PEDRO ZACARIAS
ADVOCACIA E CONSULTORIA JURÍDICA

EXCELENTÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DA COMISSÃO DE SELEÇÃO E JULGAMENTO - IBIO - AGB DOCE

CONTRATO DE GESTÃO ANA Nº 072/2011.
MODALIDADE: Coleta de Preços
TIPO: TÉCNICA E PREÇO

OBJETO: "CONTRATAÇÃO DE SOCIEDADE DE ADVOGADOS PARA PRESTAÇÃO DE ASSESSORIA E CONSULTORIA JURÍDICA EM APOIO ÀS ATIVIDADES DO IBIO - AGB DOCE"

"Nada pode ser criado ou feito sem que haja previsão no instrumento de convocação. Esta é a orientação traçada pelo Tribunal de Contas da União ao velar pelo princípio da vinculação ao instrumento convocatório..." (David França Ribeiro de Carvalho)

PEDRO ZACARIAS ADVOCACIA E CONSULTORIA JURÍDICA, CNPJ nº 08.044.005/0001-28, Inscrição Municipal nº 518886 e OAB nº neste ato representada pelo seu sócio **PEDRO ZACARIAS DE MAGALHÂES FERREIRA**, OAB nº 65.339, RG nº M-3.745.882 SSPMG e CPF nº 522.082.146-68, vem, respeitosamente, perante a ilustre presença de Vossa Excelência, dentro do prazo legal e nos termos do art. 109, I, "b", da Lei 8.666/93, interpor **RECURSO ADMINISTRATIVO** contra a r. decisão lavrada na Ata da reunião da Comissão realizada no dia 14 de maio p.p. que analisou a proposta de preço e, por excesso de rigor, concluiu pela desclassificação da recorrente, fazendo-o nos seguintes termos:

Rua Marechal Floriano, nº 654, Sala 404, Centro
Governador Valadares MG - – 35010-140
(33) 32715721

TEMPESTIVIDADE DO APELO.

Inicialmente urge demonstrar a tempestividade do presente apelo, protocolado dentro do tríduo previsto no item 61 do Edital. Conforme restou definido na reunião do dia 14/05/2012, "o resultado da avaliação" seria "divulgado no site da IBio – AGB DOCE até as 18:00 do dia 15 de maio de 2012, abrindo o prazo recursal" como de fato foi feito. Assim, protocolado nesta data, encontra-se tempestivo o presente recurso.

1 - MOTIVO DO APELO

1.1 - DESCLASSIFICAÇÃO - PROPOSTA DE PREÇO – RIGOR EXCESSIVO DA COMISSÃO.

A douta Comissão, data vênia, agindo com rigor excessivo, ao analisar a proposta de preços apresentada pela Recorrente houve por bem em determinar sua desclassificação ao argumento de que a mesma não juntara no Envelope 2 (proposta de preços), os formulários 5, 6 e 7.

Para tanto, baseou-se nas disposições do item 3 do ato convocatório, afirmando que "os envelopes devem conter documentos distintos" e alegando, ***sem fundamentação legal***, que a "proposta de preço deverá ser composto pelo Anexo V ***e seus formulários*** devidamente preenchidos"

Tais formulários, como restou ratificado pela própria Comissão, foram juntadas pela Recorrente no envelope 1 já que ***não há no Ato Convocatório nenhuma referência dizendo que o mesmo deve vir anexado no envelope 2*** que, como restará demonstrado adiante, deve conter única e exclusivamente a ***PROPOSTA DE PREÇO***, nada mais.

Entretanto, entendeu a concorrente remanescente em questionar a ausência dos formulários 5 (resumo dos custos), 6 (Discriminação das remunerações) e 7 (discriminação das despesas com viagem) alegando descumprimento das normas do ato convocatório o que, data vênia, não procede.

Ainda assim, apesar das considerações lançadas pela Recorrente na própria assentada, evidenciando que **inexiste previsão legal** nesse sentido, que haveria **rigor excessivo** se tal medida fosse tomada e desconsiderando a **inexistência de prejuízo** à licitante remanescente e ao processo bem como, e principalmente, a desconsideração de **proposta mais vantajosa** para a administração pública, promoveu a desclassificação da Recorrente.

Há, portanto, rigor excessivo da comissão na desclassificação da proposta de preços medida que pode e deve ser reparada

imediatamente pelo IBio evitando o manejamento da máquina do Judiciário pela Recorrente para vir confirmar a tese aqui levantada.

1.2 – INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL – VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO – INOVAÇÃO DA COMISSÃO.

Como dito alhures, não há previsão legal para que os formulários 5, 6 e 7 sejam juntados dentro do envelope 2, da proposta de preços. Pelo contrário, conforme já eriçou na própria ata da assentada realizada, **""pelas disposições do item 2.10, letra B, do Ato Convocatório n 2/2012 "o envelope 2 conterá a proposta de preço", nada mais. Se fosse a vontade da contratante em estabelecer regra diversa, ali estaria inserido que o envelope 2 deveria conter a proposta de preço e os formulários 5,6 e 7**"".

