

ILUSTRÍSSIMA SENHORA PRESIDENTE DA COMISSÃO DE LICITAÇÃO DO CONSELHO DE ARQUITETURA E URBANISMO DE SANTA CATARINA – CAU/SC

DD. DRA. LETÍCIA HASCKEL GEWEHR

TOMADA DE PREÇOS Nº 03/2017

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 043/2017

IDEO COMUNICAÇÃO LTDA. – EPP, já devidamente qualificada no âmbito do Certame em epígrafe, vem tempestivamente perante Vossa Senhoria, por meio de representante legal, com fundamento no Item 21.2 do Edital, apresentar

CONTRARRAZÕES A RECURSO ADMINISTRATIVO

interposto pela empresa **SAVANNAH SOLUÇÕES EM COMUNICAÇÃO LTDA – EPP**, também já devidamente qualificada nos autos, pelas razões de fato e de direito que passa a expor.

1. DO BREVÍSSIMO RELATO DOS FATOS

O CONSELHO REGIONAL DE ARQUITETURA E URBANISMO DE SANTA CATARINA – CAU/SC realiza licitação para a contratação de empresa especializada para a prestação de serviços de assessoria de comunicação externa com veículos de imprensa, produção de conteúdo e administração de marketing digital do CAU/SC conforme especificações contidas neste instrumento e anexos.

Irresignada com o resultado do certame, a licitante SAVANNAH SOLUÇÕES EM COMUNICAÇÃO LTDA – EPP, após regular processamento do torneio, interpôs recurso administrativo afirmando que a RECORRIDA NÃO CUMPRIU OS ITENS 5.1, 8.13 e 8.14 do Termo de Referência.

5. EQUIPE MÍNIMA PARA ATENDIMENTO DO CONTRATO

5.1. A **Contratada** prestará serviços através de equipe técnica que deverá contar, no mínimo, com profissionais de Comunicação/Jornalismo;

I. 01 jornalista para produção de conteúdo, release, textos, notas, fotos digitais e demais materiais. Os referidos profissionais deverão ser os mesmos (OU COM QUALIFICAÇÃO SIMILAR) que apresentaram a documentação para a Proposta Técnica e possuir registro profissional vigente no órgão competente;

II. 01 especialista em administração de redes sociais (social media/webdesigner). Os referidos profissionais deverão ser os mesmos (OU COM QUALIFICAÇÃO SIMILAR) que apresentaram a documentação para a Proposta Técnica;

III. 01 coordenador: pessoa responsável pelo contato com o CAU/SC e definição de alinhamento estratégico de cada ação de assessoria de imprensa e redes sociais. Este profissional deve possuir formação superior na área e registro profissional vigente no órgão competente;

8.1.3. Entregar declaração com a relação de sua estrutura básica, contendo indicação das instalações físicas, dos equipamentos, perfil do "mailing list" e da organização do processo editorial (equipe técnica e forma de atendimento), **de modo a garantir o cumprimento do objeto da licitação.**

8.1.4. A licitante deverá ter, no mínimo, estrutura de atendimento na região da Grande Florianópolis-SC. Caso não possua, a Licitante deverá apresentar declaração na qual se compromete a montar sua estrutura de atendimento na região da Grande Florianópolis-SC, **no prazo de 30 dias após assinatura do contrato.**

Serão demonstrados que os argumentos expendidos pela RECORRENTE não têm fundamento sendo escorreita a decisão da Administração.

1. DO MÉRITO

Abaixo as razões de mérito pelas quais entende a RECORRIDA não haver fundamento para o prosseguimento, da forma como se encontra, da presente licitação.

1.1. Da tempestividade

Considerando o prazo fixado no Item 21.2. do Edital, em até 5 (cinco) dias úteis, ou seja, **até 26/12/2016 (terça-feira)**, razão pela qual é **plenamente tempestiva** a presente impugnação.

1.2. Da preliminar do direito dos administrados

Em sede de preliminar, é fundamental destacar que a legislação em vigor estabelece vários direitos dos administrados, administrados estes que incluem os participantes de licitações públicas.

Nesse sentido, dispõe a Lei nº 9.784/1999 que:

Art. 3º O administrado tem os seguintes direitos perante a Administração, sem prejuízo de outros que lhe sejam assegurados:

I - ser tratado com respeito pelas autoridades e servidores, que deverão facilitar o exercício de seus direitos e o cumprimento de suas obrigações;

II - **ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado**, ter vista dos autos, obter cópias de documentos neles contidos e **conhecer as decisões proferidas**;

III - **formular alegações** e apresentar documentos antes da decisão, **os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente**;

IV - fazer-se assistir, facultativamente, por advogado, salvo quando obrigatória a representação, por força de lei.

Além disso, fixa também que:

Art. 48. A Administração tem o **dever de explicitamente emitir decisão nos processos administrativos e sobre solicitações** ou reclamações, em matéria de sua competência.

