade superior sujeitar-se a recurso interponível pelo licitante que considerar abusiva a realização de diligência que abra oportunidade indevida a outro concorrente. (Comentários à Lei de Licitações e Contratos, pag. 525-526, Editora Renovar, 8ª edição, 2009, g)

Ademais, cumpre mencionar que a matéria que o licitante traz à discussão em sede de recurso, não é característica desta fase do processo, haja vista,



que a discussão de regras editalícias deve ser tratada em sede de impugnação, antes da data da sessão pública.

Outra não é a interpretação que pode ser feita ao § 2.º do art. 41 da Lei n.º 8.666/93 que estabelece, *in verbis*:

“§ 2.º Decairá do direito de impugnar os termos do edital de licitação perante a administração o licitante que não o fizer até o segundo dia útil que anteceder a abertura dos envelopes de habilitação em concorrência, a abertura dos envelopes com as propostas em convite, tomada de preços ou concurso, ou a realização do leilão, as falhas ou irregularidades que viciaram esse edital, hipótese em que tal comunicação não terá efeito de recurso.”

Quadra destacar que o instrumento convocatório estabelece a sede e o momento próprios para que os licitantes possam fazer quaisquer investidas contra o edital do certame objetivando a sua modificação. É o que prescreve o item 11.1 do edital, *in verbis*:

11.1. Qualquer pessoa física ou jurídica poderá, no prazo de até 02 (dois) dias úteis antes da data fixada para recebimento das Propostas de Preços, impugnar o ato convocatório deste Pregão e solicitar esclarecimentos, mediante petição a ser enviada exclusivamente para o endereço eletrônico – licitacao@bnbclube.com.br, até às 14 horas, no horário oficial de Brasília-DF.
11.1.1. Decairá do direito de impugnar os termos do edital de licitação aquele que não o fizer dentro do prazo fixado neste subitem, hipótese em que tal comunicação não terá efeito de recurso.

Uma vez expirado referido prazo, decairá o direito do participante de impugná-lo, posto que, passada a fase oportuna, se opera a preclusão lógica, de modo que o edital não pode mais ser objeto de discussão, tornando-se lei entre as partes e,



nesta condição, obriga tanto a Administração quanto os licitantes, os quais ficam subordinados às regras editalícias previamente estabelecidas durante todo o curso do processo.

É certo que inexistiu, por parte da recorrente ou mesmo de qualquer outro interessado em participar do certame, qualquer impugnação às cláusulas do edital que pudesse afastar a regra ora sob ataque, o que configura a ocorrência de preclusão administrativa, ou seja, o recorrente decaiu do direito de questionar as regras aplicáveis ao certame.

Ao sujeitar-se às regras do certame sem ter anteriormente se insurgido contra as cláusulas renunciou ao direito de questioná-las, fazendo-o tão somente nesta oportunidade justamente porque não conseguiu cumprir as regras do edital.

Acerca da preclusão administrativa já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. EDITAL. ALEGATIVA DE VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 27, III E 31, I, DA LEI 8666/93. NÃO COMETIMENTO. REQUISITO DE COMPROVAÇÃO DE QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA CUMPRIDA DE ACORDO COM A EXIGÊNCIA DO EDITAL. RECURSO DESPROVIDO. (...) 4. A impetrante, outrossim, não impugnou as exigências do edital e acatou, sem qualquer protesto, a habilitação de todas as concorrentes. 5. **Impossível, pelo efeito da preclusão, insurgir-se após o julgamento das propostas, contra as regras da licitação.** 6. Recurso improvido. (Resp 402711/SP, Rel. Ministro José

M

Delgado, Primeira Turma, julgado em 11.06.02, DJ 19.08.02, p.145)

Desta feita, considerando que inexistiu no caso em apreço impugnação, resta evidente que o recorrente concordou e se sujeitou a todas as regras do certame.

Colaciona-se, por oportuno, o entendimento do Tribunal de Contas da União em seu Acórdão nº 3474/2006:

“Quando a Administração estabelece, no edital ou na carta-convite, as condições para participar da licitação e as cláusulas essenciais do futuro contrato, os interessados apresentarão suas propostas com base nesses elementos; ora, se for aceita proposta ou celebrado contrato com desrespeito às condições previamente estabelecidas, burlados estarão os princípios da licitação, em especial o da igualdade entre os licitantes, pois aquele que se prendeu aos termos do edital poderá ser prejudicado pela melhor proposta apresentada por outro licitante que os desrespeitou.”

