

Prefeitura Municipal de São Carlos  
Douta Comissão Permanente de Licitações  
Ilmo. Sr. Presidente

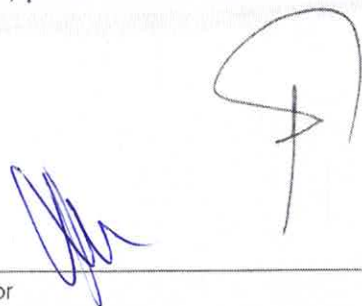
Tomada de Preços nº 19/2021  
Processo administrativo nº 12487/2021

RECEBEMOS  
São Carlos, 25, 11, 21  
Daniel M. - 14:22  
Seção de Licitação - SMF

LINNEAR INCORPORAÇÕES E CONSTRUÇÕES EIRELI-EPP, pessoa jurídica de direito privado, devidamente inscrita no C.N.P.J./MF sob o nº 19.403.366/0001-30, estabelecida na Rua XV de Novembro, 2391, São Carlos/SP, por seu advogado que esta subscreve, com fulcro no artigo 109, inciso I, alínea b, da Lei Federal nº 8.666/93, apresentar suas:

RAZÕES DE RECURSO

em face do julgamento proferido na Tomada de Preços nº 19/2021, que desclassificou, de maneira indevida, a Recorrente, pelas razões de fato e de direito a seguir aduzidas.

Handwritten signature and a circular stamp with a cross inside.

I – DOS FATOS E DO DIREITO

A Recorrente participou da Tomada de Preços nº 19/2021 cujo objeto tratou da execução de obras e serviços de engenharia para a ampliação do CEMEI Prof. Nilson Aparecido Gonçalves, conforme o projeto e demais especificações técnicas constantes do Edital.

Aos 16/11/2021, a Comissão Permanente de Licitações divulgou o resultado de sua análise e, ato contínuo, proferiu a seguinte decisão:

*"(...) LINNEAR INCORPORAÇÕES E CONSTRUÇÕES*

*Conforme apontado em sessão pública, a empresa não apresentou fonte de referência em sua planilha, conforme exigência do item 06.01.b do Edital.*

*Além disso, o BDI de 14,99% se encontra abaixo dos parâmetros recomendados pelo TCU no Acórdão n. 2.622/2013 para este tipo de obra e, portanto, carece de justificativa."*

Na Ata de Julgamento a CPL Indicou que o exame das propostas foi subsidiado com a análise da Secretaria Municipal de Obras Públicas em "casos análogos". Esta referida análise foi feita nos autos do processo nº 12.488/2021 que instruiu a Tomada de Preços nº 20/2021 a concluir que a ausência da fonte de referência na planilha (06.01, "b" do edital) constituía motivo para a desclassificação.

O mencionado subitem 06.01, letra "b", do edital, dispôs:

*"As Licitantes deverão apresentar as Composições de Preços Unitários C.P.U.s de todos os itens constantes na planilha, indicando as referências utilizadas, por ex.: SINAPI, FDE, CPOS, cujas composições estão disponíveis nos sites das mesmas, ou outras como o TCPO-13, Volare, etc., bem como a taxa de Leis*

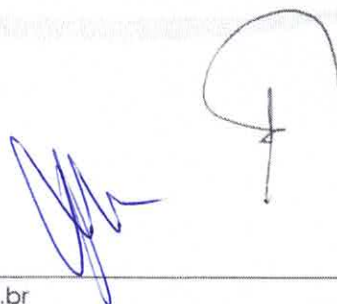
Sociais e Riscos do Trabalho a ser empregada sobre o custo de mão-de-obra operacional diretamente envolvida na execução dos serviços. Opcionalmente, as licitantes poderão optar por utilizarem os mesmos custos e referências da Planilha de Orçamento Básico, e alterarem apenas o B.D.I. para chegar no Preço Global Orçado, neste caso estarão dispensados da apresentação das C.P.U.s e da taxa de Leis Sociais e Riscos do Trabalho. As alterações permitidas devem preservar os percentuais mínimos necessários a suportar os custos de incidência do BDI nos respectivos itens de sua composição, em especial os de incidência legal, fiscal, tributária ou previdenciária. Não serão aceitos percentuais de BDI que não tenham sua exequidade comprovada ou ainda considerados insuficientes a suportar os custos da contratação.”