A Administração, nesse sentido, tem o dever-poder de **decidir e motivar** as respostas aos assuntos que lhe são submetidos.

É nesse sentido também o entendimento do Poder Judiciário, em voto lapidar do Ministro Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Mandado de Segurança nº 24268 / MG:

Não é outra a avaliação do tema no direito constitucional comparado. Apreciando o chamado 'Anspruch auf rechtliches Gehör' (pretensão à tutela jurídica) no direito alemão, assinala o 'Bundesverfassungsgericht' que essa pretensão envolve não só o direito de manifestação e o direito de informação sobre o objeto do processo, mas também o direito de ver seus argumentos contemplados pelo órgão incumbido de julgar (Cf. decisão da Corte Constitucional alemã - BVerfGE 70, 288-293; sobre o assunto, ver, também, Pieroth e Schlink, Grundrechte - Staatsrecht II, Heidelberg, 1988, p. 281; Battis, Ulrich, Gusy, Christoph, Einführung in das Staatsrecht, 3a. edição, Heidelberg, 1991, p. 363-364).

Daí afirmar-se, correntemente, que a pretensão à tutela jurídica, que corresponde exatamente à garantia consagrada no art. 5º, LV, da Constituição, contém os seguintes direitos:

- 1) **direito de informação** ('Recht auf information'), que obriga o órgão julgador a informar à parte contrária dos atos praticados no processo e sobre os elementos deles constantes;
- 2) **direito de manifestação** ('Recht auf Äusserung'), que assegura ao defendente a possibilidade de manifestar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo;
- 3) **DIREITO DE VER SEUS ARGUMENTOS CONSIDERADOS** ('Recht auf Berücksichtigung'), que exige do julgador capacidade, apreensão e isenção de ânimo ('Aufnahmefähigkeit un Aufnahmebereitschaft') para contemplar as razões apresentadas (Cf. Pieroth e Schlink, Grundrechte -Staatsrecht II, Heidelberg, 1988, p. 281; Battis e Gusy, Einführung in das Staatsrecht, Heidelberg, 1991, p. 363-364; Ver, também, Dürig/Assmann, in: Maunz-Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 103, vol IV, n. 85-99).

Sobre o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão julgador ('Recht auf Berücksichtigung') que **corresponde, obviamente, ao dever** do juiz ou **da Administração de a eles conferir atenção** ('Beachtungspflicht') pode-se afirmar que envolve não só o dever de tomar conhecimento ('Kennitnisnahmepflicht'), como também o de **CONSIDERAR, SÉRIA E DETIDAMENTE, AS RAZÕES APRESENTADAS** (Erwägungspflicht) (Cf. Dürig/Assmann, in: Maunz-Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 103, vol. IV, n. 97).

É da obrigação de considerar as razões apresentadas que deriva o DEVER DE FUNDAMENTAR AS DECISÕES (Decisão da Corte Constitucional -- BVerfGE 11, 218 (218); Cf. Dürig/Assmann, in: Maunz-Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 103, vol. IV, n. 97).

Por tais razões, todos os pontos adiante elencados merecem, e devem ser respondidos de forma motivada pela Administração.

Tal recurso administrativo ora se contra-arrazoa.

É o relato do necessário.

1.3 Das limitações ao formalismo exacerbado

Não se olvida o fato de que a licitação, por ser um procedimento formal, não implica na necessidade de a Comissão adotar uma postura **excessivamente formalista e conservadora na análise e no julgamento dos documentos habilitatórios e propostas dos licitantes**, particularmente quando se deparam com falhas adjetivas, irrelevantes e sanáveis, cuja correção não provoque tratamento anti-isonômico aos competidores.

Nesse sentido, destaca André Guskow Cardoso:

[...] a realização de diligências para a correção de vícios diminutos e formais pela Administração constitui derivação direta dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Não é razoável e nem proporcional vedar a participação de determinado licitante diante de falha meramente formal, quando seu 'suprimento não acarrete prejuízo ao processo de licitação nem aos demais licitantes.¹

Nesses termos observa-se que a decisão da Comissão está balizada com a melhor doutrina, jurisprudência dos Tribunais de Contas e com a lei.

1.4 Da regra editalícia da prevalência do edital sob os demais documentos anexos

O que se discute nos argumentos do RECORRENTE é que a RECORRIDA não teria cumprido as exigências dos itens 5.1, 8.13 e 8.14 do Termo de Referência.

Ora, não cumpriu de fato porque o momento de entrega desses documentos é o momento da assinatura do contrato e não no momento da habilitação da empresa.

¹ Disponível em <http://www.justen.com.br//informativo.php?&informativo=16&artigo=811&l=pt#>. Acesso em 03 abr. 2017.

Tanto é assim que tais exigências não constam quando o edital DETERMINA quais seriam os DOCUMENTOS NECESSÁRIOS nos envelopes definidos no item 3, 5 e 6 do edital.

Não é demais observar que a RECORRIDA cumpriu e entregou todos os documentos exigidos nessa fase.

