

■ Visualização de Recursos, Contrarrazões e Decisões

RECURSO :

A

Companhia de Desenvolvimento dos Vales do São Francisco e do Parnaíba
Secretaria de Licitações – 7ª SL
Pregão nº 001/2023

SOL COMERCIO E DISTRIBUICAO DE ALIMENTOS LTDA, empresa com personalidade jurídica, sede e foro na Comarca de São Gabriel, no estado do Rio Grande do Sul, CNPJ 88.978.242/0001-03, por seu representante legal, vem a presença de Vsa. Sra. dizer e requerer o que segue:

DOS FATOS

A Requerente participou do certame em epígrafe, especificamente para os itens 01 e 02, ofertando produtos que atendem a todas as especificações e certificações do Edital.

Edital exige:

Itens 01 e 02

Colméia padrão internacional Langstroth - padrão internacional, composta por: 1 (um) ninho c/ fundo fixo, tampa removível com proteção aluminizada, 10 quadros de ninho do tipo Hoffman com arame inox 0,40 mm, com ilhós, esticados, 2 (duas) Melgueiras – cada uma com 14,5 cm de altura, composta por: 10 quadros de melgueira do tipo Hoffman com arame inox 0,40 mm, com ilhós, esticados - toda confeccionada em madeira de lei certificada, seca tratada, com densidade mínima de 0,610 g/cm³, preferencialmente Louro Canela (Ocotea Fragrantissima) ou Pinho (Araucária), excetuando-se o Pinnus sp, montada e imunizada. Logomarca da Codevasf estampada/pintada na cor azul em uma das laterais da colmeia e das melgueiras, no tamanho de 25 x 6,5 cm. Utilizar tinta atóxica

No entanto, para nossa surpresa no dia 14/07 tivemos a proposta recusada com o seguinte motivo:

Recusa da proposta. Fornecedor: SOL COMERCIO E DISTRIBUICAO DE ALIMENTOS LTDA, CNPJ/CPF: 88.978.242/0001-03, pelo melhor lance de R\$ 307,0000. Motivo: A Área Técnica concluiu que: não atende aos itens 01 e 02, pois não utiliza madeira de lei e não atende as expectativas da região.

Razões

Ocorre que, o produto ofertado pela empresa SOL atende na íntegra as exigências deste edital, conforme comprovaremos a seguir:

O produto ofertado por nossa empresa no valor final de R\$ 306,00, de extrema qualidade e já consolidado no mercado a mais de 30 anos possui a seguinte especificação:

Colméia padrão internacional Langstroth – padrão internacional, composta por: 1 (um) ninho c/ fundo fixo, tampa removível com proteção aluminizada, 10 quadros de ninho do tipo Hoffman com arame inox 0,40 mm, com ilhós, esticados, 2 (duas) Melgueiras – cada uma com 14,5 cm de altura, composta por: 10 quadros de melgueira do tipo Hoffman com arame inox 0,40 mm, com ilhós, esticados – toda confeccionada em madeira de lei certificada, eucalipto, seca tratada, com densidade mínima de 0,610 g/cm³, montada e imunizada. Logomarca da Codevasf estampada/pintada na cor azul em uma das laterais da colmeia e das melgueiras, no tamanho de 25 x 6,5 cm. Utilizar tinta atóxica.

Primeiramente cabe destacar que o produto em madeira de Eucalipto já foi fornecido para a 7ªSR através do pregão eletrônico 4/2011 – UASG 195012, objetos da OF nº 7.0139/2011 que inclusive deu origem ao ATESTADO DE CAPACIDADE TÉCNICA (anexo I) fornecido por este órgão na data de 08/12/2022 assinado pelo SUPERVISOR Romualdo da Silva Ramos e pelo titular da Área Inaldo Pereira Guerra, atestando para os devidos fins que o “os produtos foram entregues a contento, dentro dos padrões e normas técnicas exigidos no instrumento contratual” que tinha como exigência do edital as seguintes especificações:

Colméia montada, em madeira de lei (exceto Pinnus sp.), preferencialmente Louro Canela, padrão Langstroth, tendo 01 ninho e 02 melgueiras de 14,50 cm com 10 quadros Hoffman cada, com ilhós e arame inox nº 024, tampa aluminizada e fundo reversível.

Nota-se que o termo “madeira de lei” também estava presente nesta situação, no entanto, acertadamente a comissão na época decidiu pela aceitação e habilitação do item, tendo em vista que a empresa cumpriu todos os requisitos técnicos e jurídicos para a homologação do certame.

