PREFEITURA MUNICIPAL DE XAXIM - SANTA CATARINA

EXCELENTÍSSIMO SENHOR PREFEITO MUNICIPAL

ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO MUNICIPAL

Ref.: Pregão Presencial Edital 010/2023

Processo 016/2023

DCS FORNECEDORA DE PRODUTOS E SERVIÇOS LTDA. – ME., pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o n.º 08.583.069/0001-05, com sede na Travessa José Magnani, n.º 21, Centro, em São Mateus do Sul, Paraná, neste ato representada por sua sócia administradora DANIELLE CRISTINA DA SILVA MOREIRA DE CASTILHO, brasileira, casada, empresária, inscrita no RG/PR sob o n.º 7.652.326-6, e no CPF sob o n.º 037.130.709-03, residente e domiciliada na Travessa José Magnani, n.º 21, Centro, São Mateus do Sul, Paraná, respeitosamente vem interpor **RECURSO**, em face da decisão que desclassificou a ora recorrente, o que faz nos seguintes termos.

I - DOS FATOS

A empresa, ora recorrente, foi inabilitada por não ter anexado o Termo de Abertura e de Encerramento à documentação comprobatória da Qualificação Econômico-Financeira (Balanço Patrimonial).

Por mero equívoco, ao incluir a documentação relativa ao Balanço Patrimonial, a recorrente não incluiu o termo de abertura e de encerramento, e em decorrência disso a empresa foi inabilitada e sua proposta desclassificada.

Entretanto, a segunda colocada, classificada, apresentou o balanço de 2021, enquanto o edital prevê a exigibilidade de apresentação do edital de 2022.

Embora a lei não exija o balanço de 2022 até o momento, o edital o fez, de modo que se for aplicado o mesmo rigor e o mesmo formalismo que dispensado à ora recorrente (numa irregularidade *acentuadamente menos grave*) também tal empresa deveria ter sido inabilitada e desclassificada.

Por qual razão se aplica um excesso de rigor e formalismo em relação à primeira colocada, que juntou o balanço exigido pelo edital, tendo apenas olvidado o termo de abertura e encerramento, com melhor proposta para o ente público, mais vantajosa e econômica, em irregularidade que poderia ter sido sanada por mera diligência, enquanto a segunda colocada, em desobediência ao edital, é mantida habilitada e classificada?

A situação em relação à segunda colocada é mais grave, pois descumpriu frontalmente o edital, já que absolutamente não anexou o balanço de 2022 que foi exigido.

Já a primeira colocada anexou o referido balanço patrimonial de 2022, sendo que o termo de abertura e de encerramento - que por equívoco foi olvidado -, poderia ter sido juntado por *mera diligência*, sem

ofensa à lei ou ao edital.

O item 8.6 do edital, letra c.3 prevê, efetivamente, que o balanço patrimonial deve estar acompanhado do termo de abertura e encerramento.

Contudo, sua ausência (termo) poderia e pode ser suprida por mera e simples diligência, sem que com isso se ofenda ao edital, e ao princípio da isonomia entre os participantes, senão vejamos.

II - DAS RAZÕES DO RECURSO

O processo licitatório existe por uma razão, a qual tem o duplo objetivo de, por um lado propiciar à Administração a escolha da proposta mais vantajosa (princípio da vantajosidade), com a participação do maior número possível de interessados, homenageando o princípio da eficiência e da moralidade administrativa, previstos no art. 37 da Constituição Federal, princípios que devem nortear as ações da administração pública, e por outro lado, propiciem a isonomia entre os candidatos interessados no objeto da contratação, ou seja, em obediência aos - igualmente chamados princípios - da isonomia e impessoalidade.

A fim de que o referido procedimento licitatório se desenvolva de modo a atingir suas finalidades, a legislação que o disciplina prevê exigências para que haja segurança quanto ao objeto, ou seja, quanto ao cumprimento do objeto contratual por aquele que eventualmente for o vencedor do certame e, entre elas, as que estabelecem a comprovação da capacidade técnica, econômica e financeira, regularidade fiscal, entre outras.