Os itens aos quais a RECORRENTE erroneamente afirma serem exigidos, o são para a fase da assinatura do contrato e pode ser observado ante os seguintes GRIFOS.

. EQUIPE MÍNIMA PARA ATENDIMENTO DO CONTRATO

5.1. A **CONTRATADA** prestará serviços através de equipe técnica que deverá contar, no mínimo, com profissionais de Comunicação/Jornalismo;

I. 01 jornalista para produção de conteúdo, release, textos, notas, fotos digitais e demais materiais. Os referidos profissionais deverão ser os mesmos (OU COM QUALIFICAÇÃO SIMILAR) que apresentaram a documentação para a Proposta Técnica e possuir registro profissional vigente no órgão competente;

II. 01 especialista em administração de redes sociais (social media/webdesigner). Os referidos profissionais deverão ser os mesmos (OU COM QUALIFICAÇÃO SIMILAR) que apresentaram a documentação para a Proposta Técnica;

III. 01 coordenador: pessoa responsável pelo contato com o CAU/SC e definição de alinhamento estratégico de cada ação de assessoria de imprensa e redes sociais. Este profissional deve possuir formação superior na área e registro profissional vigente no órgão competente;

8.1.3. Entregar declaração com a relação de sua estrutura básica, contendo indicação das instalações físicas, dos equipamentos, perfil do "mailing list" e da organização do processo editorial (equipe técnica e forma de atendimento), **DE MODO A GARANTIR O CUMPRIMENTO DO OBJETO DA LICITAÇÃO.**

8.1.4. A licitante deverá ter, no mínimo, estrutura de atendimento na região da Grande Florianópolis-SC. Caso não possua, a Licitante deverá apresentar declaração na qual se compromete a montar sua estrutura de atendimento na região da Grande Florianópolis-SC, **NO PRAZO DE 30 DIAS APÓS ASSINATURA DO CONTRATO.**

Não há dúvidas em que o momento adequado e exigido no edital é o momento da assinatura do contrato, quando afirma "a contratada" ou quando afirma "no prazo de 30 após a assinatura do contrato"

Nesses termos a proposta da RECORRIDA não possui máculas substanciais que ensejariam uma inabilitação.

Não se pode deixar de observar inclusive que o próprio edital destaca que se houver qualquer divergência entre o Termo de Referência e o edital, prevalece as regras do edital.

Assim define o edital:

22.15. Em caso de divergência entre disposição deste Edital e das demais peças que compõem o processo, prevalece a previsão deste Edital.

Nestes termos, como no edital já foram estabelecidos os documentos necessários para a habilitação da empresa, é este que define as exigências para esta fase, sobrepondo-se aos demais anexos.

2.3. Dos infundados argumentos quanto a equipe técnica

Ainda que se fosse exigido demonstrar a equipe técnica no momento da habilitação essa exigência não estaria em consonância com a melhor doutrina sobre o assunto.

É consabido que após a Súmula 272 do TCU, não pode ser cobrado nenhuma forma de vínculo ou mesmo quaisquer exigências em que venham ocorrer custos para os licitantes antes da assinatura do contrato.

“No edital de licitação, é vedada a inclusão de exigências de habilitação e de quesitos de pontuação técnica para cujo atendimento os licitantes tenham de incorrer em custos que não sejam necessários anteriormente à celebração do contrato” (TC-012.201/2009-5, Acórdão nº 1.043/2012-Plenário).

Nesse diapasão, a opção pela declaração se tornou recorrente.

Assunto: LICITAÇÃO. Acórdão nº 19/2017 - TCU - Plenário <<http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=26/01/2017&jornal=1&pagina=64&totalArquivos=144>>."dar ciência ao Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, com fulcro no art. 7º da Resolução - TCU 265/2014, acerca das seguintes impropriedades identificadas na Concorrência nº 2/2015, para que sejam adotadas medidas internas com vistas à prevenção de ocorrência de outras falhas semelhantes:

9.3.1. inclusão, no instrumento convocatório, de cláusulas para qualificação técnica-operacional das licitantes que não se referem às parcelas de maior relevância técnica e valor significativo do objeto licitado, que podem prejudicar a efetiva competitividade do certame, em afronta ao art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, e aos arts. 3º, § 1º, inciso I, e 31, § 5º, da Lei 8.666/1993, bem como aos entendimentos consolidados na Súmula TCU 263/2011;

9.3.2. exigência de comprovação de qualificação técnico-profissional somente no momento de assinatura do contrato, o que infringe o disposto no art. 30, §1º, inciso I, que exige tal documentação no momento de apresentação das propostas das licitantes.

Mais uma demonstração de que as regras editalícias estão atentas a doutrina mais abalizada sobre o tema, quando solicitou que a equipe técnica fosse demonstrada apenas no momento da assinatura do contrato.

2.4 Da suposta ausência de declarações

Mais uma vez, a RECORRENTE tenta buscar motivos infundados para inabilitar a RECORRIDA.