Ressaltamos que o termo Madeira de Lei designa, em sentido mais amplo, as madeiras que, por sua qualidade e resistência, principalmente ao ataque de insetos e umidade, duram mais que as outras. As madeiras nobres são mais pesadas, densas e apresentam alta resistência ao ataque de fungos e insetos por terem mecanismo de defesa que

inibe o ataque desses organismos.

O termo "Madeira de Lei" advém do período do Império no Brasil, onde havia uma lei que permitia a extração de algumas madeiras apenas pelo governo, como exemplo a madeira de Pau-Brasil. Atualmente embora essa lei não exista mais, a expressão continua sendo usada no vocabulário popular, porém não caracteriza termo técnico.

Portanto, qualquer espécie florestal, que produza madeira, sofrendo seu tratamento adequado, com sua densidade básica tolerável, será considerada madeira de lei para diversos fins.

Fica evidente que a Colméia ofertada pela empresa Sol atende na íntegra as especificações técnicas do edital, possuindo uma densidade acima do exigido, certificação e tratamento adequado de imunização, conforme Laudo Técnico registrado sob ART 2521543 (Caracterização de Estrutura de Madeira: Espécie Eucalyptus Saligna Smith) desenvolvido pelo Engenheiro Florestal e Engenheiro de Segurança do Trabalho Renato Salvadé Petrarca CREA/RS 203563 (devido a impossibilidade de anexo via sistema, estaremos encaminhando por e-mail este Laudo, juntamente com a respectiva ART) anexo II

É possível afirmar que não há LEGALIDADE na recusa da nossa proposta, tendo em vista que o termo "madeira de lei" não consta em qualquer norma ou regulamentação atual, conforme exposto acima o mesmo trata-se de um termo utilizado na época do Brasil Imperial, em que a coroa do rei Dom João VI proibiu que os civis extraíssem essas madeiras. Ficou determinado que algumas espécies de árvores só poderiam ser derrubadas para uso exclusivo da coroa.

Convém, ainda, destacar que o princípio da legalidade deve ser a máxima respeitada nos contratos administrativos. Ou seja, diferentemente do cidadão comum, que pode fazer tudo que a lei não proíbe (Art. 5º, inc. II da CF), a Administração Pública só pode fazer aquilo que estiver previamente previsto em lei (Art. 37 da CF). E com os processos licitatórios não é diferente, uma vez que são vinculados ao princípio da Legalidade, segundo o qual, devem seguir procedimentos legalmente previstos.

O princípio da legalidade é a base de todos os demais princípios, uma vez que instrui, limita e vincula as atividades administrativas, conforme refere Hely Lopes Meirelles:

"A legalidade, como princípio de administração (CF, art.37, caput), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.

A eficácia de toda atividade administrativa está condicionada ao atendimento da Lei e do Direito. É o que diz o inc. I do parágrafo único do art. 2º da lei 9.784/99. Com isso, fica evidente que, além da atuação conforme à lei, a legalidade significa, igualmente, a observância dos princípios administrativos. Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa 'poder fazer assim'; para o administrador público significa 'deve fazer assim'." (in Direito Administrativo Brasileiro, Editora Malheiros, 27ª ed., p. 86.

No mesmo sentido, leciona Diógenes Gasparini:

"O Princípio da legalidade significa estar a Administração Pública, em toda sua atividade, presa aos mandamentos da lei, deles não se podendo afastar, sob pena de invalidade do ato e responsabilidade do seu autor. Qualquer ação estatal sem o correspondente calço legal ou que exceda o âmbito demarcado pela lei, é injurídica e expõe à anulação. Seu campo de ação, como se vê, é bem menor que o do particular. De fato, este pode fazer tudo que a lei permite e tudo o que a lei não proíbe; aquela só pode fazer o que a lei autoriza e, ainda assim, quando e como autoriza. Vale dizer, se a lei nada dispuser, não pode a Administração Pública agir, salvo em situação excepcional (grande perturbação da ordem, guerra)" (in GASPARINI, Diógenes, Direito Administrativo, Ed. Saraiva, SP p.06).

DA SUSTENTABILIDADE

O Poder Público nos processos licitatórios deve atentar à escolha de produtos, serviços e bens que atendam a critérios de sustentabilidade ambiental, e tal exigência contraria a conduta sustentável exigida à atividade administrativa, portanto, exigir que um produto seja confeccionado em madeira natural, nobre, nativa da floresta brasileira da qual sua utilização depende de desmatamento, é fomentar a infringência extrativa da mata.

