

▪ Visualização de Recursos, Contrarrazões e Decisões

RECURSO :

ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DA COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO

Ref.: PREGÃO ELETRÔNICO 13/2020
PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 23079.033364/2019-86

RECORRENTE: PROATIVIDADE CONSULTORIA EMPRESARIAL E GESTÃO DE RH LTDA

PROATIVIDADE CONSULTORIA EMPRESARIAL E GESTÃO DE RH LTDA, pessoa jurídico de direito privado, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 13.732.124/0001-03, com sede na Rua Coronel Rufino, 11 – Centro – Valença -RJ, neste ato representada por LOURENÇO GIOSEFFI JANNUZZI, brasileiro, empresário, portador da carteira de identidade nº [REDACTED], expedida pelo IFPRJ e inscrito no CPF sob o nº [REDACTED], residente e domiciliado na Rua Rodolfo Albino, nº 35, ap. 102 – Valença, por intermédio do seu representante legal infra-assinado, devidamente qualificado nesses autos, vem tempestivamente, nos termos da Lei 10.520/02, subsidiariamente a Lei 8.666/1993 e dos autos do processo em epigrafe, interpor

RECURSO ADMINISTRATIVO

em face da decisão proferida pelo R. Pregoeiro que decidiu por declarar vencedora empresa licitante que ofertou valores em desconformidade com as normas legais, qual seja ORBENK – ADMINISTRAÇÃO E SERVIÇOS LTDA., conforme razões a seguir aduzidas.

I – DO DIREITO DE PETIÇÃO

O recurso administrativo tem como fundamento a previsão constitucional do "Direito de Petição", consagrada na alínea "a" do inciso XXXIV do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, CF, segundo o qual:

"Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;"

É dessa garantia constitucional que decorrem as diversas formas de provocação da Administração Pública para o exercício do direito de petição, nesse sentido vejamos as palavras de Di Pietro (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo, p 579. São Paulo: Atlas, 2000.):

"Dentro do direito de petição estão agasalhados inúmeras modalidades de recursos administrativos... É o caso da representação, da reclamação administrativa, do pedido de reconsideração, dos recursos hierárquicos próprios e impróprios da revisão."

Segundo esse entendimento, Carvalho Filho (CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo, p. 905. Rio de Janeiro: Lúmen Juris. 2009.) afirma que:

"(...) o direito de petição é um meio de controle administrativo e dá fundamento aos recursos administrativos por que tais recursos nada mais são do que meios de postulação a um órgão administrativo. O instrumento que propicia o exercício desse direito consagrado na CF é o recurso administrativo."

Desta feita, temos que o recurso administrativo instrumentaliza o exercício do direito de petição junto ao poder público.

O princípio do contraditório e da ampla defesa é também apontado como fundamento dos recursos administrativos.

Tal princípio é insculpido no inciso LV do artigo 5º da CF, vejamos:

"LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;"

Destarte, a Constituição de 1988 assegura o direito ao contraditório e à ampla defesa, em proteção a interesses de quaisquer cidadãos, podendo para tanto peticionar junto ao Poder Público.

No caso específico das licitações públicas, o regramento para a provocação do poder público foi instituído na Lei 8.666/93, Capítulo V, Artigo 109, regulamentando o direito de petição atinente aos procedimentos licitatórios. São três as formas dessa manifestação: recurso (recurso hierárquico), representação e pedido de reconsideração.

O recurso hierárquico também fora previsto nos casos das licitações realizadas sob a modalidade de pregão, em sua lei de regência, no art. 4º, XVIII.

II – DO EFEITO SUSPENSIVO

Inicialmente, a Recorrente solicita que seja conferido ao presente o necessário efeito suspensivo, conforme mandamento legal trazido pela Lei 10.520/02 e pela Lei 8.666/93, com previsão ainda no item 10.5 do Edital.

III – DOS FATOS

A empresa Recorrente apresentou proposta de preços para a Licitação, na modalidade de PREGÃO ELETRÔNICO PRESENCIAL Nº 13/2020, do tipo MENOR PREÇO POR ITEM, sob a forma de execução indireta no regime de empreitada por preço global e geração de Ata de Registro de Preços, que será regida pelo disposto na Lei nº 10.520/2002 e 13.979/2020, subsidiariamente na Lei nº 8.666/1993, e demais normas regulamentares aplicáveis à espécie.

Preliminarmente cabe ressaltar que a Recorrente não visa, tão somente, a defesa de seus direitos, na medida em que a aceitação da proposta vencedora em comento, contraria frontalmente o Edital, seus preceitos fundamentais, bem como a legislação acerca da matéria.