Conforme já se demonstrou, o que prevalece são as regras do edital, como define o item 22.15 do edital.

Nesse diapasão, mesmo que haja no corpo do texto uma única vez a palavra licitante, observa-se que logo após a exigência é para ser cumprida no momento da assinatura do contrato como é exposto no item subsequente.

Caso a intenção do edital fosse exigir tais documentos no momento da habilitação, assim o faria elencando tal necessidade nos itens 3, 5 e 6 do edital.

Não é demais reforçar que, independentemente de estar claro que tais documentos são para serem trazidos em fase posterior, caso essa Comissão, apenas por amor ao debate, entenda serem documentos exigidos na fase da habilitação, mesmo assim a proposta da RECORRIDA não estaria maculada com erro substancial.

Não é demais ressaltar que a proposta da RECORRIDA é a que mais atende o interesse público por ser a mais econômica para a Administração.

2.5 Das diversas formas de erros

Há de se observar que alguns erros em propostas comerciais não devem ser considerados como erros insanáveis, nem tão pouco erros substanciais capazes de macular a proposta de preço.

Três são os tipos de erros classificados na doutrina e na jurisprudência que podem ser encontrados quando da análise de propostas em processos licitatórios: erro formal, erro material e erro substancial.

O erro formal não vicia e nem torna inválida a proposta. Haverá um erro formal na proposta quando for possível, pelo contexto e pelas circunstâncias, identificar a coisa e validar o ato.

Segundo o princípio da instrumentalidade considerar-se-á válido um documento que, **embora produzido de forma diferente da exigida, ainda assim, atingir a finalidade pretendida.**

Veja na proposta da empresa que se reproduz em parte resta claro que a RECORRIDA “concordou com todas as exigências da presente Tomada especial”, veja a seguir:

A presente proposta tem como objeto o fornecimento dos serviços, conforme consta no Termo de

Referência, que integra para todos os efeitos este Edital.

a) valor global proposto (considerando 12 meses): R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais)

b) valor unitário (mensal): R\$ 12.500,00 (doze mil e quinhentos reais)

c) validade da proposta: 60 dias.

d) concordo com todas as exigências da presente Tomada de Preços.

Já o erro material é o chamado erro de fácil constatação, perceptível à primeira vista, *a olho nu*. Não carece de maior exame para se detectar que há um flagrante desacordo entre a vontade e o que de fato foi expresso no documento.

É considerado erro “grosseiro”, manifesto, que não deve viciar o documento. Nesse caso repara-se o erro material.

Em suma, o erro material exige a correção uma vez que retrata a inexatidão material, ou seja, reflete uma situação ou algo que obviamente não ocorreu, mas que pode ser sanado por simples diligência nos moldes do art. 43, §3º, da Lei de Licitações.

Diferentemente dos demais, o erro substancial torna incompleto o conteúdo do documento e, conseqüentemente, macula a proposta.

Este erro não se trata de um simples lapso material ou formal, mas de “erro substancial”, ou seja, aquele que interessa à natureza do negócio; a

falta de informação indispensável ao documento, configurando erro grave – substancial, portanto – que o torna insuscetível de aproveitamento.

O erro substancial provoca o efeito mais indesejado ao licitante: a inabilitação ou desclassificação.

Ademais, destaca-se que quaisquer informações que estejam insertas na proposta e demais documentos apresentados, mesmo que em locais distintos do que dispõe o edital, devem ser consideradas, pois estão todas à disposição da Administração para as avaliações necessárias.

E no caso da documentação da RECORRENTE existe, no corpo da proposta comercial, o comprometimento da empresa de atender integralmente ao edital com todas as obrigações existentes no momento da execução contratual e que a simples participação na licitação já a obriga a executar o objeto.

Com isso, não é possível a RECORRIDA ser inabilitada, posto que se comprometeu a atender, na íntegra, todas as obrigações insertas no instrumento editalício.

A ausência de um documento cujas informações foram supridas por outro documento constante do envelope é considerado mero erro material, conforme a pacífica jurisprudência dos Tribunais de Contas e no âmbito do Poder Judiciário.

O Tribunal de Contas já decidiu nesse sentido²:

34. O erro material é tido como o erro de fácil constatação, cuja detecção dispensa análise aprofundada, havendo flagrante desacordo entre a vontade da parte e aquilo o que foi manifestado no documento. Exige a correção da proposta, uma vez que retrata a inexatidão material, ou seja, reflete uma situação ou algo que obviamente não ocorreu.

35. Conforme se verifica, as falhas em comento disseram respeito, comprovadamente, à atualidade do valor do ticket-alimentação e ao cálculo do SAT, neste caso, tendo havido erro em operação matemática. Em princípio, são erros facilmente perceptíveis de preenchimento da planilha, sendo que a correção deles não caracterizaria alteração do teor da proposta.