No presente caso, a recorrente foi declarada inabilitada tendo sua proposta desclassificada por não ter anexado o Termo de Abertura e o de Encerramento do Balanço Patrimonial.

Todavia, a simples irregularidade de não ter

apresentado os referidos termos não é o suficiente para a inabillitação, eis que o Balanço Patrimonial foi apresentado.

Ocorre que não somente o Balanço, mas todos os demais documentos comprobatórios da qualificação econômico-financeira da empresa foram juntados, de modo que a demonstração dessa qualificação não foi ofendida.

A mera irregularidade referente aos termos, isoladamente não tem a capacidade, de *per se*, conduzi-la à inabilitação, isto porque todos os demais já são suficientes, restando apenas sanar a irregularidade, a qual poderia ter sido **oportunizada por mera diligência**.

Aqui, então, cabe trazer à lume a previsão contida no art. 47 do Decreto n.º 10.024/2019, pela qual se estabelece que *"o pregoeiro poderá, **no julgamento da habilitação** e das propostas, **sanar 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, e lhes atribuirá validade e eficácia para fins de habilitação e classificação, observado o disposto na Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999"*.

Ora, claro estão que a anexação dos indigitados termos ao Balanço trata-se de mera formalidade e sua oportunização por mera diligência (*no julgamento da habilitação)*, ou seja sanar erro ou falha que não altere a substância da proposta e/ou dos documentos. É o caso!

Em outras palavras, no momento do julgamento da habilitação referente ao presente certame, o pregoeiro poderia - e, com o máximo respeito, deveria - ao constatar a falha de não terem sido juntados os termos, baixar diligência, concedendo prazo razoável para que a licitante - com a melhor proposta, diga-se *en passant* -, apresentasse o referido documento.

Observe-se: por excesso de formalismo é desclassificada a melhor proposta, isto é, aquela que melhor atende aos

interesses públicos em razão da economicidade para o erário.

E mais, a abertura de oportunização para que se sanasse tal falha de modo algum ofenderia o princípio da vinculação ao edital, pois este princípio continuaria a ser obedecido.

Aliás, o princípio em comento tem por finalidade resguardar o interesse público, com o objetivo de ser escolhida a proposta mais vantajosa. O excesso de formalismo acaba por violar o princípio da melhor proposta, porque restringe a concorrência.

A propósito do tema possibilidade de sanar a falha na fase do julgamento da habilitação, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que o rigorismo meramente formal é desproporcional e, sendo assim, deve-se temperar esse rigorismo de algumas exigências do edital, para que se mantenha o caráter competitivo da licitação, selecionando-se a proposta mais vantajosa. Vejamos:

> "RECURSO ESPECIAL. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA 211/STJ. REVISÃO. FATOS. SÚMULA 07/STJ. LICITAÇÃO. HABILITAÇÃO. PREGÃO. PROVA. REGULARIDADE FISCAL. PREVIDÊNCIA SOCIAL. EDITAL. **RIGORISMO FORMAL. DESPROPORCIONALIDADE**. INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA. PROPOSTA MAIS VANTAJOSA. 1. Não se conhece do recurso especial, no ponto em que se questiona a forma como o recorrido demonstrou a regularidade fiscal nas instâncias ordinárias, por não ter sido tal matéria objeto de prequestionamento nas instâncias ordinárias, além de exigir revolvimento do quadro fático-probatório da demanda, inviável em sede de recurso especial. Inteligência das Súmulas n.º 211/STJ e n.º 07/STJ. 2. No caso vertente, cooperativa foi inabilitada, após ter sua