Por assim ser, nos socorremos aos elevados substratos intelectuais deste Douto Pregoeiro, que examinando as razões de forma estanque e distinta, no tocante à legislação ora trazida à baila haverá de compreender o desacordo com o próprio Instrumento Convocatório, conforme estará esmiuçado adiante.

Ao avaliar a documentação, o Ilmo. Sr. Pregoeiro decidiu DECLARAR VENCEDORA A EMPRESA ORBENK – ADMINISTRAÇÃO E SERVIÇOS LTDA. sem se atentar, entretanto, a fatores que obstaculizam a validade da proposta apresentada devendo portanto ser desclassificada.

A Recorrente ao preparar a sua documentação, apesar de ter cumprido as determinações do Instrumento Convocatório, conforme veremos a seguir, tivera sua proposta vencida por um terceiro que não atentou para os ditames legais, apresentado preço MANIFESTAMENTE INEXEQUÍVEL.

III – DA DOCUMENTAÇÃO IRREGULAR DA EMPRESA ORBENK

Ab initio, a Recorrente informa que apresentara TODA A DOCUMENTAÇÃO de forma VÁLIDA e SATISFATÓRIA.

Conforme se pode verificar nos autos, a proposta vencedora apresentada pela Empresa Orbenk, não atende ao Edital, nem muito menos aos ditames constantes leis ao reduzir o valor da multa do FGTS para patamares inferiores a 40% (quarenta por cento), contrariando ainda as recomendações do Governo Federal, expedidas através do portal de compras, tendo alcançado penas 0,38% demonstrando que o contrato se tornará ABSOLUTAMENTE INEXEQUÍVEL, uma vez que a empresa já demonstra que LESIONARÁ SEUS FUNCIONÁRIOS em nome do lucro, o que certamente não será permitido por V.Sa.

Quanto à presente argumentação, respeitando o entendimento do Douto Pregoeiro, insta salientar que a proposta é vista como ofensa ao princípio da isonomia, haja vista que restringe o caráter competitivo do certame, em claro descumprimento ao art. 3º, § 1º, I, da Lei 8.666/93 que assim reza:

"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.

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991;". Grifamos

Corroborando com o entendimento retro mencionado, colacionamos algumas decisões emanadas dos nossos

Tribunais:

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO:

"Ementa: LICITAÇÃO - MANDADO DE SEGURANÇA - VINCULAÇÃO AO EDITAL NÃO AUTORIZA INTERPRETAÇÃO LITERAL E OBTUSA DE CLAÚSULA EDITALÍCIA - CONCESSÃO DA ORDEM. (...) O objetivo das licitações públicas é a busca do melhor contrato para a administração, garantindo-se, de outro lado, a igualdade de chances aos concorrentes. Toda a interpretação de editais deve ser feita à conta dessa premissa, e, assim, A EXIGÊNCIA DO EDITAL DEVE SER ENTENDIDA E CUMPRIDA, AFASTANDO-SE ENTENDIMENTO RESTRITIVO E LITERAL DA COMISSÃO DE LICITAÇÃO. O PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO EDITAL NÃO PODE SER USADO PARA AGREDIR A INTELIGÊNCIA, VILIPENDIAR O BOM SENSO E MARTELAR A LÓGICA. REMESSA DESPROVIDA. REMESSA EX OFFICIO EM MANDADO DE SEGURANÇA REOMS 38073 2000.02.01.066498-8 (TRF-2) Data de publicação: 04/04/2006."

Por derradeiro, merece destaque os termos constantes do edital acerca de irregularidades ou existência de restrições, senão vejamos:

25.6 – AS NORMAS DISCIPLINADORAS DA LICITAÇÃO SERÃO SEMPRE INTERPRETADAS EM FAVOR DA AMPLIAÇÃO DA DISPUTA ENTRE OS INTERESSADOS, DESDE QUE NÃO COMPROMETAM O INTERESSE DA ADMINISTRAÇÃO, O PRINCÍPIO DA ISONOMIA, a finalidade e a segurança da contratação.

O que se vê na verdade não foi ampliação da disputa nem muito menos respeito ao interesse público, mas sim, violação às normas legais e risco aos trabalhadores que irão exercer as funções previstas no edital.