Portanto, em razão da não indicação da “referência” de custos, a proposta da Recorrente foi desclassificada. No que se refere ao BDI de 15,43%, limitou-se a CPL a informar que o percentual estava abaixo do limite máximo previsto no edital - que era de 28,35% - e que tal fato careceria justificativa.

#### Da indevida desclassificação da proposta

Em que pese o reconhecimento à competência técnica e ao elevado saber jurídico da Comissão Permanente de Licitações, *permissa venia*, a Recorrente está convicta de que houve um severo equívoco na decisão que desclassificou sua proposta.

Isso porque o posicionamento da CPL contraria a pacífica jurisprudência do Tribunal de Contas da União que é referência, inclusive, ao Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (cf. TC 989/007/03, Conselheiro Robson Marinho).



Vejamos o que dispõe a jurisprudência do TCU. Antes, porém, a Recorrente chama a atenção para a posição da egrégia Corte de Contas sobre a solução de conflitos entre princípios em uma licitação:

*"Tanto a ARN quanto a comissão de licitação alegaram que empresas concorrentes deveriam se ater aos exatos termos do edital, em razão de obediência ao princípio de vinculação ao instrumento convocatório. Mas, fazer sobressair algum princípio para promover sua aplicação como único critério para solucionar determinada lide não é medida mais adequada a ser tomada, porque se deixa de ponderá-lo, de sopesá-lo e harmonizá-lo a outros de igual ou maior estatura a que a Administração deve igual obediência, em especial os inculpidos no caput do art. 37 da Constituição Federal e os constantes no caput do art. 3º da Lei 8.666/93, dentre eles o da legalidade e o da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração.*

*Observar isoladamente o princípio da vinculação ao edital presente caput do art. 3º da Lei 8.666/93, em detrimento de outros, pode resultar em violação ao princípio da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração e em distorções prejudiciais ao interesse público". (Acórdão nº 2162/2021-Plenário) (g.n.)*

Nesse diapasão, de que o princípio da vinculação ao instrumento convocatório deve ser interpretado sob a lente dos demais princípios, eventuais erros na planilha devem ser sopesados e corrigidos, na busca pela proposta mais vantajosa. E, *data venia*, a CPL não agiu dessa forma, atendo-se literalmente ao texto do ato convocatório para fundamentar a desclassificação da proposta da Recorrente que era, e continua sendo, a mais vantajosa à Prefeitura de São Carlos.

Novamente, a Recorrente se socorre do lúcido posicionamento do TCU: "*há certos tipos de erros, falhas ou omissões, que podem ser consideradas mesmo como formais, plenamente sanáveis durante o processo licitatório e insuficientes para levar à desclassificação da licitante. Nessa esteira, o Tribunal tem jurisprudência consolidada no*

*sentido de que a Administração Pública deve pautar-se pelo princípio do formalismo moderado, adotando de 'formas simples e suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados, promovendo, assim, a prevalência do conteúdo sobre o formalismo extremo, respeitadas, ainda, as praxes essenciais à proteção das prerrogativas dos administrados': A existência de erros materiais ou omissões nas planilhas de custos e preços das licitantes não enseja a desclassificação antecipada das respectivas propostas, devendo a Administração contratante realizar diligências junto às licitantes para a devida correção das falhas, desde que não seja alterado o valor global proposto. (Acórdão nº 2162/2021-Plenário) (g.n.)*

Outros precedentes do TCU corroboram para o princípio da formalidade moderada:



*Acórdão 2546/2015-TCU-Plenário, relator Ministro André de Carvalho: Erro no preenchimento da planilha de formação de preço do licitante não constitui motivo suficiente para a desclassificação da proposta, quando a planilha puder ser ajustada sem a necessidade de majoração do preço ofertado.*

*Acórdão 1811/2014-TCU-Plenário, relator Ministro Augusto Sherman: É importante frisar que o art. 43, § 3º da Lei 8.666/93, ao prever a possibilidade de realização de diligências, expressamente vedou a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originalmente da proposta.*

*O TCU também entende que a correção que não altere o valor global da proposta não configura apresentação de informações ou documentos novos vedados pela lei, mas apenas o detalhamento do preço já fixado na disputa de lances ou comparação de propostas.*

*Nessa linha:*

*Não cabe a inabilitação de licitante em razão de ausência de informações que possam ser supridas por meio de diligência, facultada pelo art. 43, § 3º, da Lei 8.666/93, desde que não resulte inserção de documento novo ou afronta à isonomia entre os participantes.*



O Tribunal de Contas do Estado de São Paulo não se furtou a analisar matéria análoga (Processos: 00010885.989.18-6; 00015261.989.18-0). No julgamento, a Fiscalização do TCE/SP teceu alguns apontamentos que merecem destaque: "... a referida planilha tem caráter acessório e que poderia eventualmente a falha ser sanada já que não modifica o preço ofertado. O descumprimento da exigência constitui mera irregularidade que não implica necessariamente na desclassificação da proposta vencedora". (g.n.)

