



Superintendência Estadual de Compras e Licitações - SUPEL

EXAME

EXAME DE RECURSO ADMINISTRATIVO

Pregão Eletrônico Nº: PE 306/2021/SUPEL/RO

Processo Administrativo Nº: 0009.427860/2020-69 – Departamento de Estradas e Rodagens - DER/RO

Objeto: Registro de Preços para Eventuais e Futuras Aquisições de Defensas Metálicas e Hidrossemeadura, conforme Termo de Referência - Anexo I do Edital.

Empresa Recorrente: J. CANUTO FLOR NATURAL, CNPJ 84.577.139/0001-92

1. SÍNTESE DAS INTENÇÕES DE RECURSO

1.1. DA ADMISSIBILIDADE DA INTENÇÃO DE RECURSO

A intenção de recurso impetrada pela empresa J. CANUTO FLOR NATURAL, no item 02 do PE 306/2021, foi interposta dentro do prazo fixado por este Pregoeiro, de 20 minutos, e, por ser motivada e tempestiva, foi acolhida, razão pela qual foi fixado o prazo de 03 dias úteis para apresentação de suas razões recursais, nos termos da Lei Federal 10.520/02.

1.2. DA INTENÇÃO DE RECURSO

No item 02, a empresa recorrente aduziu o seguinte:

O Edital é claro ao indicar a necessidade de comprovação de 5% apenas para o item 01. Vejamos: “a. Item 01: Parcela de maior relevância: Fica determinado como parcela de maior relevância o Item 01, tendo em vista o seu valor estimado de (...)” a regra não pode ser aplicada ao item 02, pois irá contrariar o edital. Outra solução seria aplicar o §3º, do art. 48 da Lei 8.666/93. Temos condições de apresentar, de imediato, atestados que contemplem quantitativos superior a 5%.

2. SÍNTESE DAS RAZÕES RECURSAIS

A licitante J. CANUTO FLOR NATURAL, sustenta, em síntese, que fora definido no Edital do PE 306/2021, como parcela de maior relevância e valor significativo, em sede de qualificação técnica, o item 01, registrando o disposto no item 13.8 do Edital, que reza que:

“ 13.8. RELATIVOS À QUALIFICAÇÃO TÉCNICA

(...)

a. Item 01: Parcela de maior relevância: Fica determinado como parcela de maior relevância o Item 01, tendo em vista o seu valor estimado de R\$ 16.952.281,92 (dezesesseis milhões, novecentos e cinquenta e dois mil, duzentos e oitenta e um reais e noventa e dois centavos). “

Nesse viés, concluiu a recorrente que "*não pode ser inabilitada pela ausência de comprovação de um quantitativo que foi indicado para outro item que nem mesmo estamos participando*".

Noutro norte, a empresa J. CANUTO FLOR NATURAL sustenta que é possível realizar diligência para sanar eventuais falhas em sua documentação, apegando-se a Jurisprudência do Egrégio Tribunal de Contas da União (Acórdão 2.521/2017-TCU-Plenário e Acórdão n. 1211/2021-P), bem como ao item 24.11 do Edital.

Adiante, a empresa J. CANUTO FLOR NATURAL, defende a aplicação do disposto no §3º, do art. 48, da Lei 8.666/93, que reza que:

§ 3º Quando todos os licitantes forem inabilitados ou todas as propostas forem desclassificadas, a administração poderá fixar aos licitantes o prazo de oito dias úteis para a apresentação de nova documentação ou de outras propostas escoimadas das causas referidas neste artigo, facultada, no caso de convite, a redução deste prazo para três dias úteis.

Por fim, discorrendo sobre o formalismo excessivo, apresenta seus pedidos.

3. SÍNTESE DAS CONTRARRAZÕES

Não houve contrarrazão.

4. DO EXAME DE MÉRITO

Inicialmente, colaciono abaixo as disposições do Edital, documento id SEI 0018141948, página 15/16, que, a título de qualificação técnica fixou o seguinte:

13.8. RELATIVOS À QUALIFICAÇÃO TÉCNICA

13.8.1. As empresas deverão apresentar Atestados de Capacidade Técnica (declaração ou certidão), fornecido por pessoa jurídica de direito público ou privado, comprovando o desempenho da empresa LICITANTE em fornecimento pertinente e compatível EM CARACTERÍSTICAS e QUANTIDADES com o objeto desta licitação, nos termos do Art. 3º, inciso III, da Orientação Técnica Nº. 001/2017/GAB/SUPEL/RO. (Base Legal: art. 30, II c/c § 1º da Lei Federal 8.666/93; IN 05/2017/MPOG, a saber:

Art. 3º Os Termos de Referência, Projetos Básicos e Editais relativos à aquisição de bens e materiais de consumo comuns, considerando o valor estimado da contratação, devem observar o seguinte: (...) (...)