Ora, pode-se ver que o d. Pregoeiro, na louvável intenção de proteger o erário e trazer maior economia para a administração, deixou de lado fator essencial de validade e regular execução econômico-financeira do contrato, cujo reequilíbrio será requerido tão logo se demonstre inexecuível, transformando um contrato aparentemente vantajoso em financeiramente desastroso, o que acabará gerando dano irreparável passível de responsabilidade, configurando ainda ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.

Por essas razões a Recorrente espera que V.Sa. RECONSIDERE O ENTENDIMENTO ESPOSADO, rejeitando a proposta da ORBENK por não estar de acordo com as normas legais

IV – DO DIREITO

Serão apresentadas, as considerações da Recorrente acerca de todo o alegado acima:

Os critérios que devem pautar a Administração Pública na escolha da melhor proposta para a execução dos serviços, procurando sempre preservar o erário de gastos indevidos, deverão ser sempre OBJETIVOS, IMPESSOAIS E EFICAZES E EFICIENTES. É por esse motivo que a proposta apresentada pela ORBENK deve ser recusada por esse Erudito Pregoeiro, desclassificando-a do certame.

Destaque-se que a escolha do administrador público deve sempre ser embasada pelos Princípios da Impessoalidade e do Julgamento Objetivo das Propostas.

Neste diapasão, clama-se pela atenção ao que dispõe o art. 37 da Constituição Federal para impor a aplicação do Princípio da Legalidade Estrita pelo Ilmo. Sr. Pregoeiro para declarar a desclassificação da proposta da empresa ORBENK, valendo-se, para isso, de INTERPRETAÇÃO DOS TERMOS DO EDITAL.

Destarte, a decisão de declarar a ORBENK como vencedora do certame não pode prosperar, sob pena de ferir princípios basilares da licitação pública, quais sejam, os PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE, COMPETITIVIDADE, ECONOMICIDADE, VANTAJOSIDADE E EFICIÊNCIA.

Nos ensinamentos do Mestre Hely Lopes Meirelles, os princípios são:

"Na linguagem corrente, a palavra princípio tem o sentido "aquilo que vem antes de alguma coisa" ou "origem, começo", contrapondo-se ao fim. Na linguagem técnica este vocábulo tem sentido vago e não oferece nenhuma indicação substancial sobre a que se destina. Na ciência jurídica a palavra princípio é um termo análogo, ou seja, suscetível de inúmeros sentidos sendo, antes de tudo, um ponto de partida. Neste sentido, princípio são os alicerces, os fundamentos desta ciência. (MEIRELLES, Hely Lopes. Op. Cit.,. P. 28 e ss) grifamos

Para J. Afonso da Silva os princípios são:

"ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas." (Curso de Direito Constitucional Positivo, Malheiros, 9ª ed., São Paulo, 1994, p. 84 e 85.) grifamos

Segundo o festejado Miguel Reale:

"(...) os princípios são 'verdades fundantes' de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades de pesquisa e da praxis." (Lições Preliminares de Direito, Saraiva, 7ª ed., São Paulo, 1980, p. 299.) grifamos

Conclui-se, portanto que encontraremos em nossa Constituição Federal e demais leis, tanto princípios, como normas. Os Princípios, quando vierem de forma expressa na constituição, terão o status de normas-princípios. Já os princípios que, pelo menos diretamente, não estiverem relacionados em alguma norma constitucional, deverão ser subentendidos como parte do sistema, sob pena de quebra de sua harmonia e provável surgimento de situações desproporcionais.

Corroborando com esse entendimento, o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL assim se posicionou:

"Os princípios podem estar ou não explicitados em normas. Normalmente, sequer constam de texto regrado. Defluem no todo do ordenamento jurídico. Encontram-se ínsitos, implícitos no sistema, permeando as diversas normas regedoras de determinada matéria. O só fato de um princípio não figurar no texto constitucional, não significa que nunca teve relevância de princípio." (STF, REXtr nº 160.381/SP, 2ª T., Rel. Min. Marco Aurélio, RTJ 153/1.030.) grifamos

As normas são de importância ímpar em nosso ordenamento jurídico-positivista, possuindo os princípios, contudo, missão superior, que é a de gerar o sistema de normas, seja oferecendo subsídios para a complementação das leis, seja repugnando normas ilegítimas, de constitucionalidade equívoca.

É de nosso conhecimento que há um evidente dilema que envolve, de um lado, a exigência rigorosa do cumprimento das formalidades previstas pelo edital e, de outro lado, o uso da prerrogativa de saneamento, pelo Pregoeiro.