Vale gizar: "O envelope 2 conterá **a** proposta de preço". (artigo definido feminino singular) evidenciando que não há exigência de juntada de outros formulários. Acrescente-se ainda que o artigo é ainda utilizado da mesma forma no item 4.1 do Ato Convocatório ao afirmar que "**a** proposta de preço deve ser apresentada em envelope distinto das demais".

De se notar que a tese agora levantada tem respaldo inclusive, no abalizado parecer jurídico de f. 417, da lavra do Dr. David França Ribeiro Carvalho, que assessora a Contratante, quando aquele parecerista assim se manifestou:

> "O Ato Convocatório é instrumento que vincula os participantes à forma de participação e de competição entre os concorrentes. A inobservância de qualquer de seus itens por parte da Administração representa uma violação frontal aos princípios, contidos no art. 2º da Resolução ANA 552/2011, pelos quais se pautam este procedimento de seleção, verbis:
>
> Art. 2º - As compras e as contratações de obras e serviços necessários às finalidades das entidades delegatárias reger-se-ão pelos princípios básicos da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, da eficiência, da igualdade, da economicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo, e dos que lhe são correlatos". [grifo nosso]
>
> ***Nada pode ser criado ou feito sem que haja previsão no instrumento de convocação. Esta é a***

orientação traçada pelo Tribunal de Contas da União ao velar pelo princípio da vinculação ao instrumento convocatório..." (g.s)

Nada pode ser criado ou feito...

A comissão **está criando uma nova obrigação** não constante no Ato Convocatório, ou seja, está a exigir, sem respaldo legal, data vênia, que os formulários citados sejam juntados no envelope 2, que deverá conter apenas a proposta de preço.

1.3 – RIGOR EXCESSIVO DA COMISSÃO – PROPOSTA IMACULADA – CLARIDADE E HONESTIDADE – INEXISTÊNCIA DE "VANTAGEM SURPRESA" – INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO.

Dispõe o art. 3º, da Lei de Licitações que:

> Art. 3º - A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração 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."

Da mesma forma, dispõe o art. 41 que a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

Data maxima venia, ao desclassificar a Recorrente a douta comissão agiu com rigor excessivo que não encontra guarida no moderno posicionamento doutrinário e jurisprudencial brasileiro merecendo ser revisitada imediatamente tal decisão para que não se perpetue a injustiça praticada.

Ainda que, **absurdamente**, restasse configurada a hipótese de juntada irregular das peças, entendendo que sua juntada no envelope 1 descumpriu determinação do Ato Convocatório e supondo que estes documentos deveriam ser juntados no envelope 2, não haveria nisso dano ao processo, **caracterizando-se, quando no máximo, em mera falha formal**, incapaz de macular o procedimento adotado até agora pela IBio.

Para justificar seu suposto equívoco, poderia a Recorrente basear-se, por exemplo, na existência de vício formal na redação da cláusula 3.1 do Ato Convocatório, já que, ali encontra-se gravado erroneamente que o

envelope 1 conterá a proposta de preço quando, na realidade, tal envelope é da proposta técnica.

Vide:

> 3.1 – O envelope contendo a proposta de **preço** deve ser entregue em envelope lacrado com a indicação externa envelope "1" - "PROPOSTA TÉCNICA", distinto do envelope 2 que deverá conter **a** Proposta de Preço e o envelope 3, que deverá conter a Documentação de Habilitação. (g.s).

Entretanto, não será necessário chegar-se a tal absurdo.

Doutrinariamente, vale transcrever posicionamento tomado dos mestres administrativistas Ivan Rigolin e Marco Bottino[i], quando afirmam que:

> "pequenas falhas formais, que não maculem nem comprometam a clareza e a honestidade, neste caso das propostas, **não prejudicam a sua aceitabilidade**, quando sem dificuldade podem ser supridas ou esclarecidas, na sessão de julgamento à vista de todos os presentes e constando o fato da ata da sessão"

Convincente é então o entendimento de Yara Monteiro[ii], verbis:

> No exame da documentação e decisão quanto à habilitação – quer ocorra na própria sessão de abertura dos envelopes, quer em sessão reservada – deve a Comissão ter em mente sempre a finalidade da licitação e a finalidade da fase de habilitação no procedimento. A licitação tem duplo objetivo: a escolha do melhor contrato para a Administração e a realização do princípio de igualdade de acesso e de disputa entre os particulares interessados. A fase de habilitação presta-se a aferir se aqueles que pretendem contratar com a Administração estão qualificados técnica e financeiramente para executar o objeto licitado. Ora, se pretende a entidade promotora do certame obter a melhor proposta de contrato, certo é que terá melhor condição de escolha ante um maior leque de opções, ou seja, de propostas.