III – acima de 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais) – apresentar Atestado de Capacidade Técnica compatível em características e quantidades, limitados a parcela de maior relevância e valor significativo;

a. Item 01: Parcela de maior relevância: Fica determinado como parcela de maior relevância o Item 01, tendo em vista o seu valor estimado de R\$ 16.952.281,92 (dezesesseis milhões, novecentos e cinquenta e dois mil, duzentos e oitenta e um reais e noventa e dois centavos).

13.8.2. Entende-se por pertinente e compatível em características o(s) atestado(s) que em sua individualidade ou soma de atestados, contemplem o fornecimento anterior de entrega de produtos condizentes com o objeto desta licitação;

13.8.3. Entende-se por pertinente e compatível em quantidade o(s) atestado(s) que em sua individualidade ou soma de atestados, comprove o fornecimento de no mínimo **5% (cinco por**

cento) do quantitativo do item em que esteja participando;

13.8.4. Na ocorrência do percentual requerido para o quantitativo apresentar fração, considerar-se-á o número inteiro imediatamente superior.

Como se pode aferir, no item 13.8.3, fixou o ato convocatório que os licitantes deveria comprovar o fornecimento anterior de, no mínimo, 5% (cinco por cento) do quantitativo **"DO ITEM EM QUE ESTEJA PARTICIPANDO"**.

Cientes de que a empresa J. CANUTO FLOR NATURAL participou do item 02, no PE 306/2021, e sabendo que o quantitativo total do item 02 é 157.958 Metros Quadrados, chegamos facilmente em 5% (cinco por cento) desse total, que resulta em 7.897,90 metros quadrados.

Todavia, a empresa recorrente somente comprovou apenas o fornecimento anterior de um total de 2.860 Metros Quadrados, isso somando todos os atestados apresentados, bem como o quantitativo que consta na Nota Fiscal, ou seja, foi corretamente inabilitada, por descumprir os termos do ato convocatório.

Não foi contabilizado o quantitativo do item 01 para habilitação ou inabilitação da empresa J. CANUTO FLOR NATURAL (como tenta supor a empresa recorrente), mas sim o quantitativo do item em que a empresa participou efetivamente da licitação em tela, o que foi anunciado na Ata do PE 306/2021, perante todas as empresas - vide documento id SEI 0019038406, página 06.

Entretanto, é importante registrar que, mesmo se o total de 5% (cinco por cento) fosse aferido do item 01, no qual constou como item mais importante/relevante da licitação, a empresa J. CANUTO FLOR NATURAL estaria inabilitada da mesma forma, já que 5% (cinco por cento) do item 01 resulta no total de 3.679,20 metros quadrados, e, como já vimos, a recorrente somente comprovou o total de 2.860 Metros Quadrados.

Diante do cenário acima, a inabilitação da empresa recorrente foi medida que se impôs, em respeito ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório e ao julgamento objetivo, encartados no art. 3º, CAPUT, da Lei Federal N. 8.666/93.

Noutro norte, não há o que se falar em realização de diligência a fim de possibilitar a inclusão de documento novo, sob pena de se vulnerar gravemente o princípio da legalidade, capitulado na Carta Magna de 1988, art. 37, bem como no art. 3º, da Lei Federal 8.666/93. A este respeito reza o art.43, §3º, da Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos, vejamos:

§ 3º É facultada à Comissão ou autoridade superior, em qualquer fase da licitação, a promoção de diligência **destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo, vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta.**

Como se vê acima, o objetivo da realização de diligência é **"esclarecer ou complementar"** a instrução do processo, sendo vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta. Ora, se a empresa J. CANUTO FLOR NATURAL detém outros atestados de capacidade técnica, aptos a comprovar sua qualificação, todavia não os juntou, há de arcar com a responsabilidade de sua omissão.

Ademais, o ato convocatório do PE 306/2021 não permite a realização de diligência para o fim defendido pela empresa recorrente, inclusão de documento novo, vejamos:

24.3. O(a) Pregoeiro(a) ou a Autoridade Competente, é facultado, em qualquer fase da licitação a promoção de diligência, destinada a esclarecer ou complementar a instrução do processo, **vedada**

a inclusão posterior de documentos ou informações que deveriam constar do mesmo desde a realização da sessão pública.