O DECRETO FEDERAL Nº 5.450/2005 expressamente admite que O PREGOEIRO EXERÇA A PRERROGATIVA ADMINISTRATIVA DE SANAR ERROS OU FALHAS QUE NÃO ALTEREM A SUBSTÂNCIA DAS PROPOSTAS, dos documentos e sua validade jurídica. Nestes casos, deve apresentar despacho fundamentado, registrado em ata e acessível a todos, que informe e justifique a medida saneadora.

O Ilmo. Sr. Pregoeiro ao verificar que a proposta inicialmente não atendia ao edital, deveria ter diligenciado para dirimir quaisquer dúvidas à respeito do referido documento antes da declaração sumária de vencedora. Tal providência não alteraria a substância da documentação, haja vista que RESTARIA COMPROVADO A INIDONEIDADE DOS DOCUMENTOS, EIS QUE FEREM DIREITOS TRABALHISTAS E AS NORMAS EMANADAS PELO GOVERNO FEDERAL DISPONIBILIZADAS NO PORTAL COMPRASNET e tampouco tornaria legítima a atuação do Douto Pregoeiro no sentido de sanear tal situação.

A Lei 8.036 de 11 de maio de 1990, que disciplina o FGTS – Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, assim dispõem em seu art. 18, senão vejamos:

Art. 18. Ocorrendo rescisão do contrato de trabalho, por parte do empregador, ficará este obrigado a depositar na conta vinculada do trabalhador no FGTS os valores relativos aos depósitos referentes ao mês da rescisão e ao imediatamente anterior, que ainda não houver sido recolhido, sem prejuízo das cominações legais. (Redação dada pela Lei nº 9.491, de 1997)

§ 1º NA HIPÓTESE DE DESPEDIDA PELO EMPREGADOR SEM JUSTA CAUSA, DEPOSITARÁ ESTE, NA CONTA VINCULADA DO TRABALHADOR NO FGTS, IMPORTÂNCIA IGUAL A QUARENTA POR CENTO DO MONTANTE DE TODOS OS DEPÓSITOS REALIZADOS NA CONTA VINCULADA DURANTE A VIGÊNCIA DO CONTRATO DE TRABALHO, ATUALIZADOS MONETARIAMENTE E ACRESCIDOS DOS RESPECTIVOS JUROS. (REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 9.491, DE 1997)

§ 2º Quando ocorrer despedida por culpa recíproca ou força maior, reconhecida pela Justiça do Trabalho, o percentual de que trata o § 1º será de 20 (vinte) por cento.

A jurisprudência acerca do tema é clara no sentido de ser inegociável os valores de multa de FGTS em caso de demissão sem justa causa, como ora se passa a transcrever:

ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR PREJUÍZOS DECORRENTES DO PAGAMENTO A MENOR DA MULTA RESCISÓRIA DE 40% SOBRE OS DEPÓSITOS DO FGTS. NÃO INCIDÊNCIA DE ÍNDICES DE CORREÇÃO MONETÁRIA EXPURGADOS. INEXISTÊNCIA DE RESPONSABILIDADE DA UNIÃO FEDERAL. APELAÇÃO IMPROVIDA. 1. Em que pese a pretensão deduzida não consista exatamente na aplicação de índices de correção expurgados sob os saldos das contas fundiárias, mas na reparação de dano decorrente da repercussão dos expurgos no pagamento da multa prevista no art. 477, da CLT, é pacífica a jurisprudência do STJ e deste Egrégio Tribunal no sentido de que a Caixa Econômica Federal e não a União é parte legítima para responder pela aplicação incorreta dos índices de correção monetária dos depósitos do FGTS. Precedentes (STJ. RESP914478/SP. 1ª Turma. DJ: 24/05/2007, pg. 337; TRF5ª Região. AC369787. 4ª Turma. Data de Decisão: 13/03/2009. Unânime. DJ: 17/04/2009, pg. 460; TRF 5ª Região. AC453352/CE. 1ª Turma. Data de Julgamento: 25/09/2008. Unânime. DJ: 17/10/2008, pg. 336; TRF5ª Região. AC359808/PE. 2ª Turma. Data de Julgamento: 21/03/2006. Unânime. DJ: 21/06/2006, pg. 563). 2. Apelação improvida.(TRF-5 - AC: 400911 PE 0025062-56.2004.4.05.8300, Relator: Desembargador Federal Rogério Fialho Moreira, Data de Julgamento: 29/10/2009, Primeira Turma, Data de Publicação: Fonte: Diário da Justiça Eletrônico - Data: 19/11/2009 - Página: 308 - Ano: 2009)

MULTA DE 40% DO FGTS. DIFERENÇA. PRESCRIÇÃO. Diferentemente da decadência, onde o marco inicial se conta a partir do surgimento do direito, na prescrição dá-se a contagem a partir do instante em que o direito sofre a lesão. Tratando-se de direito reconhecido pela Justiça Federal após a extinção do contrato de emprego, a data do pagamento da parcela, pela Caixa Econômica Federal, é que marca o início do prazo prescricional.