Doutrinariamente tal conduta é chamada de Princípio da Licitação Sustentável, o qual deve ser atendido pelo setor público sempre que seja razoável que direcione o objeto de suas contratações a produtos que contribuam com o meio-ambiente saudável e à sustentabilidade, tanto ambiental como econômica.

Para Biderman (2008):

"A licitação sustentável é uma solução para integrar considerações ambientais e sociais em todos os estágios do processo da compra e contratação dos agentes públicos (de governo) com o objetivo de reduzir impactos à saúde humana, ao meio ambiente e aos direitos humanos. A licitação sustentável permite o atendimento das necessidades específicas dos consumidores finais por meio da compra do produto que oferece o maior número de benefícios para o ambiente e a sociedade" (BIDERMAN et al., 2008, p. 25).

Maria Sylvia Zanella Di Pietro ainda afirma que:

"Tais exigências são compatíveis com os princípios da isonomia e da razoabilidade, já que as cláusulas discriminatórias, no caso, têm por objetivo a proteção do meio ambiente, com fundamento em preceitos constitucionais contidos especialmente nos artigos 170, VI e

225, §1º,V.”

“o princípio da sustentabilidade ou da licitação sustentável liga-se à ideia de que é possível, por meio de procedimento licitatório, incentivar a preservação do meio ambiente”

Ou seja, resta claro que conforme tal princípio, que hoje integra o rol de princípios que a licitação deverá atender, a licitação sustentável deve priorizar a escolha de produtos, serviços e bens que atendam a critérios de sustentabilidade ambiental.

Da Economicidade

Cabe ressaltar sobre o princípio da ECONOMICIDADE, onde é notório que a Constituição Federal de 1988 ampliou significativamente o universo de competências e atribuições do Sistema Federal de Controle Externo (arts. 70 a 75).

Nesse novo cenário, a atuação do Tribunal de Contas da União — TCU, como órgão de controle externo, em íntima cooperação com o Congresso Nacional, engendra uma avaliação cada vez mais criteriosa dos gastos públicos.

A propósito, o texto constitucional inseriu no ordenamento jurídico parâmetro de natureza essencialmente gerencial, intrínseco à noção de eficiência, eficácia e eficiência, eficácia e efetividade, impondo como um dos vetores da regular gestão de recursos e bens públicos o respeito ao princípio da economicidade, ao lado do basilar princípio da legalidade e do, também recém-integrado, princípio da legitimidade (CF, art. 70, “caput”).

Cumpra destacar que, apesar de o princípio em tela não se encontrar formalmente entre aqueles constitucionalmente previstos para a administração pública federal (art. 37, “caput”), impõe-se materialmente como um dos vetores essenciais da boa e regular gestão de recursos e bens públicos

Entretanto, é fato notório que a Comissão de Licitação não se atentou a enorme diferença de valores apresentados entre a Sol e a empresa ora arrematante, causando assim enorme prejuízo a economicidade, conforme exposto abaixo:

Valor final apresentado pela empresa Sol para os itens 01 e 02: R\$ 3.060.000,00 (três milhões e sessenta mil reais)

Valor final apresentado pela empresa Peixoto (ora arrematante): R\$ 3.900.000,00 (três milhões e novecentos mil reais)

Importante ressaltar que estamos tratando de uma diferença de R\$ 840.000,00 (oitocentos e quarenta mil reais), valor este que a CODEVASF estará arcando desnecessariamente, pois a proposta apresentada pela empresa primeira colocada no certame atende na íntegra a todas as exigências do edital.

Ademais, é inegável que o princípio da economicidade se harmoniza integral e complementarmente com o recém-introduzido princípio da eficiência (EC nº 19/98), sendo deste, com efeito, corolário e vice-versa.

A Constituição Federal brasileira determina que a administração pública obedeça aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (art. 37, caput). Explicita ainda a Constituição a necessidade de observância desses princípios ao exigir que as obras, serviços, compras e alienações sejam contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes (art. 37, inciso XXI).

Para regulamentar o procedimento da licitação exigido constitucionalmente, foi inicialmente editada a Lei n. 8.666/1993. Com a Lei n. 10.520/2002, mais uma modalidade licitatória (pregão) foi introduzida no modelo brasileiro, ao qual se aplicam subsidiariamente as regras da Lei n. 8.666/1993. Seja qual for a modalidade adotada, deve-se garantir observância da isonomia, legalidade, impessoalidade, igualdade, vinculação ao instrumento convocatório e julgamento objetivo, previstos expressamente na Lei n. 8.666/1993.