36. Ressalta-se que ambos os erros apontados na proposta da representante dizem respeito a obrigações da contratada em pagar os devidos encargos trabalhistas, que advém da norma legal (art. 71 da

² ACÓRDÃO Nº 187/2014 – TCU – Plenário- TCU – Plenário- Lavra do Ministro Valmir Campelo

Lei 8.666/93), pouco importando para tanto o indicado na planilha de custos anexa aos editais de licitação. Além disso, um dos erros, uma vez corrigido, minoraria o valor da proposta. Quanto ao outro, a representante comprometeu-se a assumir os custos, reduzindo o percentual da margem de lucro.

37. Pelo que se verifica, a correção dos erros não macularia a essência da proposta, não se vislumbrando prejuízos ao atendimento do interesse público. Não se figura válido dizer que esse tipo de correção prejudicaria o êxito do processo licitatório ou retardamento desmedido do início da prestação dos serviços, pelo contrário, em um processo em que houve apenas duas concorrentes, faria com que se buscasse a proposta mais vantajosa, ponderados os critérios de técnica e preço, gerando economia de mais de R\$ 1,8 milhão.

38. Nesse sentido, versa o art. 43, § 3º, da Lei 8.666/93:

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.

39. Quanto ao saneamento da proposta, o edital da Concorrência 1/2013 não é omissivo, prevendo no item 14.2 (peça 3, p. 46) que:

A CPL e a Subcomissão Técnica, conforme o caso, poderão relevar aspectos puramente formais nos documentos de habilitação e nas propostas apresentadas pelas licitantes, desde que não comprometam a lisura e o caráter competitivo da concorrência.

40. Sobre o assunto, o Voto do Acórdão 4.621/2009-2C é esclarecedor, inclusive, contendo exemplo aplicável à situação analisada, em que houve erro de preenchimento de planilha, cuja correção não acarretou aumento da proposta, uma vez que coberta por diminuição na margem de lucro da empresa.

Releva ainda saber o procedimento a ser adotado quando a Administração constata que há evidente equívoco em um ou mais dos itens indicados pelas licitantes.

Não penso que o procedimento seja simplesmente desclassificar o licitante. Penso sim que deva ser avaliado o impacto financeiro da ocorrência e verificar se a proposta, mesmo com a falha, continuaria a preencher os requisitos da legislação que rege as licitações públicas - preços exequíveis e compatíveis com os de mercado.

Exemplifico. Digamos que no quesito férias legais, em evidente desacerto com as normas trabalhistas, uma licitante aponha o percentual de zero por cento. Entretanto, avaliando-se a margem de lucro da empresa, verifica-se que poderia haver uma diminuição dessa

margem para cobrir os custos de férias e ainda garantir-se a exequibilidade da proposta.

Em tendo apresentado essa licitante o menor preço, parece-me que ofenderia os princípios da razoabilidade e da economicidade desclassificar a proposta mais vantajosa e exequível por um erro que, além de poder ser caracterizado como formal, também não prejudicou a análise do preço global de acordo com as normas pertinentes.

Afirmo que a falha pode ser considerada um erro formal porque a sua ocorrência não teria trazido nenhuma consequência prática sobre o andamento da licitação. Primeiro, porque não se pode falar em qualquer benefício para a licitante, pois o que interessa tanto para ela quanto para a Administração é o preço global contratado. Nesse sentido, bastaria observar que a licitante poderia ter preenchido corretamente o campo férias e de forma correspondente ter ajustado o lucro proposto de forma a se obter o mesmo valor global da proposta. Segundo, porque o caráter instrumental da planilha de custos não foi prejudicado, pois a Administração pôde dela se utilizar para avaliar o preço proposto sob os vários aspectos legais.

Em suma, penso que seria um formalismo exacerbado desclassificar uma empresa em tal situação, além de caracterizar a prática de ato antieconômico. Rememoro ainda que a obrigação da contratada em pagar os devidos encargos trabalhistas advém da norma legal (art. 71 da Lei 8.666/93), pouco importando para tanto o indicado na planilha de custos anexa aos editais de licitação.

41. No mesmo sentido, o Acórdão 2.371/2009-P determinou a certa entidade que se abstinhasse de considerar erros ou omissões no preenchimento da planilha de custos e formação de preços como critério de desclassificação de licitantes, por contrariar o artigo 3º da Lei 8.666/93 e a jurisprudência deste Tribunal (Acórdãos 2.104/2004, 1.791/2006 e 1.179/2008, todos Plenário, e Acórdão 4.621/2009, da 2ª Câmara).