COMPLEMENTAÇÃO DO PAGAMENTO DA INDENIZAÇÃO DE 40% SOBRE OS DEPÓSITOS FUNDIÁRIOS. Se os depósitos dos complementos de atualização monetária foram realizados retroativamente, por força da decisão judicial, devida a complementação da multa fundiária, que resultou paga a menor quando da dispensa imotivada do trabalhador. HONORÁRIOS ASSISTENCIAIS. Estando o reclamante assistido por sindicato representativo da categoria e munido de declaração de que não pode demandar sem prejuízo do próprio sustento e de sua família, devidos são os honorários advocatícios, nos termos do art. 14, da Lei nº 5.584/70 e Enunciados 219 e 329 do TST. (TRT-10 - RO: 27200401210000 DF 00027-2004-012-10-00-0, Relator: Desembargadora MARIA PIEDADE BUENO TEIXEIRA, Data de Julgamento: 23/06/2004, 2ª Turma)

DO PAGAMENTO DA MULTA DE 40% SOBRE O SALDO DE DEPÓSITOS DO FGTS - A NINGUÉM É DADO ALEGAR O DESCONHECIMENTO DA LEI PARA JUSTIFICAR O SEU DESCUMPRIMENTO (ART. 3º - LICC), e, em sendo assim, compete ao reclamado, enquanto empregador, conhecer a legislação relativa ao FGTS, e aplicá-la estritamente, independentemente de qualquer orientação da CEF, que não detinha - nem detém - competência para legislar sobre a matéria. ERRANDO CULPOSA OU DOLOSAMENTE, MAS SOBRETUDO MUI CONVENIENTEMENTE, AO CALCULAR A MENOR AS VERBAS RESCISÓRIAS RELATIVAS AOS 40% DOS EMPREGADOS DEMITIDOS SEM JUSTA CAUSA, CABE AOS EMPREGADORES A DÍVIDA QUE É, TÍPICAMENTE, TRABALHISTA. Portanto, não poderá ser cobrada da CEF, se não foi ela quem calculou, a menor, as verbas rescisórias, e se ela não mantivera vínculo empregatício, patronal, com os empregados prejudicados. No máximo, em outra esfera e discussão, pode ser imputada à Caixa a culpa por haver induzido ao erro esses empregadores, que enriqueceram ilícitamente, (TRT 17ª R., RO 0154000-76.2002.5.17.0005, Pleno, Rel. Desembargador Marcello Maciel Mancilha, Rev. Desembargadora Maria de Lourdes Vanderlei e Souza, DEJT). (TRT-17 - RO: 01540007620025170005, Relator: JUIZ MARCELLO MACIEL MANCILHA)

AGRAVO INTERNO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. PROCEDIMENTO SUMARÍSSIMO. I. PRESCRIÇÃO. FGTS. O Tribunal Regional, à luz da decisão proferida pelo STF no ARE-709212/DF, manteve a incidência da prescrição trintenária sobre a pretensão de recolhimento das contribuições para o FGTS, fundada em relação de emprego que vigeu de 27/6/1977 a 14/10/2013. Em semelhante contexto, ao não reconhecer a prescrição do FGTS, o TRT de origem adotou entendimento em consonância com a diretriz perflhada no item II da Súmula nº 362 do TST. II. FGTS. PARCELAMENTO DO DÉBITO. AUXÍLIO-ALIMENTAÇÃO. ART. 896, § 9º, DA CLT. 1. Cuida-se de agravo interno em que se pretende demonstrar os requisitos de admissibilidade de recurso de revista interposto em processo submetido ao procedimento sumaríssimo. Exige-se, em tal circunstância, a comprovação de contrariedade a súmula do TST ou súmula vinculante do STF ou de afronta direta e literal a preceito da Constituição Federal. 2. A alegação da parte agravante é somente de violação de preceito de lei e de divergência jurisprudencial, o que não viabiliza o recurso de revista, nos termos do art. 896, § 9º, da CLT. III. PLANO DE DEMISSÃO INCENTIVADA - PDI. MULTA DE 40% SOBRE OS DEPÓSITOS PARA O FGTS. Se o TRT consigna que o próprio Plano de Demissão Incentivada estipulou o pagamento de indenização equivalente a 40% do FGTS e constata-se o pagamento a menor, é devida a diferença da parcela ao Reclamante. A construção de entendimento diverso supõe reexame de prova inviável em instância extraordinária (Súmula nº 126 do TST). Agravo interno de que se conhece e a que se nega provimento. TST - Ag-AIRR: 7275720165220002, Data de Julgamento: 14/11/2018, Data de Publicação: DEJT 23/11/2018)