Inobstante, cumpre à Recorrente ressaltar que sua planilha praticamente repetiu o custo que constava da planilha do edital, ou seja, para quase todos os itens da proposta da Recorrente o custo era absolutamente o mesmo utilizado pela Prefeitura, o que supriria a necessidade de apresenta qualquer referência às tabelas indicadas no subitem 06.01, letra "b".

Nos únicos 2 itens em que o custo da Recorrente foi diferente da planilha da Prefeitura, ela apresentou a composição de custos e eventual dúvida sobre a referência de custo utilizada, deveria ser objeto de diligência da Comissão de Licitação. Vale dizer que a promoção de diligência está devidamente prevista no artigo 43, §3º, da Lei Federal nº 8.666/93, *verbis*:

*Art. 43 § 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. (g.n.)*

Nada obstante o legislador tenha utilizado a expressão "facultada" à Administração a promoção de diligências para sanar dúvidas atinentes à documentação, o texto legal deve ser interpretado no sentido de atribuição de um



*dever jurídico* da busca pela verdade real, e de assim proceder quando se verificar a hipótese contemplada pela Lei<sup>1</sup>.

Marçal Justen Filho ensina que:

*"Em primeiro lugar deve destacar-se que não existe uma competência discricionária para escolher entre realizar ou não uma diligência. Se os documentos apresentados pelo particular ou as informações nele contidas envolverem pontos obscuros – apurados de ofício pela Comissão ou por provocação de interessados –, a realização de diligências será obrigatória. Ou seja, não é possível decidir a questão (seja para desclassificar o licitante, seja para reputar superada a questão) mediante uma escolha de mera vontade. Portanto, a realização da diligência será obrigatória se houver dúvidas relevantes"<sup>2</sup> (g.n)*

No mesmo sentido está o ensinamento de Adilson Dallari<sup>3</sup> *"Evidentemente não se pode aceitar que o agente administrativo possa decidir livremente se deseja ou não promover uma diligência esclarecedora. Se assim fosse, sempre haveria o risco de tratamento não igualitário; de condescendência com relação a algum licitante e de rigor em relação a outro. Portanto, a previsão legal estabelece um dever de promover diligências esclarecedoras, e não uma faculdade. Esclarecer eventual dúvida quanto a sua proposta é um direito do licitante"*.

E a jurisprudência dos tribunais se posiciona no sentido da obrigatoriedade da diligência para esclarecer ou corrigir erros da planilha:

*"Não cabe a inabilitação de licitante em razão de ausência de informações que possam ser supridas por meio de diligência,*

<sup>1</sup> In <http://www.justen.com.br//informativo.php?&informativo=16&artigo=354&l=pt>

<sup>2</sup> Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 12ª Ed., São Paulo: Dialética, 2008, p. 556.

<sup>3</sup> DALLARI, Adilson de Abreu. *Aspectos Jurídicos da Licitação*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2003, p. 121



facultada pelo art. 43, § 3º, da Lei 8.666/93". (Acórdão 2873/2014 - Plenário)

"TCU. Acórdão 2521/2003 Primeira Câmara- Dou 29/10/2003 - estabeleça em seus editais de licitação requisitos formais adequados, realizando as diligências necessárias ao saneamento das propostas, quando possível, nos termos do art. 43, §3º da lei 8666/93, abstendo-se, em consequência, de inabilitar ou desclassificar empresas em virtude de detalhes irrelevantes ou que possam ser supridos pela diligência autorizada por lei". (q.n.)

É de se ponderar que o julgador deve sim sopesar eventuais equívocos e, dentro do seu poder discricionário e valendo-se do princípio da instrumentalidade do edital, julgar o certame dentro de critérios sensatos de forma a atingir o interesse público; a exclusão de um licitante ocorreria se houvesse a omissão de algum preço unitário relevante ou se o descumprimento ao Edital fosse no sentido de apresentação de preço superior, o que era claramente vedado e o que efetivamente não ocorreu no caso em tela.