Nesse sentido doutrina e jurisprudência têm asseverado que a fase de habilitação não deve pautar-se por rigorismo excessivo. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul proferiu acórdão sempre lembrado pela doutrina ao discorrer sobre o tema que vale, uma vez mais, reproduzir:

"*Visa a concorrência pública fazer com que o maior número de licitantes se habilitem para o objetivo de facilitar aos órgãos públicos a obtenção de coisas e serviços mais convenientes a seus interesses. Em razão desse escopo, exigências demasiadas e rigorismos inconsentâneos com a boa exegese da lei devem ser arredados. Não deve haver nos trabalhos nenhum rigorismo e na primeira fase da habilitação deve ser de absoluta singeleza o procedimento licitatório".*

Neste mesmo diapasão é o entendimento de ***Adilson Abreu Dallari***, quando da conta de que

"existem várias manifestações doutrinárias e já existe jurisprudência no sentido de que, na fase de habilitação, não deve haver rigidez excessiva; deve-se procurar a finalidade da fase de habilitação, deve-se verificar se o proponente tem concretamente idoneidade.

Afirma ainda o mestre administrativista que, nesta fase:

"Se houver um defeito mínimo, irrelevante para essa comprovação, isso não pode ser colocado como excludente do licitante. ***Deve haver uma certa elasticidade em função do objetivo****, da razão de ser da fase de habilitação; convém ao interesse público que haja o maior número possível de participantes". (g.s)*

Yara Monteiro (o.c), finalmente, com clareza sem precedente, grava:

Registre-se por fim, que a disputa que se trava no certame licitatório objetiva a eleição da melhor proposta de contrato **e não a seleção da empresa que demonstre maior Know-how no preparo do envelope-documentação e da proposta***. De tal sorte que a avaliação deve privilegiar o conteúdo e não apenas a forma.*

Não seria justo a um escritório mineiro deixar de citar em suas considerações sobre a doutrina o que pensava o maior de todos os mestres administrativistas brasileiros, o saudoso Hely Lopes Meirelles, orgulho do nosso povo.

Disse o Mestre:

> *"A desconformidade ensejadora da desclassificação da proposta deve ser substancial e lesiva à Administração ou aos outros licitantes, por um simples lapso de redação, ou uma falha inócua na interpretação do edital, não deve propiciar a rejeição sumária da oferta. Aplica-se aqui a regra universal do utile per inutile non vitiatur, que o direito francês resumiu no pas de nullité sans grief.* ***Melhor será que se aprecie uma proposta sofrível na apresentação, mas vantajosa no conteúdo, do que desclassificá-la por um rigorismo formal e inconsentâneo com o caráter competitivo da licitação****". (in Licitação e Contrato Administrativo, 9. ed., Ed. RT, p. 136). (g.s)*

Não destoa então o posicionamento jurisprudencial, valendo a pena transcrever alguns excertos que caem como luva na análise do presente apelo.

Do Tribunal de Contas da União tomou-se o seguinte entendimento que até hoje predomina naquela casa.

> *"o apego a formalismos exagerados e injustificados é uma manifestação perniciosa da burocracia que, além de não resolver apropriadamente problemas cotidianos, ainda causa dano ao Erário, sob o manto da legalidade estrita. Esquece o interesse público e passa a conferir os pontos e vírgulas como se isso fosse o mais importante a fazer. Os princípios da proporcionalidade e razoabilidade acarretam a impossibilidade de impor conseqüências de severidade incompatível com a irrelevância de defeitos. Sob esse ângulo, as exigências da Lei ou do edital devem ser interpretadas como instrumentais" (TCU, 004809/1999-8, DOU 8/11/99, p.50, e BLC nº 4, 2000, p. 203).*

No Tribunal de Justiça de Minas Gerais tal entendimento também é pacífico e se acaso aquele órgão for novamente incitado a se pronunciar sobre casos como este, não haverá divergência.

Dentre tantas jurisprudências que poderiam ser colacionadas, a Recorrente transcreve apenas essa, na certeza de que não há dúvida.

> *APELAÇÃO CÍVEL. NÃO CONHECIDA. REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. HABILITAÇÃO. EXIGÊNCIAS EXCESSIVAS. Nas ações mandamentais, a autoridade coatora é intimada sobre o conteúdo da decisão, mas a legitimidade para recorrer é da pessoa jurídica de direito público a que esteja vinculada. A finalidade precípua de qualquer procedimento licitatório é a busca da proposta mais vantajosa para a Administração de forma a alcançar satisfatoriamente o interesse público, utilizando-se, para tanto, de um número crescente de participantes.* **A inabilitação com base em defeitos capazes de serem suprimidos pela comissão processante no ato da licitação e que ofendem os princípios da eficiência, da legalidade, e da vinculação ao instrumento convocatório é ilegal**. *Recurso de apelação não conhecido. Reexame conhecido. Sentença confirmada. V.V.*[iii]

Da mesma forma, não há prejuízo ao processo ou a outra licitante remanescente, merecendo ser considerado tal pressuposto na análise do presente recurso. Mesmo com a juntada dos formulários no envelope 1, nenhum prejuízo processual foi ocasionado não podendo restar perpetuada tal decisão da comissão.