Jacoby Fernandes, com a sabedoria que lhe é peculiar, lembra que não podem ser definidas previamente as hipóteses de saneamento:

"NÃO SE PODE DEFINIR PREVIAMENTE OU PRETENDER REGULAR O DIREITO-DEVER DE SANEAMENTO, ATÉ PORQUE SÃO ILIMITADAS E MULTIFACETADAS HIPÓTESES EM QUE OCORREM ERROS, DEFEITOS, VÍCIOS. Acresce-se, ainda, que toda teoria jurídica de convalidação do ato administrativo na riqueza que só a prática evidencia fica distante de um norte permanentemente orientador. (FERNANDES, Jorge Ulysses Jacoby. Sistema de registros de preço e pregão presencial e eletrônico. 5ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.) grifamos

Possui razão o referido doutrinador. A dinâmica da realidade impede que sejam estabelecidos, de forma absoluta, os erros e omissões que podem ser sanados pela atuação diligente do Pregoeiro.

Ademais, a realização de diligência é claramente identificada como uma prerrogativa facultada ao Pregoeiro, sendo desnecessária a previsão em edital (TCU. Acórdão 2459/2013-Plenário. Relator Ministro José Múcio Monteiro, 11.9.2013. Info 168.). Assim, por exemplo, diante de dúvida que possa ser suprida por diligência, convém a realização desta, BUSCANDO A AMPLA COMPETITIVIDADE E A BUSCA DA MELHOR PROPOSTA. O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO JÁ ASSENTOU, INCLUSIVE, QUE É INDEVIDA A DESCLASSIFICAÇÃO DE LICITANTES EM RAZÃO DA AUSÊNCIA DE INFORMAÇÕES NA PROPOSTA que possam ser supridas pela diligência prevista no art. 43, § 3º, da Lei de Licitações. (TCU. Acórdão 1170/2013-Plenário, Relatora Ministra Ana Arraes, 15.5.2013 - info 151).

Mesmo que inexistisse previsão que admitisse as diligências, no regulamento federal do pregão, essa atitude de sanar erros e omissões simples seria admissível, em prestígio aos princípios da eficiência, da competitividade, economicidade, vantajosidade e da razoabilidade. Essas normas servem de fundamento para evitar desclassificações motivadas por erros e omissões de pouca relevância, desde que tal correção não despreze o interesse público ou afronte o tratamento isonômico entre os participantes.

O próprio TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO já determinou a certo ente que se ABSTIVESSE DE INABILITAR EMPRESAS E/OU DESCLASSIFICAR PROPOSTAS QUANDO A DÚVIDA, O ERRO OU A OMISSÃO PUDESSEM SER SANEADOS, nos casos em que não importasse prejuízo ao interesse público e/ou aos demais participantes (TCU - Acórdão nº 2.231/2006 - 2ª Câmara).

Não vislumbramos que a possibilidade de realização de diligência para sanar dúvidas gere prejuízos aos demais participantes, altere a substância das propostas, dos documentos ou sua validade jurídica. Cogitar tal atitude como prejudicial, em razão do argumento de que ela deixaria de prestigiar a vitória no certame àquele licitante que cumpriu rigorosamente as formalidades, inviabilizaria qualquer outra possibilidade de saneamento.

A busca pela melhor proposta e o atendimento aos princípios que conformam a atividade administrativa exercida pelo pregoeiro, como a competitividade, razoabilidade e eficiência, exigem que, respeitando-se a isonomia e a

impessoalidade, SEJAM TOMADAS MEDIDAS CABÍVEIS PARA SANAR ERROS, omissões ou defeitos de pouca relevância, com o intuito de garantir a seleção da melhor proposta possível.

Assim, em determinadas situações, pode-se justificar que questões procedimentais, que não atentem contra a isonomia entre os licitantes, SEJAM PRESCINDIDAS EM FAVOR DA BUSCA DE UMA PROPOSTA MAIS VANTAJOSA PARA O PODER PÚBLICO.