Dentre as principais garantias, pode-se destacar a vinculação da Administração ao edital que regulamenta o certame licitatório. Trata-se de uma segurança para o licitante e para o interesse público, extraída do princípio do procedimento formal, que determina à Administração que observe as regras por ela própria lançadas no instrumento que convoca e rege a licitação.

Segundo Lucas Rocha Furtado, Procurador-Geral do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União, o instrumento convocatório é a lei do caso, aquela que irá regular a atuação tanto da administração pública quanto dos licitantes. Esse princípio é mencionado no art. 3º da Lei de Licitações, e enfatizado pelo art. 41 da mesma lei que dispõe que “a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada”. (Curso de Direito Administrativo, 2007, p.416)

O mesmo autor prossegue no exame da questão, e reforça sua argumentação a respeito da vinculação do edital com o art. 41, §2º, da Lei 8.666: “Ali, fixa-se prazo para que o licitante possa impugnar os termos do edital. Expirado esse prazo, decairá o participante da licitação do direito de impugná-lo. Isto significa dizer que quem participa da licitação não pode esperar pela sua inabilitação ou desclassificação para, somente então, impugnar a regra contida no edital que levaria à sua exclusão do processo” (Curso de Direito Administrativo, 2007, p.417).

Ainda sobre a vinculação ao edital, Marçal Justen Filho afirma que “Quando o edital impuser comprovação de certo requisito não cogitado por ocasião do cadastramento, será indispensável a apresentação dos documentos correspondentes por ocasião da fase de habilitação” (Pregão. Comentários à Legislação do Pregão Comum e do Eletrônico, 4ª ed., p. 305). Como exemplo de violação ao referido princípio, o referido autor cita a não apresentação de documento exigido em edital e/ou a apresentação de documento em desconformidade com o edital (como documento enviado por fac-símilesem apresentação dos originais posteriormente).

Sobre o tema, igual orientação pode ser encontrada no Supremo Tribunal Federal (STF), no Superior Tribunal de Justiça (STJ), no Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF1) e no Tribunal de Contas da União, como será a seguir demonstrado.

O STF (RMS 23640/DF) tratou da questão em decisão assim ementada:

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCORRÊNCIA PÚBLICA. PROPOSTA FINANCEIRA SEM ASSINATURA. DESCLASSIFICAÇÃO. PRINCÍPIOS DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO E DO

JULGAMENTO OBJETIVO. 1. Se o licitante apresenta sua proposta financeira sem assinatura ou rubrica, resta caracterizada, pela apocrifia, a inexistência do documento. 2. Impõe-se, pelos princípios da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo, a desclassificação do licitante que não observou exigência prescrita no edital de concorrência. 3. A observância ao princípio constitucional da preponderância da proposta mais vantajosa para o Poder Público se dá mediante o cotejo das propostas válidas apresentadas pelos concorrentes, não havendo como incluir na avaliação a oferta eivada de nulidade. 4. É imprescindível a assinatura ou rubrica do licitante na sua proposta financeira, sob pena de a Administração não poder exigir-lhe o cumprimento da obrigação a que se sujeitou. 5. Negado provimento ao recurso.

O STJ já se manifestou diversas vezes a respeito do tema (por exemplo: RESP 595079, ROMS 17658). No RESP 1178657, o tribunal decidiu:

ADMINISTRATIVO. PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. PREGÃO. PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO EDITAL. REQUISITO DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA NÃO CUMPRIDO. DOCUMENTAÇÃO APRESENTADA DIFERENTE DA EXIGIDA. O Tribunal de origem entendeu de forma escorreita pela ausência de cumprimento do requisito editalício. Sabe-se que o procedimento licitatório é resguardado pelo princípio da vinculação ao edital; esta exigência é expressa no art. 41 da Lei n. 8.666/93. Tal artigo veda à Administração o descumprimento das normas contidas no edital. Sendo assim, se o edital prevê, conforme explicitado no acórdão recorrido (fl. 264), "a cópia autenticada da publicação no Diário Oficial da União do registro do alimento emitido pela Anvisa", este deve ser o documento apresentado para que o concorrente supra o requisito relativo à qualificação técnica. Seguindo tal raciocínio, se a empresa apresenta outra documentação - protocolo de pedido de renovação de registro - que não a requerida, não supre a exigência do edital. Aceitar documentação para suprir determinado requisito, que não foi a solicitada, é privilegiar um concorrente em detrimento de outros, o que feriria o princípio da igualdade entre os licitantes.