Adiante, o Acórdão 1.211/21, oriundo do Plenário do Eminentíssimo Tribunal de Contas da União, fora retirado de contexto pela empresa J. CANUTO FLOR NATURAL, eis que não defende, **de forma generalizada**, a inclusão de novo documento, a revelia do que dispõe o próprio Estatuto Jurídico de Licitações, Lei N. 8.666/93, em seu art. 43, §3º, antes, firma entendimento de que é possível a juntada de documento ausente, **comprobatório de condição atendida pelo licitante quando apresentou sua proposta, desde que não alterem a substância da proposta, dos documentos e de sua validade jurídica**, vejamos:

*“9.4. deixar assente que, o pregoeiro, durante as fases de julgamento das propostas e/ou habilitação, deve sanear eventuais erros ou falhas **que não alterem a substância das propostas, dos documentos e sua validade jurídica**, mediante decisão fundamentada, registrada em ata e acessível aos licitantes, nos termos dos arts. 8º, inciso XII, alínea “h”; 17, inciso VI; e 47 do Decreto 10.024/2019; **sendo que a vedação à inclusão de novo documento, prevista no art. 43, §3º, da Lei 8.666/1993 e no art. 64 da Nova Lei de Licitações (Lei 14.133/2021), não alcança documento ausente, comprobatório de condição atendida pelo licitante quando apresentou sua proposta, que não foi juntado com os demais comprovantes de habilitação e/ou da proposta, por equívoco ou falha, o qual deverá ser solicitado e avaliado pelo pregoeiro”**; (destaquei)*

No caso em tela, permitir que a empresa J. CANUTO FLOR NATURAL apresente novos atestados de capacidade técnica, viola o disposto no próprio Acórdão 1.211-21, eis que **a inclusão posterior iria alterar o conjunto de documentos apresentados anteriormente**. Ademais, a decisão acima, reza que o documento ausente (o suposto "novo documento") **deveria comprovar condição atendida pelo licitante quando apresentou a proposta, ou seja, na melhor interpretação, no meu sentir, deveriam haver dentre os documentos apresentados pela empresa recorrente, algum que apontasse para a regularidade anterior da empresa em tela**.

Um exemplo seria se a empresa recorrente tivesse esquecido de apresentar sua Certidão Negativa de Falência e Recuperação Judicial, todavia, em seu Balanço Patrimonial, houvesse vultuoso patrimônio líquido, apontando para possível boa saúde financeira da empresa. Nesse caso, um documento juntado pela empresa apontaria para a boa saúde financeira da empresa (Balanço Patrimonial), uma condição existente antes da apresentação da proposta pela licitante, entretanto, teríamos ausente a Certidão de Falência e Recuperação Judicial.

Diante de um conflito de informações, como nesse exemplo, entendo que caberia ao Pregoeiro realizar diligência para sanar a obscuridade manifesta, permitindo a juntada da Certidão de Falência e Recuperação Judicial a fim de testificar ou não a suposta regularidade econômico-financeira da empresa licitante, já apontada em documento regularmente anexado ao sistema de Compras Governamentais. Apesar do exemplo, não estou aqui a defender tal posicionamento como regra geral. É preciso analisar o caso concreto.

Nesse sentido também já se posicionou o Tribunal de Contas da União, vejamos:

*É irregular a inabilitação de licitante em razão de ausência de informação exigida pelo edital, **quando a documentação entregue contiver de maneira implícita o elemento supostamente faltante e a Administração não realizar a diligência prevista no art. 43, § 3º, da Lei 8.666/1993, por representar formalismo exagerado, com prejuízo à competitividade do certame**. (destaquei)*

Acórdão 1795/2015-Plenário

No caso concreto, não há documento algum que faça ao menos esse Pregoeiro supor que a empresa J. CANUTO FLOR NATURAL detém qualificação técnica, ou seja, nada há de forma documental capaz de gerar dúvida se a empresa recorrente detém ou não expertise técnica, antes temos que a empresa recorrente deixou de comprovar que já forneceu 5% (cinco por cento) do quantitativo do item no qual

concorreu, o item 02. E mesmo ante ao item 01, que tem quantitativo menor, a empresa recorrente estaria inabilitada, como já tratamos acima.