Como se sabe, o edital estabelece as regras do certame licitatório, devendo ser observados pela Administração e pelos licitantes.

Mas, embora se presuma que determinados requisitos impostos pelo edital são relevantes, O RIGOR EM SUA EXIGÊNCIA NÃO DEVE SER APLICADO DE FORMA A PREJUDICAR A PRÓPRIA ADMINISTRAÇÃO.

Esta compreensão moderna do papel a ser exercido pelo agente público responsável pelas licitações encontra eco nas decisões de nossos Tribunais.

Jurisprudência do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, ressalta, ainda, a observância deste princípio:

“EMENTA: DIREITO PÚBLICO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. VINCULAÇÃO AO EDITAL. INTERPRETAÇÃO DAS CLAUSULAS DO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO PELO JUDICIÁRIO, FIXANDO-SE O SENTIDO E O ALCANCE DE CADA UMA DELAS E ESCOIMANDO EXIGÊNCIAS DESNECESSÁRIAS E DE EXCESSIVO RIGOR PREJUDICIAIS AO INTERESSE PÚBLICO. POSSIBILIDADE. CABIMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA PARA ESSE FIM. DEFERIMENTO.

O “edital” no sistema jurídico-constitucional vigente, constituindo lei entre as partes, e norma fundamental da concorrência, cujo objetivo é determinar o “objeto da licitação”, discriminar os direitos e obrigações dos intervenientes e o poder público e disciplinar o procedimento adequado ao estudo e julgamento das propostas.

Consoante ensinam os juristas, o princípio da vinculação ao edital não é “absoluto”, de tal forma que impeça o judiciário de interpretar-lhe, buscando-lhe o sentido e a compreensão e escoimando-o de cláusulas desnecessárias ou que extrapolem os ditames da lei de regência e cujo excessivo rigor possa afastar, da concorrência, possíveis proponentes, ou que o transmude de um instrumento de defesa do interesse público em conjunto de regras prejudiciais ao que, com ele, objetiva a administração.

(...)

O “valor” da proposta “grafado” somente em “algarismos” - sem a indicação por extenso - constitui mera irregularidade de que não resultou prejuízo, insuficiente, por si só, para desclassificar o licitante. A “ratio legis” que obriga, aos participantes, a oferecerem propostas claras é tão só a de propiciar o entendimento à administração e aos administrados.

(...)

O FORMALISMO NO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO NÃO SIGNIFICA QUE SE POSSA DESCLASSIFICAR PROPOSTAS EIVADAS DE SIMPLES OMISSÕES OU DEFEITOS IRRELEVANTES. Segurança concedida. (STJ – Rel. Ministro DEMÓCRITO REINALDO - MS 5418 / DF – Fonte: DJ 01.06.1998 p. 24.) grifamos

As leis e princípios que cingem os processos licitatórios, bem como a contratação, neste caso especialmente o da Vinculação ao Instrumento Convocatório, ressalvam a liberdade para a Administração definir suas condições, entretanto, concomitantemente, estruturar-lhes de modo a RESTRINGIR A DISCRICIONARIEDADE A DETERMINADAS ETAPAS.

A exigência da vinculação do administrador não é absoluta, sob pena de quebra da competitividade. Com essa inteligência, vêm os Tribunais abrandando o princípio do formalismo procedimental, quando se tratar de mera irregularidade, conforme fora demonstrado acima.

Como se depreende da leitura dos julgados, do STF e do STJ, os mesmos enaltecem a compreensão de que o formalismo no procedimento licitatório não impõe, de forma absoluta, a desclassificação das propostas, ou inabilitação, por simples omissões ou por defeitos irrelevantes.

Assim, entendemos que a melhor orientação jurídica a ser dada ao Ilmo. Sr. Pregoeiro é para que, conforme admitido pela lei, doutrina e jurisprudência, exerça a prerrogativa administrativa de desclassificar a proposta da empresa ORBENK, uma vez que a possibilidade de sanar erros ou falhas que não alterem a substância da documentação já precluiu, prestigiando princípios que conformam a atividade administrativa, como: a COMPETITIVIDADE, RAZOABILIDADE, ECONOMICIDADE, VANTAJOSIDADE e EFICIÊNCIA.

Diante disso, o pedido de DESCLASSIFICAÇÃO DA PROPOSTA DA EMPRESA ORBENK é totalmente PROCEDENTE. Considerando que o vício da empresa declarada vencedora está diretamente ligado ao capital social ao não alcançar o mínimo exigido na licitação, não seria possível a conversão em diligência para sanar tal vício, razão pela qual ESTÁ INABILITADA, para participar do certame.