42. No Relatório que acompanha a Decisão 577/2001-P, delinea-se a hipótese fática ora apresentada, em que, constatado o erro, a licitante propõe-se a corrigi-lo, arcando com os custos necessários para manter sua proposta global:

Evidentemente espera-se não haver diferenças entre a informação posta na planilha e aquela exigida pela lei ou pelo acordo. Mas, e se houver? Só há duas alternativas, cuja validade cabe discutir:

1ª) acata-se a proposta, mas o proponente tem que suportar o ônus do seu erro (que resulta em uma oferta menos competitiva, se o valor informado for maior que o exigido, ou em uma redução da margem de lucro inicialmente esperada, na situação inversa); ou

2ª) desclassifica-se a proposta sumariamente, o que não deixa de ser uma medida drástica, se considerarmos que a licitação não é um fim em si mesma, mas meio para a Administração selecionar a oferta que lhe for mais vantajosa, dentro dos limites de atuação estabelecidos pelo legislador.

43. Aponta-se, também, julgado convergente do Tribunal de Justiça do Distrito Federal:

DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. TOMADA DE PREÇOS. ERRO MATERIAL NA PROPOSTA. IRRELEVÂNCIA. O ERRO MATERIAL CONSTANTE DA PROPOSTA MAIS VANTAJOSA PARA A ADMINISTRAÇÃO, FACILMENTE CONSTATÁVEL, NÃO É ÓBICE À CLASSIFICAÇÃO DA MESMA.

(TJDFT 5043398 DF, Relator: ANGELO PASSARELI, Data de Julgamento: 18/11/1999, 3ª Turma Cível, Data de Publicação: DJU 09/02/2000 Pág. : 17)

44. Assim, embora esteja previsto no art. 48, I, da Lei 8.666/1993, que as propostas que não atendam as especificações contidas no ato convocatório da licitação devem ser desclassificadas, fato é que o rigorismo excessivo na apreciação das propostas vem sendo mitigado, com fulcro em outros princípios, tais quais os da proporcionalidade, da razoabilidade e da supremacia do interesse público.

45. Esse último princípio não pode ser afastado, no presente caso, sob a alegação de que malferiria o princípio da isonomia entre licitantes. Isso porque não se está falando em oportunizar apresentação de proposta de preços nova, por uma licitante, negando-se esse benefício à outra, mas apenas de correção de erros materiais, que não impactam no valor global da proposta.

46. Ademais, diante de aparente conflito, não haveria que se mitigar o atendimento do melhor interesse da Administração, que, com a ampliação da competitividade, obteria proposta mais vantajosa.

47. No caso avaliado, verifica-se que a rejeição da proposta da representante torna-se mais prejudicial ao interesse público, do que a sua manutenção, inobstante os erros apontados em seu conteúdo.

48. Quanto ao levantado pelo Grupo Informe, sobre possível inexecutabilidade da proposta da representante, tem-se que esse aspecto foi analisado pela Comissão de Licitação, que considerou que esta não ofertou preços irrisórios, manifestamente inexequíveis ou incompatíveis com os valores de mercado, na forma do contido no art. 48 da Lei 8.666/1993 (peça 6, p. 2).

49. Todavia, na manifestação mais recente, afirma o MEC que a executabilidade da proposta não havia sido analisada, devido à

desclassificação. Indica, todavia, haver indícios de inexecuibilidade na proposta.

50. Pelo que expõe, então, o MEC não evidenciou, de forma inequívoca, a inexecuibilidade da proposta da representante, não se podendo rejeitá-la, nesse ponto do processo licitatório, por esse motivo. Quando proceder à análise da exequibilidade da proposta, deverá sempre atentar que o critério definido no art. 48, inciso II, § 1º, alíneas “a” e “b”, da Lei 8.666/93 conduz a uma presunção relativa de inexecuibilidade de preços, devendo a Administração dar à licitante a oportunidade de demonstrar a exequibilidade da sua proposta, na linha do que foi definido na súmula 262 do TCU.

51. Sobre outro aspecto incitado, em que tanto o MEC, quanto o Grupo Informe fazem pretender que a proposta desclassificada não poderia ser considerada a mais vantajosa, uma vez que também deve ser considerada a pontuação técnica, o fato é que, segundo a regra estabelecida na concorrência, a proposta mais vantajosa se caracteriza como aquela de maior pontuação, considerados os fatores técnica e preço. Logo, ponderados os fatores, dentro dos critérios definidos pela Administração, a proposta da representante, com valor global de R\$ 2.956.193,84 passaria a ser mais vantajosa, em relação à proposta da única licitante que restou classificada, que teve valor de R\$ 4.840.931,76.

52. Diante do avaliado, torna-se cabível determinar ao Ministério da Educação que adote as providências necessárias ao exato cumprimento da Lei 8.666/1993, art. 3º, e dos princípios do interesse público, da economicidade, da razoabilidade e da busca pela proposta mais vantajosa na licitação, no sentido de tornar nulos os atos administrativos que desclassificaram a proposta de preços da representante, no âmbito da concorrência 1/2013, bem como todos os atos deles decorrentes.

Acórdão 1795/2015 Plenário (Representação, Relator Ministro José Múcio Monteiro)

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.^{ll}43, §3º, da Lei 8.666/93, por representar formalismo exagerado, com prejuízo à competitividade do certame.