Assim, não há justificativa alguma, em minha análise, para permitir, a revelia do que dispõe o ordenamento jurídico, a inclusão de novos atestados de capacidade técnica, eis que o caso em tela não se amolda a hipótese legal e jurisprudencial debatida acima. Ademais, apesar de utilizarmos as decisões do Tribunal de Contas da União como farol em meio a névoa das dúvidas que ora abatem os operadores do direito, não estamos subordinados ao controle daquele Egrégio Tribunal, e mesmo que no caso em tela estivéssemos, não poderíamos generalizar um decisão específica, em um caso concreto específico, para direcionar atos no caso em tela.

O princípio da legalidade é constitucional, está, repito, insculpido na Constituição Federal de 1988, no art. 37, CAPUT, e se sobrepõe ao entendimento particular de um ministro (a quem reverenciamos e prestamos homenagem), que exarou seu entendimento particular em um caso específico, que nada tem de harmônico com a tese defendida pela empresa J. CANUTO FLOR NATURAL, que o que fez bem foi tirar de contexto a decisão da Corte de Contas da União a fim de defender posicionamento mais conveniente a si mesma.

A caminho de findar a análise de mérito, analisando a tese de que seria possível aplicar ao caso em tela o disposto no §3º, do art. 48, da Lei 8.666/93, preciso manifestar meu alinhamento com o que defende o nobre professor Marçal Justen Filho, a saber:

"a regra infringe princípios constitucionais e não pode ser considerada válida. Uma vez verificada a existência de defeitos na documentação ou na proposta de todos os licitantes, a única solução cabível seria renovar o procedimento de seleção de interessados. A consequência seria, então, a extinção do procedimento licitatório.

Em princípio, a Administração deverá renovar a licitação, reavaliando inclusive os termos do instrumento convocatório (que, por excessiva sumariedade, pode ter sido fator relevante para a desclassificação). Ou seja, o dispositivo transforma os anteriores licitantes em titulares de faculdade incompatível com regras e princípios constitucionais.

Então, embora descumprindo as exigências, os licitantes "desclassificados" adquiririam a faculdade privativa de fornecer novas propostas. Verificar-se-ia uma espécie de tomada de preços entre pessoas pré-escolhidas e predeterminadas. Ora, suponha-se que um terceiro se encontre em condições de contratar com a Administração e não tenha participado da licitação.

Desclassificadas todas as propostas, esse terceiro teria frustrado o direito de participar da nova formulação de propostas. (...) **Se todas as propostas foram desclassificadas, não há fundamento jurídico para restringir a apresentação de novas propostas apenas aos anteriores participantes. Essa restrição é indevida e ofende os princípios da isonomia, da moralidade e da competitividade. Impede a indevida e injustificadamente a participação de interessados no procedimento licitatório**".

(Justen Filho, Marçal - Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei 8.666/1993 - 18. ed. rev., atual. e ampl. -- São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019; pag. 1.116)

Um dos objetivos da licitação é, de acordo com o art. 3º, da Lei Federal N. 8.666/93, garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, em estrita conformidade com os princípios básicos do direito administrativo, dentre os quais, devemos considerar o da competitividade. No meu sentir, alinhando-me ao que propaga o professor Marçal Justen Filho, a aplicação do disposto no art. 48, §3º, da Lei Federal N. 8.666/93, fere os princípios da isonomia e competitividade.

Ademais, é preciso termos em mente que a regra disposta no dispositivo debatido acima está relacionada com as modalidades de licitação encartadas na Lei Federal N. 8.666/93 (concorrência, tomada de preços,

etc), onde, tradicionalmente, a etapa de habilitação precede a etapa de julgamento de proposta. Nessas modalidades, caso alguma empresa seja inabilitada, perde o direito, de participar das fases subsequentes, conforme §4º, do art. 41, da Lei Federal N. 8.666/93, vejamos:

A inabilitação do licitante importa preclusão do seu direito de participar das fases subsequentes.

Esse entendimento já foi inclusive confirmado pelo Tribunal de Contas da União, vejamos:

Ora, **se a inabilitação tem como efeito a preclusão do direito do licitante em permanecer no certame, não há como se falar em estender prazo a todos os licitantes, inclusive os inabilitados, por ocasião da abertura de novo prazo já na fase de apresentação de propostas.**

TCU- Decisão 085/1998 - Plenário - Relator: Ministro Adhemar Paladini Ghisi

Então, se houvesse aplicação subsidiária, em uma modalidade de licitação tradicional, a empresa J. CANUTO FLOR NATURAL teria perdido o direito de prosseguir no certame (sua proposta, ao menor, não poderia ser considerada). **Todavia, o Pregão é regido pela Lei Federal N. 10.520/02, que não é omissa em relação ao procedimento (de julgamento de proposta e habilitação) a ser adotado nessa modalidade, sendo assim, caso houvesse alguma tendência em se aplicar o disposto no §3º, art. 48, da Lei Federal N. 8.666 (o que da minha parte não há), seria preciso avaliar se o disposto na Lei Geral é aplicável a modalidade de Pregão, já que o Estatuto Jurídico próprio (Lei N. 10.520/02), que trata sobre a aceitação de propostas e também habilitação, não prevê a regra disposta dispositivo debatido acima, não havendo, nesse caso, ao meu ver, o que se falar em aplicação subsidiária, vejamos:**