O TRF1 também já decidiu que a Administração deve ser fiel ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório (AC 199934000002288): "Pelo princípio da vinculação ao instrumento convocatório, 'a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada' (Lei nº 8.666/93, art. 3º, 41 e 43, I). O edital é a lei da licitação. A despeito do procedimento ter suas regras traçadas pela própria Administração, não pode esta se furtar ao seu cumprimento, estando legalmente vinculada à plena observância do regramento".

O mesmo TRF1, noutra decisão (AC 200232000009391), registrou:

Conjugando a regra do art. 41 com aquela do art. 4º [Lei nº 8.666/93], pode-se afirmar a estrita vinculação da Administração ao edital, seja quanto a regras de fundo quanto àquelas de procedimento. (...) O descumprimento a qualquer regra do edital deverá ser reprimido, inclusive através dos instrumentos de controle interno da Administração Pública. Nem mesmo o vício do edital justifica a pretensão de ignorar a disciplina por ele veiculada. Se a Administração reputar viciadas ou inadequadas as regras contidas no edital, não lhe é facultado pura e simplesmente ignorá-las ou alterá-las (...) (Justen Filho, Marçal; Comentários à lei de licitações e contratos administrativos; 8ª ed., São Paulo, Dialética, comentários ao art. 41, pgs. 417/420). A conduta da Administração na condução do pleito foi de estrita observância e vinculação ao edital, sendo o direito prejudicado pertencente a terceiro que não observou as prescrições editalícias, sendo descabida a pretensão de beneficiar-se de sua desídia.

Por fim, para além dos tribunais judiciais, mister trazer à baila a posição do TCU sobre a matéria aqui discutida. Há centenas de acórdãos do TCU que tratam da vinculação ao edital, com orientação alinhada àquela apresentada neste parecer e que podem ser sintetizadas na recomendação apresentada pelo tribunal no Acórdão 483/2005: "Observe com rigor os princípios básicos que norteiam a realização dos procedimentos licitatórios, especialmente o da vinculação ao instrumento convocatório e o do julgamento objetivo, previstos nos artigos 3º, 41, 44 e 45 da Lei nº 8.666/1993".

Decisões recentes reforçam essa posição do TCU, como se constata no sumário dos acórdãos a seguir transcritos:

Acórdão 4091/2012 - Segunda Câmara

REPRESENTAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO PARA REGISTRO DE PREÇO. EXIGÊNCIA DE ATESTADOS DE CAPACIDADE TÉCNICA EM PERCENTUAL MÍNIMO DE 50% PARA TODOS OS ITENS LICITADOS. ILEGALIDADE. ACEITAÇÃO DE ATESTADOS DOS VENCEDORES EM DESACORDO COM O PRÓPRIO EDITAL. MALFERIMENTO DOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO. APLICAÇÃO DE MULTA AOS RESPONSÁVEIS. DETERMINAÇÕES. PEDIDO DE REEXAME. CONHECIMENTO. NEGATIVA DE PROVIMENTO

Acórdão 966/2011 - Primeira Câmara

REPRESENTAÇÃO. LICITAÇÃO. POSSÍVEIS IRREGULARIDADES EM PREGÃO ELETRÔNICO. CONSTATAÇÃO DE ALGUMAS FALHAS RELACIONADAS À INOBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO. PROCEDÊNCIA PARCIAL. DETERMINAÇÃO.

O princípio da vinculação ao instrumento convocatório obriga a Administração e o licitante a observarem as regras e condições previamente estabelecidas no edital

Por todo o exposto, conclui-se que a Administração Pública, no curso do processo de licitação, não pode se afastar das regras por ela mesma estabelecidas no instrumento convocatório, pois, para garantir segurança e estabilidade às relações jurídicas decorrentes do certame licitatório, bem como para se assegurar o tratamento isonômico entre os licitantes, é necessário observar estritamente as disposições constantes do edital ou instrumento congênere.

Do pedido

Resta claro que a decisão do Gestor, recusando a proposta da empresa SOL foi uma decisão equivocada, que fere princípios como da vinculação ao instrumento convocatório, legalidade, sustentabilidade e economicidade, trazendo claro prejuízo ao erário e essa unidade, sendo que a forma de re-estabelecer o julgamento de forma linear, é a reclassificação da empresa SOL com a aceitação e habilitação de sua proposta, tendo em vista que mesma cumpriu na íntegra todas exigências do edital.

N.T.

P. Deferimento

Luciane Calil Jobim

Fechar