

À AUTORIDADE RESPONSÁVEL PELO JULGAMENTO DO RECURSO INTERPOSTO EM FACE DA AVALIAÇÃO DA HABILITAÇÃO PARA A LICITAÇÃO OBJETO DO EDITAL 021/2021 NA FUNDAÇÃO BUTANTAN

Ref. Avaliação Licitação Ato Convocatório Edital 021/2021

CBX ENGENHARIA LTDA, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ/MF sob n. 12.498.992/0001-08, com sede na Rua Tito, n. 1575, Vila Romana, São Paulo/SP, CEP 05051-001, onde recebe intimações e notificações, por seu representante legal (**Doc. 01**), vem tempestivamente apresentar **RECURSO**, nos termos da cláusula 9.4 do Edital Convocatório n. 021/2021, com o pedido de atribuição de efeito suspensivo prevista no subitem 9.4.5 do mesmo documento, pelas razões de fato e direito a seguir expostas.

I. RELATO DOS FATOS

Trata-se do Ato Convocatório n. 021/2021 para a contratação de empresa especializada para reforma e adequação do reservatório de água 504 na Fundação Butantan, em razão do qual, para se habilitar, a CBX ENGENHARIA LTDA cumpriu todos os requisitos do respectivo edital, incluindo a apresentação dos documentos exigidos, como confirmado pela Análise de Documentos ora recorrida, que trouxe porém um ponto a respeito da entrega do balanço patrimonial, demandando a necessidade de interposição do presente recurso.



Pois bem. O edital convocatório previu em sua cláusula 5.1.3., *b*, para qualificação econômico-financeira dos licitantes, a exigência de “*balanço patrimonial e demonstrações contábeis*” com o intuito de comprovar a boa situação financeira da empresa, finalidade esta confirmada expressamente pela letra *c* da mesma cláusula. No entanto, com o resultado da análise de documentos do envelope 02, a recorrente foi surpreendida com sua inabilitação para o processo licitatório justamente com fundamento nesse item.

Considerando a orientação anterior conferida pela Fundação Butantan por *e-mail* na ocasião de licitação ocorrida pouco antes desta ora em referência, que trazia a mesma exigência de apresentação do balanço, no sentido que poderia ser o anterior em função do adiamento para seu fechamento previsto pela Secretaria Especial da Receita Federal (vide Instrução Normativa n. 2039, de 14 de julho de 2021), assim o fez a CBX ENGENHARIA LTDA nesta oportunidade.

Ocorre que justamente parece haver sido este o motivo do não aceite do documento apresentado, o que então originou a necessidade de interposição do presente recurso, para se esclarecer algumas razões fáticas e jurídicas e a necessidade, pois, de se reavaliar a *r.* decisão, possibilitando-se a habilitação da recorrente e seu êxito na licitação, afinal, não fosse esse equívoco, todos os requisitos restariam atendidos.

II. FUNDAMENTOS DE FATO E DIREITO

Primeiramente, para os fins de comprovar a boa situação financeira da empresa, a CBX ENGENHARIA LTDA efetivamente apresentou seu balanço patrimonial no momento da habilitação para esta licitação e, **mais do que isso, mesmo antes dela, também transmitiu o balanço relativo ao exercício de 2020 à Secretaria da Receita Federal do Brasil, o qual está devidamente anexado a este recurso (Doc. 02) e pode perfeitamente substituir o anterior, caso este seja o desejo do órgão avaliador, pelo que já se solicita a devida juntada.**

Significa dizer que, se a finalidade expressa no edital convocatório 021/2021 é a “comprovação da boa situação financeira da empresa”, conforme cláusula 5.1.3., *b* e *c*, e para isso a apresentação do balanço patrimonial e demonstrações contábeis, ela foi perfeitamente atendida e pode ser novamente confirmada pelo documento em anexo, igualmente



disponível e devidamente transmitido aos órgãos responsáveis, mesmo com a prorrogação de prazo para tal este ano, devido às situações de excepcionalidade vivenciadas.

Não fosse isso, o fato é que qualquer suscitação de que não se aplicaria o adiamento feito pela Instrução Normativa da Receita Federal n. Instrução Normativa n. 2039, de 14 de julho de 2021, por se referir à Escrituração Contábil Fiscal, equivaleria a criar regra não presente no edital em questão uma vez que este se limita a mencionar de forma genérica “balanço patrimonial e demonstrações contábeis”, ao passo que se sabe que nos regimes eletrônicos atuais pode ser considerada como tal a referida escrituração, sobretudo porque capaz de informar a situação econômico-financeira da empresa.

A suposta imposição restritiva de ECD só foi colocada *a posteriori*, após a negativa de habilitação da empresa, numa nota de rodapé para justificar a recusa do balanço apresentado, reitera-se, em nenhum momento requerida como condição exclusiva para o certamente, cuja edital convocatório registra tão somente “*balanço patrimonial e demonstrações contábeis*”, e juridicamente não se pode exigir algo não expressamente previsto, sobretudo para se restringir um direito do administrado.