Art. 4º A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:

XI - examinada a proposta classificada em primeiro lugar, quanto ao objeto e valor, caberá ao pregoeiro decidir motivadamente a respeito da sua aceitabilidade;

XII - encerrada a etapa competitiva e ordenadas as ofertas, o pregoeiro procederá à abertura do invólucro contendo os documentos de habilitação do licitante que apresentou a melhor proposta, para **verificação do atendimento das condições fixadas no edital;**

XIII - a habilitação far-se-á com a verificação de que o licitante está em situação regular perante a Fazenda Nacional, a Seguridade Social e o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS, e as Fazendas Estaduais e Municipais, quando for o caso, com a comprovação de que atende às exigências do edital quanto à habilitação jurídica e qualificações técnica e econômico-financeira;

Como é fácil notar, em momento algum a Lei Federal N. 10.520/02, que, repito, não é omissa acerca das etapas de julgamento de propostas e habilitação, prevê a possibilidade de, desclassificadas todas as propostas ou inabilitadas todas as empresas, fixar prazo para apresentação de nova documentação ou propostas. **Na esfera estadual, o pregão eletrônico é regulamentado pelo Decreto Estadual 26.182/21, de 24 de junho de 2021, que também não autoriza a aplicação do disposto no art. 48, §3º, da Lei Federal N. 8.666, antes estipula que cabe ao licitante remeter, no prazo estabelecido, exclusivamente via sistema, os documentos de habilitação e a proposta, vejamos:**

Art. 19. Caberá ao licitante interessado em participar do pregão, na forma eletrônica:

(...)

II - **remeter, no prazo estabelecido, exclusivamente via sistema, os documentos de habilitação e a proposta e, quando necessário, os documentos complementares;**

O Edital do PE 306/2021 foi claro quando requereu que todos os documentos de habilitação e proposta fossem apresentados antes da abertura do PE, no sistema de Compras Governamentais, documento id SEI 0018141948, página 67, vejamos:

I – Deverá o licitante, após a divulgação do edital no sítio eletrônico encaminhar, exclusivamente por meio do sistema, **CONCOMITANTEMENTE** a PROPOSTA conforme item 11 e seus subitens do edital e os **DOCUMENTOS DE HABILITAÇÃO** conforme item 13 e seus subitens do edital, sob pena de **INABILITAÇÃO**.

Assim, precisamos nos ater a legalidade exposta no ordenamento jurídico e as regras do instrumento convocatório, e não forçar entendimentos impraticáveis para socorrer empresa descuidada, que, por não se atentar o suficiente as regras do Edital e cochilar ante a necessidade de apresentar os documentos requeridos no ato convocatório do PE 306/2021 foi (ao meu ver) corretamente inabilitada. Ante ao caso concreto, e ao disposto acima, resta-me posicionar, como sempre, em harmonia com o que dispõe a Lei, farol maior que deve conduzir os atos de todo agente público.

5. CONCLUSÃO

Por todo exposto acima, entendo que os princípios licitatórios insculpidos no art. 3º, CAPUT, da Lei Federal 8.666/93 foram respeitados, pelo que não vislumbro ser o caso da aplicação da Autotutela (Sumula 473 do STF, e art. 53, CAPUT, da Lei Federal 9.784/99), e sem me alongar sobre o tema, decido, com fundamento nos valores do Julgamento Objetivo, Legalidade, Vinculação ao Instrumento Convocatório e Isonomia, da forma infra colada.

6. DECISÃO

Julgo **IMPROCEDENTE** o recurso da empresa J. CANUTO FLOR NATURAL, no item 02.

(conforme termos e assinatura digital abaixo)



Documento assinado eletronicamente por **Jader Chaplin Bernardo de Oliveira, Pregoeiro(a)**, em 14/07/2021, às 14:38, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no artigo 18 caput e seus §§ 1º e 2º, do [Decreto nº 21.794, de 5 Abril de 2017](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site [portal do SEI](#), informando o código verificador **0019275857** e o código CRC **23DE04C5**.