E, ainda nesse sentido, o TCU rechaça mais uma vez o formalismo exacerbado:

A formalidade tem limite e nesse sentido já decidiu o TCU. Vejamos um trecho da Decisão do Ministro Marcos Villaça.

“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).

E ainda:

Representação contra o Pregão Eletrônico 4/2012 realizado pela Diretoria do Pessoal Civil da Marinha (DPCvM) para registro de preços de equipamentos de microfilmagem apontou, entre outras irregularidades, a *“ausência de apresentação, pela vencedora do certame, da descrição completa do objeto ofertado, ante a omissão do modelo do equipamento”*. Segundo a representante, *“com a omissão do modelo ..., a equipe técnica da DPCvM não teria condições de saber se o equipamento ofertado preenchia os requisitos e exigências mínimas do termo de referência do Pregão 4/2012”*. Argumentou ainda que a diligência prevista no art. 43, § 3º, da Lei 8.666/1993 não se mostra cabível em algumas situações, *“...ante o elevado número de informações faltantes nas propostas ..., comprometendo a análise acerca do produto ofertado e do atendimento às condições exigidas no edital”*. A relatora, ao endossar as conclusões da unidade técnica, destacou que os documentos acostados aos autos *“comprovaram que o equipamento entregue pela empresa Scansystem Ltda. atendeu as especificações técnicas previstas no termo de referência ...”*. Acrescentou que *“não há qualquer ilegalidade na diligência realizada pela pregoeira para esclarecer o modelo de equipamento ofertado pela Scansystem Ltda. Por um lado, porque a licitante apresentou sua proposta com as informações requeridas no edital ..., e, por outro, porque o ato da pregoeira objetivou complementar a instrução do processo, e não coletar informação que ali deveria constar originalmente”*. Mencionou **que a jurisprudência deste Tribunal é clara em condenar a desclassificação de licitantes em virtude da ausência de informações que possam ser supridas pela diligência prevista no art. 43, § 3º, da Lei de Licitações**. Concluiu, por fim, que não houve prejuízo à competitividade decorrente da ausência de registro do modelo cotado pela vencedora do certame. *“Cada licitante concorre com seu próprio equipamento e fornece os lances que*

considera justos para a venda de seu produto. O conhecimento do produto do concorrente possibilita o controle da verificação do atendimento das condições editalícias, fato que se tornou possível com a diligência realizada pela pregoeira“. Acompanhando o voto da relatora, o Plenário julgou a representação improcedente. Acórdão 1170/2013-Plenário, TC 007.501/2013-7, relatora Ministra Ana Arraes, 15.5.2013.

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios está na mesma linha:

DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. TOMADA DE PREÇOS. ERRO MATERIAL NA PROPOSTA. IRRELEVÂNCIA. O ERRO MATERIAL CONSTANTE DA PROPOSTA MAIS VANTAJOSA PARA A ADMINISTRAÇÃO, FACILMENTE CONSTATÁVEL, NÃO É ÓBICE À CLASSIFICAÇÃO DA MESMA.

TJDFT 5043398 DF, Relator: ANGELO PASSARELI, Data de Julgamento: 18/11/1999, 3ª Turma Cível, Data de Publicação: DJU 09/02/2000 Pág. : 17

Acompanhando de outros órgãos do Poder Judiciário, contrários também ao formalismo exacerbado:

MS 5647 / DF ; MANDADO DE SEGURANÇA
Relator Ministro DEMÓCRITO REINALDO

A vinculação do instrumento convocatório, no procedimento licitatório, em face da lei de regência, não vai ao extremo de se exigir providências anódinas e que em nada influenciam na demonstração de que o licitante preenche os requisitos (técnicos e financeiros) para participar da concorrência.

Comprovando, o participante (impetrante), através de certidão, a sua inscrição perante a Prefeitura Municipal, exigir-se que este documento esteja numerado – como condição de habilitação ao certame – constitui providência excessivamente formalista exteriorizando reverência fetichista às cláusulas do edital.

Por todos os argumentos até aqui expendidos, verifica-se que não há fundamento algum – nem técnico, nem jurídico – a dar guarida ao entendimento da RECORRENTE.

2.6 Da necessária ponderação dos princípios licitatórios

Tendo em vista a unidade da Constituição Federal e dos sistemas normativos atuais, o gestor público **deve buscar harmonizar os conflitos jurídicos decorrentes das relações sobrepostas no seio administrativo do Estado**. A existência de interesses contrapostos, tanto na Constituição quanto nos sistemas legais específicos, conduz à necessidade de ponderá-los, harmonizá-los e compatibilizá-los, por mais contrários que possam se apresentar.

Nos casos em que se exige uma tomada de decisão administrativa e que haja a contraposição de interesses, a escolha deve ser baseada não só nos dispositivos legais devidamente positivados, mas **nos princípios atinentes à eficiência, à economicidade, à razoabilidade, à proporcionalidade, à finalidade e ao interesse público**.