1.4 – PROPOSTA MAIS VANTAJOSA PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

Está gravado no art. 3º, §1º, da Lei n. 8.666/93:

> *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. (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010) (g.s)*

Com a abertura da proposta de preço, constatou-se que a proposta mais vantajosa para a Administração Pública é a que foi feita pela Recorrente já que está apresentou um preço menor e ainda venceu na quesitação técnica.

Pacífico também o entendimento do TJMG quanto ao direito agora invocado, verbis:

> *APELAÇÃO CÍVEL - ADMINISTRATIVO - MANDADO DE SEGURANÇA - LICITAÇÃO - PREGÃO - EMPRESA PEQUENO PORTE - EDITAL - EXIGÊNCIA - HABILITAÇÃO - BALANÇO PATRIMONIAL - RAZOABILIDADE. RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO E PROVIDO. I - A existência de formalidades e a observância ao princípio da vinculação ao edital no procedimento licitatório* ***não podem importar na imposição de formalismos exacerbados****, já que o procedimento não se constitui um fim em si mesmo, ao contrário, tem por escopo selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração, mas, ao mesmo tempo, busca propiciar a todos os interessados igual oportunidade de contratar com o Poder Público. II - É requisito para habilitação de licitante, dentre outros, a comprovação de qualificação econômico-financeira da empresa, a qual pode ser demonstrada pela apresentação do balanço patrimonial e demonstrações contábeis, relativo ao último exercício social previsto na lei de licitações. III - Configura excesso de formalismo a inabilitação da licitante cuja proposta foi a mais vantajosa para Administração em razão da apresentação 'incompleta' do balanço patrimonial, pois a ausência do 'termo de abertura' não é suficiente para macular o conteúdo do documento, devidamente chancelado pela Junta Comercial, autenticado no Cartório do 3º Ofício, assinado por contador e ratificado pelo sócio-gerente.*[iv]

E mais...

> *MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. EDITAL. INTERPRETAÇÃO DE SUAS CLÁUSULAS. CAPACIDADE TÉCNICA DE PARTICIPANTE. COMPROVAÇÃO. SEGURANÇA CONCEDIDA. -* ***Se o motivo da inabilitação da impetrante não encontra respaldo no edital licitatório, sob***

> ***censura se encontra o ato que a alijou do certame.*** *- Os atestados de capacidade técnica indicam que a impetrante possui condições de executar o serviço licitado, máxime se não contraposta prova em contrário. - A impessoalidade, manifestada em julgamentos concretos e objetivos, é o traço fundamental que deve caracterizar todo processo licitatório, que, a seu turno, assenta no princípio maior da moralidade (art. 37 da CR). - A vinculação do edital e o julgamento objetivo, princípios que devem nortear a licitação, somente se comprazem com a interpretação finalística das cláusulas editalícias na escolha da melhor e mais vantajosa proposta para a entidade licitante.*[v] *(g.s)*

Colocadas tais considerações, requer seja dado provimento ao apelo, reformando a decisão de desclassificação da Recorrente, após oitiva da licitante remanescente, para que, cristalina, impere a Justiça.

Tomada decisão nesse sentido, pede seja a mesma novamente publicada no lugar de costume, para conhecimento de todos.

Decorridos três dia desta derradeira publicação, em nada sendo requerido por nenhum dos interessados, requer se digne Vossa Excelência em marcar data para abertura do envelope com os documentos de habilitação jurídica.

Governador Valadares MG
Em 18 de maio de 2012.

PEDRO ZACARIAS DE MAGALHÃES FERREIRA
OAB MG 65.339
Sócio Administrador

---

[i] In Manual Prático das Licitações, Ed. Saraiva, 4ª Ed. , p. 401/402
[ii] Yara Darcy Police Monteiro, in Licitação: Fases e procedimento, Ed. NDJ, p. 95 e SS.
[iii] Processo 1.0512.08.051240-7/001(1), Des. Rel. Dídimo Inocêncio de Paula, DJMG 17/03/2009
[iv] Processo nº 1.0317.09116126-3/001(1), Des. Rel. Bitencout Marcondes, DJMG 01/12/2010
[v] Processo nº 1.002408171347-1/002(1), Des. Rel. Belizário de Lacerda, DJMG 23/09/2011