

**ILMO. SR. PREGOEIRO DO MUNICÍPIO DE MATÕES DO NORTE-
MA**

MATÕES DO NORTE / MA	
PROC.	3001901 / 2022
FLS.	568
RUB.	

Com cópia ao Secretário de Saúde e ao Prefeito do Município de Matões do Norte-MA

PREGÃO ELETRÔNICO Nº10/2022

WHITE MARTINS GASES INDUSTRIAIS DO NORTE LTDA, com estabelecimento na Av. 05, SN, Quadra A, Lote 2, Modulo 1, Distrito Industrial Maracanã, São Luis-MA, inscrita no CNPJ sob o nº 34.597.955/0005-13, vem tempestivamente à presença de V.S^a, por seu procurador abaixo (Doc. 01), com fundamento na Constituição Federal, art. 5, XXXIV, exercer seu direito constitucional de petição por intermédio da peça de

REPRESENTAÇÃO

em razão de vício observado no edital de licitação que comprometeu o processo e a ampla participação de interessados em ofertar.

A representação que não possui forma nem requisitos específicos além dos deduzidos no art. 5º, inc. XXXIV da Constituição Federal, é uma modalidade do exercício do direito constitucional de petição, que permite à qualquer prejudicado formular suas razões de insatisfação, quando não lhe seja mais facultado prazo para manifestação a respeito de um direito que entenda violado.

Destarte, consoante será demonstrado, em sendo mantida a decisão prejudicial à Representante e ao interesse público, *permissa vênia*, todo o processo estará viciado por desrespeito aos princípios norteadores das licitações, dentre estes o Princípio da Legalidade, Competitividade, Isonomia e da Moralidade, assim como a norma geral das licitações (Lei 8.666/093).


**DA PROVOCAÇÃO PELA VIA ADMINISTRATIVA e EXERCÍCIO DO
DIREITO CONSTITUCIONAL DE PETIÇÃO**

A Lei 8.666/93 atribuiu legitimação ativa a qualquer interessado ou cidadão combater vícios na gestão da coisa pública, provocando, na via administrativa, sua análise para necessária correção.


A propósito, a existência de um vício **não pode ser superada**, ainda que o particular tenha deixado de apontá-lo ou que um contrato tenha sido firmado sob a alegação de vantagens à administração. Na verdade, a indisponibilidade dos interesses fundamentais perseguidos pelo Estado não é afetável pela ação ou omissão dos particulares, uma vez que **a ausência de questionamento ou de impugnação não elimina a nulidade**.

Como adverte Lucia Valle Figueiredo em sua obra: Curso de Direito Administrativo:

“Impende a extinção do ato administrativo em virtude da existência de vício, quer por ausência de procedimento obrigatório (formalidade descumprida), ou por outro qualquer vício”.

“No exercício da função administrativa, a Administração Pública tem o dever de invalidar seus atos desconformes do Direito” (Lucia Valle Figueiredo, Curso de Direito Administrativo, 3ª ed, São Paulo, Malheiros, pp. 197/198)”.


Portanto, ocorrendo irregularidade, como a que se apresenta nesta oportunidade, a mesma deve ser sanada independentemente de provocação, uma vez que, **atos viciados não se transformam em atos válidos ainda que por eventual silêncio do particular**.

Vale ressaltar que com fulcro no Princípio da Autotutela e nas súmulas 346 e 473 do Supremo Tribunal Federal: "a administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos" ou "a administração **pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos**; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial".


Nesse contexto, resta consolidado o entendimento de que qualquer pessoa, seja física ou jurídica, pode e deve peticionar no intuito de alertar a Administração Pública sobre vícios prejudiciais ao interesse público.

Ante tal premissa, a Administração não deve alegar preclusão ou decadência diante de um ato ilegal, já que tem o dever de sanar a ilegalidade.

DOS VÍCIOS CONFORME HISTÓRICO DO CASO

O caso em apreço trata de ofensa aos Princípios da Isonomia, Legalidade e Vinculação ao Instrumento Convocatório, conforme será demonstrado abaixo.

Logo, a presente peça visa demonstrar o equívoco ocorrido na condução do Pregão Eletrônico nº10/2022, que decretou como vencedora a empresa A G DA CRUZ COMÉRCIO (Ora Representada), mesmo ciente dos vícios cometidos pela mesma.

Pois bem, a Representante foi inabilitada mesmo possuindo a melhor proposta, tendo cumprido a finalidade da licitação e por ato perfeitamente sanável por diligência.

Por outro lado, a Representada foi habilitada mesmo descumprindo os subitens 9.13.2 e 9.13.3 do Edital, na medida que apresentou contrato vencido e sem renovação, além de a declaração do concorrente ser relativa a 2020.

Pelas razões supracitadas, a Representação em comento foi elaborada com fulcro no Princípio da Autotutela e da Supremacia do Interesse Público, mesmo com a Representante tendo deixado transcorrer o curto prazo de intenção de recurso.