Ao ponderar o princípio da legalidade em face aos demais princípios norteadores da atividade administrativa previstos constitucionalmente e legalmente, o Administrador Público pode inferir soluções razoáveis e proporcionais para a finalidade a qual a sociedade legitimou a sua atuação estatal.

Como consequência de tal discussão é que tem ocorrido a ascendência da teoria da proporcionalidade ou da razoabilidade, objetivando evitar a aplicação muito rígida do princípio da legalidade previsto no art. 37, caput, da Constituição Federal, quando a necessidade se justificar pela proteção de valor maior, também garantido constitucionalmente, no caso a eficiência e o bom uso dos recursos públicos.

O princípio da proporcionalidade é abordado por Sarmiento (apud MOTTA, Sylvio; DOUGLAS, William, 2002, p. 20-22), nos seguintes termos:³

O princípio em questão impõe que as normas sejam adequadas para os fins a que se destinam, sejam o meio mais brando para a consecução destes fins e gerem benefícios superiores aos ônus que acarretam (trinômio: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito).

O método da ponderação, embora conceda ao administrador certa margem de discricionariedade, não é puramente subjetivo ou irracional. Existem

³ ÁVILA, Humberto Bergmann. A Distinção entre Princípios e Regras e a Redefinição do Dever de Proporcionalidade, *Revista da Pós-Graduação da Faculdade de Direito da USP*, Porto Alegre, Síntese, nº 1, Coleção Acadêmica 9, 1999. p. 27-54.

pautas substantivas que podem ser utilizadas para a aferição da legitimidade de cada decisão, tais como o princípio da proporcionalidade e a comparação do resultado da ponderação com a axiologia perfilhada na Lei Maior.

Para Humberto Bergmann Ávila (1999, p. 27-54), a proporcionalidade não é um princípio. Ele a define como:

Um postulado normativo aplicativo decorrente da estrutura principal das normas e da atributividade do Direito e dependente do conflito de bens jurídicos materiais e do poder estruturador da relação meio-fim, cuja função é estabelecer uma medida entre bens jurídicos concretamente correlacionados.

Em sendo a proporcionalidade resultante da estrutura de três elementos, a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito, o autor buscou justificar cada um dos elementos. Para ele, a medida será adequada se o meio escolhido patrocinar o resultado almejado; será necessária se, dentre outras medidas disponíveis e eficazes, for ela a que menos gravame oferecer em relação aos direitos envolvidos; e finalmente será proporcional ou correspondente se, quanto ao fim perseguido, não restringir demasiadamente os direitos envolvidos.

Para o alcance do resultado almejado pela a Administração, qual seja, aquele alicerçado nos anseios sociais, esta deve adotar a postura de uma Administração eficiente, eficaz e efetiva, que **prima por fazer o melhor uso do dinheiro público, preponderando a economicidade em face aos gastos procedimentais morosos e dispendiosos**. Essa é, sem dúvida, a medida razoável e aceitável que melhor atende aos direitos envolvidos e à finalidade que o Estado visa alcançar.

Não haverá, portanto, o rompimento com o princípio da legalidade no caso, mas sim, uma ponderação dos princípios envolvidos, visando decidir a colisão através do sacrifício mínimo da finalidade e interesse públicos. Esta tarefa constitui um desafio pelo qual não se deve estabelecer um critério único a ser utilizado em todas as hipóteses; cada caso deverá ser avaliado detidamente.

O que se busca é decidir a questão através da ponderação entre os princípios de maior expressão constitucional para o tema: o princípio da legalidade, do resguardo ao interesse público, **da eficiência administrativa e da economicidade**.

A lei, per se, não pode ser objeto de restrição ou compressão total dos demais princípios, mormente os constitucionais. As restrições que lhes sejam produzidas devem ser proporcionais e só se justificam pelo resguardo ao interesse público e ao atendimento do critério da razoabilidade.

O princípio da proporcionalidade busca legitimar os objetivos ou fins perseguidos pelo legislador para o atendimento do espírito público que sustenta o ordenamento jurídico, no caso, o ordenamento jurídico administrativo.

Não resta dúvida alguma que a proposta que mais atende ao interesse público é a proposta mais econômica DA RECORRIDA e que não está eivada de ilegalidade substancial, posto que o momento correto das declarações e exigências é o momento da assinatura do contrato, e ainda mera ausência de declarações não podem ser considerados erros substanciais.

1. DO PEDIDO

Ante o exposto, requer a Vossa Senhoria que mantenha a decisão de habilitação da RECORRIDA, nos moldes dos fundamentos acima delineados.

Nestes termos, pede e espera deferimento.

Florianópolis/SC, 21 de dezembro de 2017



THIAGO CATARINO TRAMONTINA

REPRESENTANTE LEGAL

IDEO COMUNICAÇÃO

17 226 650/0001-527
IDEO COMUNICAÇÃO LTDA - EPP
Rua Brasília Liberdade, 1082
Rebouças - CEP: 80215-140
Curitiba - PR