proposta declarada vencedora na fase competitiva em pregão, porque deixou de apresentar apenas uma das 548 (quinhentos e quarenta e oito) certidões de regularidade fiscal perante a Previdência social, relativas a cada um dos cooperados, conforme exigido no edital do certame. 3. O juízo a quo considerou desproporcional e excessivamente rigorosa a inabilitação do licitante, máxime porque a certidão faltante já existia à época do certame, não tendo sido apresentada por singelo e justificável lapso do concorrente, devido à quantidade de documentação a ser fornecida na fase de habilitação. 4. A prova de regularidade fiscal, perante a Previdência Social, exigida para a contratação administrativa do particular, segundo os artigos 195, § 3º, da CF, 4º, da Lei n.º 10.520/2002, e 3º, 27, inciso IV, e 29, inciso IV, da Lei n.º 8.666/93, deve ser interpretada teleologicamente, a fim de garantir o equilíbrio financeiro da seguridade social e evitar a contratação de pessoas inidôneas, que possam tornar-se inaptas economicamente para os encargos contratuais, à vista das dívidas fiscais não pagas, resguardando-se, outrossim, a isonomia no procedimento licitatório, ao expurgar concorrentes que tendem a apresentar custos mais reduzidos, justamente devido ao fato de não honrar com suas obrigações. 5. A falta de apenas uma, dentre 578 certidões de regularidade fiscal perante a Previdência, não é fato bastante para macular a recorrida como particular inidôneo ao cumprimento do contrato, principalmente quando se comprova que a certidão faltante já existia na época da fase de habilitação, não tendo sido criada extemporaneamente, pós-certame, conforme provado nas instâncias ordinárias. 6. **O Superior Tribunal de Justiça tem**

entendimento jurisprudencial sobre a necessidade de se temperar o rigorismo formal de algumas exigências do edital licitatório, a fim de manter o caráter competitivo do certame, selecionando-se a proposta mais vantajosa à Administração Pública, caso não se verifique a violação substancial aos demais princípios informadores deste procedimento. Precedentes. 7. Recurso especial conhecido parcialmente e, nesta parte, não provido." (REsp 997.259/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/08/2010, DJe 25/10/2010).

Ademais, a jurisprudência pátria é no exato sentido de que são inexigíveis os termos de abertura e de encerramento, porque o próprio Balanço Patrimonial detém autonomia para a comprovação da qualificação econômica e financeira da licitante:

"APELAÇÃO VÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. **REQUISITO DE APRESENTAÇÃO DE BALANÇO PATRIMONIAL. EXIGÊNCIA CONJUNTA DE TERMOS DE ABERTURA E ENCERRAMENTO DE LIVRO DIÁRIO. DESNECESSIDADE. BALANÇO PATRIMONIAL QUE DETÉM AUTONOMIA. QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA BEM DEMONSTRADA. EXCESSO DE FORMALISMO. PREVALÊNCIA DA RAZOABILIDADE**. ORDEM MANTIDA. APELAÇÃO E REEXAME DESPROVIDOS." (TJSC – APL 00279548420158240023 Capital 0027954-84.2015.8.24.0023, Relator Vilson Fontana, Data de Julgamento: 08/08/2019, Quinta Câmara de

Direito Público)

"ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. INABILITAÇÃO INDEVIDA. **EXIGÊNCIAS ILEGAIS E DESNECESSÁRIAS. COMPROVAÇÃO SATISFATÓRIA DA QUALIFICAÇÃO ECONÔMICA**-FINANCEIRA E TÉCNICA. SEGURANÇA MANTIDA. 1. **É ilegal a exigência de que o balanço patrimonial esteja acompanhado dos termos de abertura e encerramento do livro diário registrado na Junta Comercial, uma vez que não há previsão na Lei n.º 8.666/93 nesse sentido**. Não se mostra suficiente para a inabilitação da impetrante em certame licitatório o não preenchimento de formulário intitulado "relação de serviços do responsável técnico", já que além de não haver, no Edital n.º 011/2008 – CEFET/CE, cláusula que determine a apresentação da relação de serviços do responsável técnico, o art. 30 da Lei n.º 8666/93 não inclui tal documento dentre os exigidos para demonstração da qualificaçãotécnica da empresa licitante. 3. Remessa improvida." (TRF-5 – REOAC: 4665522 CE 0009057-35.2008.4.05.8100, Relator: Desembargador Federal Rubens Mendonça Canuto (Substituto), Data de Julgamento: 07/07/2009, Segunda Turma, Data da Publicação: Fonte: Diário da Justiça – Data: 22/07/2009 – Página: 191 – Nº 138 – Ano: 2009)