A diligência realizada pela Administração nos certames promovidos pelo Poder Público, com vistas a atestar a consistência de documentos e informações, vem se tornando habitual nos procedimentos licitatórios, posto que traz ao processo a formalidade necessária à solenidade do ato, e ainda, chama a atenção para a seriedade e idoneidade dos participantes que concorrem nas licitações.

Assim, a decisão da douta CPL em desclassificar a Recorrente sem a devida promoção de diligência, prevista em Lei, que pudesse apenas atestar a referência utilizada, encontra-se em rota de colisão com o princípio da eficiência preconizado na Emenda Constitucional nº 19, ao vulnerar a competitividade e prejudicar o interesse público na busca da proposta mais vantajosa.





O ato decisório que culminou com a desclassificação da Recorrente está, sem dúvida, em descompasso com o objetivo pretendido pela Administração. Faz-se necessária a ponderação de valores.

Ora, qual o objetivo da licitação senão o de selecionar a proposta mais vantajosa ao poder público? Vejamos o posicionamento do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo:

*"O formalismo da Lei de Licitações não pode transformar-se em autônomo, pretendendo localizar a mais rigorosa compatibilidade entre o mundo dos fatos e o texto escrito de uma Lei... Aplicar a Lei nº 8.666 não consiste numa mera atividade mecânica, derivada da simples inteligência do sentido das palavras. É necessário compreender os valores veiculados através do diploma, verificar os fins a serem atingidos e escolher a solução mais compatível com todos os princípios jurídicos consagrados pelo Direito Brasileiro (FILHO, Marçal Justen; Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos; 10ª Ed.; Dialética. Página 65)(...)" (TCE/SP processo 886/002/04)*

No que se refere ao BDI de 15,43%, a Recorrente entende que este não foi o motivo de sua desclassificação, uma vez que a própria decisão indicou a necessidade de justificativa que, a propósito do tema, careceria de diligência.

Deveras, a proposta não viola os termos do edital, posto que o subitem 06.01, letra "h", mencionou o BDI máximo de 28,35% e condicionou sua aceitação à comprovação da exequibilidade. Dessa forma, a Recorrente tem o direito de apresentar suas justificativas e comprovações para o BDI ofertado, caso a CPL promova diligência.

Nesse tema, a jurisprudência também se posiciona de forma veemente:



*"A desclassificação de proposta por inexecuibilidade deve ser objetivamente demonstrada, a partir de critérios previamente publicados, e deve ser franqueada oportunidade de o licitante defender sua proposta e demonstrar sua capacidade de bem executar os serviços, nos termos e condições exigidos pelo instrumento convocatório, antes de ter sua proposta desclassificada." (Acórdão 1079/2017-Plenário)*


*"Nos termos da jurisprudência do TCU, não cabe ao pregoeiro ou a comissão de licitação declarar a inexecuibilidade da proposta da licitante, mas facultar aos participantes do certame a possibilidade de comprovarem a exequibilidade das suas propostas". (Acórdão TCU nº 559/2009 Primeira Câmara)*

*"Antes de ter sua proposta desclassificada por inexecuibilidade, ao licitante deve ser franqueada oportunidade de defendê-la e demonstrar sua capacidade de bem executar os serviços, nos termos e condições exigidos pelo instrumento convocatório". (Acórdão nº 1244/2018 Plenário)*

## II - DO PEDIDO

Em virtude dos fatos, do direito, da doutrina e jurisprudência, a empresa LINNEAR INCORPORAÇÕES E CONSTRUÇÕES EIRELI-EPP requer a revisão do julgamento proferido a fim de que seja reconsiderada sua desclassificação, reconduzindo-se a Recorrente ao certame, na condição de CLASSIFICADA.

Requer, ainda, caso não seja reconsiderada a decisão recorrida, sejam os autos encaminhados à autoridade superior para decisão, conforme artigo 109, § 4º, da Lei 8.666/93.



Nestes Termos,  
Pede Deferimento.

São Paulo, 25 de novembro de 2021.



ARIOSTO MILA PEIXOTO  
OAB/SP nº 125.311



ROBERTO MARTINEZ NETO  
Sócio-Diretor da empresa  
LINNEAR INCORPORAÇÕES E CONSTRUÇÕES EIRELI-EPP