MAIS IMPORTANTE AINDA, É FRISAR QUE ISOLADAMENTE NÃO BASTA APENAS BUSCAR A COMPETITIVIDADE EM DETRIMENTO DO TÃO ALMEJADO “MENOR PREÇO”, SEM QUE HAJA A LEGALIDADE DE UM PROCEDIMENTO. A INABILITAÇÃO INDEVIDA DE UMA DOCUMENTAÇÃO, QUE FIRA OS PRINCÍPIOS DA LEI E NÃO GARDA CONFORMIDADE COM OS INTERESSES ALMEJADOS PELA ADMINISTRAÇÃO, É MOTIVO PARA A NULIDADE DE TODO O PROCEDIMENTO LICITATÓRIO.

IV – DAS CONCLUSÕES

Cabe destacar o que preceitua o art. 3º da Lei de Licitações, Lei 8.666/93, in verbis:

“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”.

grifamos

Acerca do processo de licitação pública, o renomado jurista José Cretella Júnior ensina:

"A finalidade do procedimento licitatório (...) é bem clara: em primeiro lugar, 'é o meio mais idôneo para possibilitar contratos mais vantajosos para o Estado, o que se dá conforme os princípios que regem a lei da oferta e da procura; em segundo lugar, pelo fato de colocar a salvo o prestígio administrativo, ESCOLHENDO NÃO O PREFERIDO, MAS AQUELE QUE, OBJETIVAMENTE, FEZ A MELHOR PROPOSTA' (cf. nosso Tratado de Direito Administrativo, 1967, vol. III, p. 108), de acordo com os vários índices, fixados no edital: menor preço, melhor técnica, rapidez, viabilidade, continuidade.

A licitação, restringindo o arbítrio do administrado, impede a ilegalidade, afastando o nepotismo e pondo a salvo a moralidade administrativa. Ao mesmo tempo, aumenta a confiança dos administrados nos dirigentes da coisa pública. 'ECONOMIA PARA OS COFRES PÚBLICOS', POR UM LADO, 'JUSTIÇA NA ESCOLHA', POR OUTRO, E, FINALMENTE, 'CONDIÇÕES MAIS VANTAJOSAS' SÃO OS OBJETIVOS QUE A ADMINISTRAÇÃO DEVE ALCANÇAR, MEDIANTE O PROCEDIMENTO LICITATÓRIO.

Em suma, 'que pelo menor preço se empreenda o melhor serviço' – eis o objetivo ideal que o Estado deve alcançar mediante a licitação". (Das Licitações Públicas. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 119)" grifamos

Insta salientar que a Recorrente ATENDERA TODAS AS CONDIÇÕES DE HABILITAÇÃO DO EDITAL, devendo ser HABILITADA no presente certame e declarada vencedora em razão da declassificação da empresa ORBENK.

V – DO PEDIDO

De toda sorte, ante todo o exposto, evidencia-se que o pedido de DESCLASSIFICAÇÃO DA EMPRESA ORBENK ADMINISTRAÇÃO E SERVIÇOS LTDA é procedente, pois a mesma não atendera plenamente aos requisitos técnicos e jurídicos do Edital e "a melhor proposta" se deu baseada em redução de índices legais em especial os referentes 'Multa rescisória do FGTS dos funcionários que prestarão serviços para a Administração Pública, expondo a administração pública a riscos desnecessários e dano ao erário.

Sendo assim conclui-se a exposição solicitando que o Erudito Pregoeiro RECEBA O PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO DA PROPOSTA APRESENTADA, pela empresa ORBENK ADMINISTRAÇÃO E SERVIÇOS LTDA, DANDO PROVIMENTO AO RECURSO, assim como altere o decisum que a declarou VENCEDORA do certame.

E por fim na remota hipótese de não acolhimento do presente recurso, o que se admite apenas ante o princípio de eventualidade, digne-se encaminhar cópia integral do processo licitatório e do presente recurso ao EGRÉGIO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, valendo o presente como Representação de que trata o § 1º do art. 113 da Lei nº 8.666/93.

Assim espera e confia a ora Recorrente o acolhimento do presente recurso, dando continuidade ao pregão, restabelecendo assim a salutar, costumeira e necessária

J U S T I Ç A !!!

Nos Termos Pedidos Deferimento.

Rio de Janeiro, 01 de julho de 2020

PROATIVIDADE CONSULTORIA EMPRESARIAL E GESTÃO DE RH LTDA

Fechar