REEXAME NECESSÁRIO DE SENTENÇA – MANDADO DE SEGURANÇA – **INABILITAÇÃO EM PROCEDIMENTO LICITATÓRIO – EXCESSO DE FORMALISMO** – EXIGÊNCIAS CUMPRIDAS –

SENTENÇA RATIFICADA. **Não se pode, neste caso, inabilitar impetrante por excesso de formalismo, se a documentação por ela carreada comprovou a regularidade exigida no edital**. Assim, cumpridas as exigências previstas na lei do certame, não há se falar em ofensa ao procedimento licitatório, seja por violação aos princípios da igualdade entre as partes, da proporcionalidade ou da razoabilidade" (TJMT – Remessa necessária: 00020645220148110020 MT, Relator: LUIZ CARLOS DA COSTA, Data de Julgamento: 25/05/2019, SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO E COLETIVO, Data de Publicação: 04/10/2019).

"EMENTA: ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCESSÃO DE LIMINAR. PRESENÇA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES. REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS. **INABILITAÇÃO DE EMPRESA LICITANTE PELA NÃO APRESENTAÇÃO DOS TERMOS DE ABERTURA E ENCERRAMENTO DO LIVRO DIÁRIO. VÍCIO APARENTEMENTE SANÁVEL**. RECURSO PROVIDO. - Nos termos do art. 7º, III da Lei 12.016/2009, o deferimento do pedido de medida liminar em sede de mandado de segurança fica condicionado à demonstração pelo impetrante da probabilidade do direito somada ao risco de ineficácia da medida caso conferida apenas ao final. - A Lei que institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC prevê a desclassificação das propostas que contenham vícios insanáveis e o Decreto nº 7.581,

que a regulamenta, em seu art. 7º, §2º, faculta à Comissão de Licitação a adoção de medidas de saneamento destinadas a corrigir impropriedades na documentação de habilitação desde que não alterada a substância da proposta. - **O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento jurisprudencial no sentido de que é necessário temperar o rigorismo formal de algumas exigências do edital licitatório a fim de preservar a finalidade para a qual o procedimento foi criado e selecionar a proposta mais vantajosa à Administração**. - Hipótese na qual merece reforma a decisão recorrida porque verificada a existência provável do direito invocado na inicial, e a fim de evitar a consumação de dano não só à empresa agravante, mas ao próprio ente municipal, que poderá selecionar proposta menos vantajosa à Administração em virtude da existência de vícios sanáveis contidos na documentação da licitante vencedora." (TJMG - Agravo de Instrumento-Cv 1.0000.19.027110-6/001, Relator(a): Des.(a) Alberto Vilas Boas, 1ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 12/11/0019, publicação da súmula em 19/11/2019)

"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." (TJMG - Apelação Cível 1.0317.09.116126-3/001, Rel. Des. Bitencourt Marcondes, 8ª Câmara Cível, julgamento em 28/10/2010, DJE 01/12/2010)

III - DO PEDIDO

Ante o exposto, a recorrente pede provimento ao presente recurso para que seja reformada a decisão que a declarou inabilitada no presente processo administrativo de Pregão Presencial, para que lhe seja dada oportunidade de apresentação do Termo de Abertura e do Termo de Encerramento do Balanço Patrimonial, sob pena de não o

concedendo, implicar na nulidade do certame, passível de correção pelas vias judiciais pertinentes, e com o objetivo de propiciar a Administração a melhor proposta.

Pede provimento.

Xaxim, 12 de março de 2023.

DANIELLE CRISTINA DA SILVA MOREIRA DE CASTILHO:03713070903

Assinado de forma digital por DANIELLE CRISTINA DA SILVA MOREIRA DE CASTILHO:03713070903
Dados: 2023.03.13 09:41:42 -03'00'

DCS FORNECEDORA DE PRODUTOS E SERVIÇOS LTDA. – ME.