Destarte, enquanto lei interna da licitação, o edital do Pregão Eletrônico nº 01/2020 vinculou tanto a Administração Pública como os licitantes, e, em sendo assim, não seria aceitável que o contratante fixasse no edital a forma e o modo de participação dos licitantes e, no decorrer do processo ou na realização do julgamento, se afastasse das regras editalícias previamente estabelecidas e de todos conhecida ou, o que é pior, aceitasse de apenas um dos participantes a apresentação de documentos em desacordo com o edital.

De mais a mais é cediço que o cumprimento das exigências editalícias competem aos licitantes, os quais não podem pretender transferir ao contratante o ônus da apresentação de documentos habilitatórios, de modo que uma eventual inabilitação deve ser suportada por quem lhe deu causa.



Merece registro, por derradeiro, o fato de que, diferentemente do que fora alegado pelo recorrente, os dados contábeis não estão acessíveis a qualquer pessoa e a sua aplicação na fórmula depende de conhecimento técnico, pois não se identifica no balanço patrimonial, através de uma simples leitura, os dados referentes ao “Realizável a Longo Prazo - RLP” e ao “Exigível a Longo Prazo – ELP”, cuja relevância se dar em virtude da exigência de índices de liquidez geral e solvência geral.

À luz do exposto entende-se que as normas editalícias devem ser observadas por imperativos indeclináveis, posto que é dever do contratante assegurar a segurança jurídica e a isonomia entre os participantes.

Assim sendo, não se pode, por amor à competição, deixar de exigir o cumprimento de requisitos que sejam legais, pertinentes e relevantes ao atendimento do objeto perseguido.

Sequer poder-se-ia afirmar, neste caso, que as exigências editalícias seriam restritivas da competição, nos termos do art. 3º, § 1º, inc. I da Lei 8.666/93.

Com efeito, proclama o mencionado artigo:

"§1º do art. 3º. É vedado aos agentes públicos:

I-admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas e condições que comprometam, restrinjam ou frustem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede, ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato" (grifo nosso).



O renomado Marçal Justen Filho, diz em relação ao art. 3º, §1º da Lei em tela:

"O dispositivo não significa, porém, vedação à cláusulas restritivas da participação. Não impede a previsão de exigências rigorosas. Nem impossibilita exigências que apenas possam ser cumpridas por específicas pessoas. **Veda-se cláusula desnecessária ou inadequada**, cuja previsão seja orientada não a selecionar a proposta mais vantajosa, mas a beneficiar alguns particulares. Se a restrição for necessária para atender ao interesse público, nenhuma irregularidade existirá em sua previsão. Terão de ser analisados conjuntamente a cláusula restritiva e o objeto da licitação. A inviabilidade não reside na restrição em si mesma, mas na incompatibilidade dessa restrição com o objeto da licitação. Aliás, essa interpretação é ratificada pelo previsto no art. 37, inc. XXI, da CF ('... o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações')".

Ainda na mesma obra, afirma:

"O ato convocatório tem de estabelecer as regras necessárias para seleção da proposta vantajosa. Se essas exigências serão ou não rigorosas, isso dependerá do tipo de prestação que o particular deverá assumir"

À luz de todo o exposto e à vista do comando legal e editalício e da melhor doutrina e jurisprudência pátrias e em especial atenção aos princípios da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo, da isonomia e da legalidade e da impessoalidade, consagrados no art. 3º da Lei de Licitações, entende-



se que o recorrente não cumpriu regramento contido no edital do Pregão Eletrônico nº 01/2020, razão pela qual a decisão que declarou inabilitada a licitante **MARCOS JEFFERSON BORGES SANTOS - ME** merece ser mantida, fazendo subir o presente recurso à autoridade superior, com as presentes informações, para a devida apreciação e decisão na forma da lei.

DISPOSITIVO

Assim, o Pregoeiro informa à autoridade superior que o **RECURSO ADMINISTRATIVO** interposto deve ser **CONHECIDO**, por satisfeitos os pressupostos de sua admissibilidade, para, no mérito, ser considerado **IMPROCEDENTE**, na forma desta informação.

Expedientes necessários.

Fortaleza, 06 de outubro de 2020.



Fernando Sérgio Magalhães Almeida
CPF: 314.985.823-20 (Matrícula: 3355)
PREGOEIRO