Assim, inicialmente, é importante frisar a exigência do Edital não cumprida pela concorrente:

9.13. Os licitantes que realizam envasem e enchimento de gases medicinais deverão apresentar Autorização de Funcionamento (AFE), disciplinada pela Resolução da Diretoria Colegiada nº 16 de 10 de abril de 2014, da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA);

9.13.1. Os licitantes que sejam exclusivamente distribuidores de gases medicinais deverão comprovar seu de vínculo jurídico com empresa envasadora ou enchedora de gases medicinais, através de:

9.13.2 **Cópia do contrato** (ou documento equivalente) firmado entre a distribuidora e a envasadora ou enchedora;

9.13.3 **Declaração da empresa envasadora ou enchedora** autorizando a distribuidora a comercializar os seus gases;

o.3` Autorização de Funcionamento (AFE) da empresa envasadora ou enchedora.

Ante a exigência supracitada, a Representada alegando ser distribuidora apresentou AFE da envasadora/enchedora, além do contrato e declaração da empresa envasadora/enchedora.

Ocorre que o contrato apresentado estava vencido e sem renovação, além de a declaração do concorrente ser relativa a 2020, ou seja, a Representada não cumpriu com os requisitos previstos nos subitens 9.13.2 e 9.13.3 por estar em desacordo com o Edital.

Nesse sentido, o subitem 9.19 exige a inabilitação:

9.19. Será inabilitado o licitante que não comprovar sua habilitação, seja por não apresentar quaisquer dos documentos exigidos, ou apresenta-los em desacordo com o estabelecido neste Edital.

Ora ilustre Pregoeiro, se o contrato se encontra vencido é essencial que a declaração do subitem 9.13.3 seja atual, no entanto, não foi o que ocorreu, acarretando em novo descumprimento e violação aos Princípios da Segurança, Eficiência e Vinculação ao Instrumento Convocatório.

Dito isso, a Representada deve ser inabilitada por ofensa aos Princípios da Isonomia, Eficiência, Vinculação ao Instrumento Convocatório, Impessoalidade, Procedimento Formal, Legalidade, a Jurisprudência e a Lei 8.666/93:

LEI 8.666/93

Art. 4º

Parágrafo único. **O procedimento licitatório previsto nesta lei caracteriza ato administrativo formal**, seja ele praticado em qualquer esfera da Administração Pública.

Art. 41. A Administração **não pode descumprir as normas e condições do edital**, ao qual se acha **estritamente vinculada**.

“Art. 48. Serão desclassificadas:

I- **as propostas que não atendam às exigências do ato convocatório da licitação;**”

“Art.40. O edital conterà no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta,

bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

VII - critério para **juízo**, com disposições claras e **parâmetros objetivos**;

Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:

IV - **verificação da conformidade de cada proposta com os requisitos do edital** e, conforme o caso, com os preços correntes no mercado ou fixados por órgão oficial competente, ou ainda com os constantes do sistema de registro de preços, os quais deverão ser devidamente registrados na ata de julgamento, promovendo-se a desclassificação das propostas desconformes ou incompatíveis;

V-**juízo e classificação das propostas de acordo com os critérios de avaliação constantes do edital**;

Art.45. **O juízo das propostas será objetivo**, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, **os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório** e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, **de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes** e pelos órgãos de controle.

Todavia, se o órgão entender que o vício é sanável por meio de diligência, deve ser aplicado o mesmo entendimento em relação a Representante, visto que foi inabilitada mesmo tendo apresentado seu balanço patrimonial, porém sem as notas explicativas.

Vale ressaltar que o intuito do balanço patrimonial é justamente assegurar que a empresa não vai quebrar no decorrer do contrato, ou seja, se as condições financeiras vão permitir cumprir o pactuado no contrato.

Ora, inabilitar a maior empresa do País, com mais de 100 anos de atuação e que apresentou a melhor proposta, apenas por ter deixado as notas explicativas de lado é um erro prejudicial ao interesse público.

Como se vê, o órgão usa do excesso de formalismo ao invés de adotar a razão, pois, o Edital permite realizar a diligência para tirar a dúvida quanto a nota explicativa e se a empresa é saudável financeiramente. Vejamos:

27.9. O desatendimento de exigências formais não essenciais não importará o afastamento do licitante, desde que seja possível o aproveitamento do ato, observados os princípios da isonomia e do interesse público.

27.13. É facultado a autoridade superior, em qualquer fase deste Pregão, promover diligência destinada a esclarecer ou completar a instrução do processo, vedada a inclusão posterior de informação ou de documentos que deveriam ter sido apresentados para fins de classificação e habilitação.

Assim, é salutar que o excesso de formalismo não deve prosperar já que viola o Princípio da Razoabilidade, do Formalismo Moderado e as Decisões Jurisprudenciais.

Nessa esteira o Tribunal de Contas da União, na decisão TC/6.029/95-7(4) e o STJ:

“(...) Na fase de habilitação a Comissão de Licitação não deve confundir o procedimento formal inerente ao processo licitatório com o formalismo, que se caracteriza por exigências inúteis e desnecessárias, e cujo desatendimento, por sua irrelevância, não venha a causar prejuízo à Administração.”

“ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. HABILITAÇÃO. VINCULAÇÃO AO EDITAL. MANDADO DE SEGURANÇA. 1. A interposição das regras do edital de procedimento licitatório não deve ser restritiva. Desde que não possibilitem qualquer prejuízo à administração e aos interessados no certame, é de todos convenientes que compareça à disputa o maior número possível de interessados, para que a proposta mais vantajosa seja encontrada em um universo mais amplo. 2. O ordenamento jurídico regulador da licitação não prestigia decisão assumida pela Comissão de Licitação que inabilita concorrente com base em circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, fazendo exigência sem conteúdo de repercussão para a configuração de habilitação jurídica, da qualificação técnica, da capacidade econômico-financeira e da regularidade fiscal.” (Acórdão MS 5779:DF; Mandado de Segurança nº. 1998/0026226-1, Fonte DJ de 26.10.1998, p. 5, Relator:Ministro José Delgado (1105), Data da decisão: 09.09.1998, Órgão julgador: S1 – Primeira Turma).

É salutar que há prevalência da Supremacia do Interesse Público, do Formalismo Moderado, da Razoabilidade, o afastamento do excesso de formalismo e a correta aplicação dos dispositivos legais mediante interpretação dos Tribunais e doutrinas majoritárias.

Aliás, se o documento deixou dúvida é caso de ser adotada a diligência prevista no art. 43, §3º da Lei 8.666/93 prestigiando o interesse público. Neste sentido, corroborando o entendimento que deve haver diligência a fim de evitar uma decisões precipitadas e formalistas, colaciona-se o posicionamento do TCU quanto à matéria:

“FORMALISMO – SANEAMENTO – DEVER

TCU determinou observar o Regulamento de Licitações e Contratos do SESC, no tocante: “1.1.3. à utilização, pela Comissão de Licitação, das prerrogativas conferidas pelo referido regulamento, abstendo-se de inabilitar empresas e/ou desclassificar propostas quando a dúvida, erro ou omissão puderem ser saneados, nos casos em que não importe prejuízo ao interesse público (...)”. Fonte: TCU. Processo nº TC-015.820/2006-2. Acórdão nº 2231/2006 – 2ª Câmara.(J.U. Jacoby Fernandes – Vade-Mécum de Licitações e Contratos, 5ª ed., Forum; 2011, p. 136).

Ementa: Processo Licitatório. Inabilitação do Licitante.

Descumprimento de Simples Formalidade Editalícia Suprível por Meio de Diligência. Mandado de Segurança. Procedência do Pedido. O Descumprimento, pelo licitante, de simples formalidade exigida no edital e passível de ser sanada mediante o cumprimento de diligência que poderia ser determinada pela comissão de licitação não constitui fundamento jurídico satisfatório para a decretação da inabilitação do licitante. Apelação Cível nº309.871-2/00. Rel. Des. Maria Elza. D.P. 13.06.2003.23

Por fim, vem a Representante antecipar a diligência, apresentando as notas explicativas em anexo com fundamento no informativo 424 do TCU:

“Admitir a juntada de documentos que apenas venham a atestar condição pré-existente à abertura da sessão pública do certame não fere os princípios da isonomia e igualdade entre as licitantes e o oposto, ou seja, a desclassificação do licitante, sem que lhe seja conferida oportunidade para sanear os seus documentos de habilitação e/ou proposta,

resulta em objetivo dissociado do interesse público, com a prevalência do processo (meio) sobre o resultado almejado (fim)'' Acórdão n° 2443/21

Desta feita, o órgão deveria ter diligenciado com fulcro na vantajosidade e na Supremacia e Indisponibilidade do Interesse Público para declarar a Representante vencedora do certame.

CONCLUSÃO

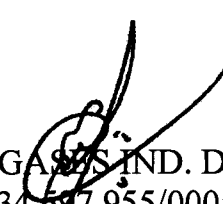
Neste passo, consoante demonstrado e definidos os vícios, deve a representação ser acolhida e aplicado o efeito suspensivo ao procedimento licitatório para que se decida a respeito e se promovam as correções registradas, estas, objeto de discórdia da Representante.

Derradeiramente, convém registrar que pelo princípio da segurança jurídica, os vícios ou atos praticados em desobediência à legalidade, devem ser repelidos com intensidade.

Diante de todo o exposto, a Representante requer, tendo em vista os vícios apontados, que seja julgado PROCEDENTE a presente Representação para que, na forma da lei, seja a Representante declarada vencedora do certame e a empresa A G DA CRUZ COMÉRCIO seja inabilitada, com fulcro no Princípio da Autotutela e da Vinculação ao Instrumento Convocatório.

São Luís, 16 de março de 2022.

N. Termos,
P. Deferimento.


WHITE MARTINS GASES IND. DO NORTE LTDA
CNPJ 34.697.955/0005-13
Elivaldo Trindade da Silva / Gerente de Negócios
RG: 0706443420192- SSP/MA
CPF: 379.912.052-15