De todo modo, constata-se que não foi demonstrado qualquer prejuízo à finalidade do ato, qual seja, a verificação da boa situação econômica da empresa, seja porque o documento apresentado seria capaz de atestá-la, ou porque pode ser prontamente realizado tal saneamento e deixada a entrega de documentos como desejada pelo órgão – o balanço de 2020 tempestivamente transmitido à SRFB, ainda antes da data da habilitação, encontra-se em anexo! (seja ele ECD ou ECF) e é capaz de confirmar tal saudabilidade.

E essa exigência de prejuízo, tanto para uma nulidade, como para a tal recusa de uma formalidade, desconsiderando-se erros ou inexatidões, não é mais construção doutrinária, muito menos mera retórica, mas hoje previsão expressa do ordenamento jurídico brasileiro, que garante o aproveitamento dos atos quando não causem prejuízo ao interesse público.

Veja-se, particularmente, que o próprio edital do ato convocatório n. 021/2021 traz esse racional em seu texto ao dispor na cláusula 8.4.2.2 que “*o desatendimento de exigências formais não essenciais não importará no afastamento do licitante, desde que seja possível o aproveitamento do ato, observados os princípios da isonomia e do interesse público*”.



Inclusive o interesse da fundação nesta questão aponta muito mais para se resolver algo perfeitamente sanável, sem todos os danos temporais, financeiros e estruturais advindos da eventual abertura de uma nova licitação, sobretudo por se tratar de obra de recuperação e reforço estrutural, que exige urgência na prestação do serviço. Por hipótese, veja-se que irracional, irrazoável e oneroso seria não se verificar o balanço apresentado e abrir nova licitação, para a CBX ENGENHARIA LTDA habilitar-se novamente, com o balanço já juntado em anexo, além do primeiro, e cumprir todos os requisitos da licitação – isso sim seria contra o interesse público!

A somar-se, confirma-se que a proposta apresentada pela CBX ENGENHARIA LTDA de R\$ 4.182.340,73 (quatro milhões, cento e oitenta e dois mil, trezentos e quarenta reais e setenta e três centavos) foi inferior ao valor estabelecido como referência pela Fundação Butantan, de R\$ 4.211.920,69 (quatro milhões, duzentos e onze mil, novecentos e vinte e sessenta e nove centavos), de modo a se enquadrar também nesse quesito.

Isso inclusive faz sentido se for analisada a cláusula 8.5 do edital, que permite, na hipótese de inabilitação de todos os licitantes, a possibilidade de fixação de prazo para que apresentem nova documentação, reforçando o que exposto anteriormente e a própria razoabilidade e eficiência que regem a boa administração.

Por essa razão que o próprio edital também autoriza em sua cláusula 8.4.2 que a Comissão Julgadora da Licitação admita *“o saneamento de erros ou falhas relativas aos documentos de habilitação mediante despacho fundamentado”*, como se espera e requer no presente recurso.

Mas não fosse o próprio edital trazer tais previsões em consonância com os prescritivos que regem à Administração Pública, a proporcionalidade e necessidade de prejuízo são encontradas em estatutos maiores do ordenamento jurídico, como a nova Lei de Introdução às Normas no Direito Brasileiro (Lei n. 13.655, de 2018):

“Art. 20 . Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.”

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.”



“Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas.”

Parágrafo único. A decisão a que se refere o **caput** deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.” (sublinhou-se)

Ora, revela-se totalmente desproporcional a aplicação de uma penalidade como a perda de um processo licitatório – sim, pois é o que ocorrerá caso não se desconstitua a r. decisão recorrida, na medida em que todos os outros requisitos para a habilitação foram aceitos, diferentemente do concorrente – por conta de um ato que seguiu a compreensão que se teve da orientação administrativa, pode ser perfeita e tempestivamente sanado e não trouxe qualquer prejuízo ao processo, uma vez que a sua finalidade pode ser tranquilamente atingida, verificando-se a boa situação econômica da empresa.

Por isso que o recente Decreto n. 9830/2019, que regulamentou a referida Lei n. 13.655/2018, determina que esse tipo de decisão administrativa que invalida um ato avalie as suas consequências e demonstre *“a necessidade e a adequação da medida imposta, consideradas as possíveis alternativas e observados os critérios de proporcionalidade e de razoabilidade”* (art. 4º, parágrafo 2º)¹, o que notadamente não se verifica no presente caso, uma vez que a decisão limitou-se a duas linhas de uma nota de rodapé, sem ponderar qualquer consequência do ato ou possibilidade de seu aproveitamento, e levou à penalidade completamente desproporcional e contrária ao interesse da própria fundação.

¹ “Art. 4º A decisão que decretar invalidação de atos, contratos, ajustes, processos ou normas administrativos observará o disposto no art. 2º e indicará, de modo expresso, as suas consequências jurídicas e administrativas.

§ 1º A consideração das consequências jurídicas e administrativas é limitada aos fatos e fundamentos de mérito e jurídicos que se espera do decisor no exercício diligente de sua atuação.

§ 2º A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta, consideradas as possíveis alternativas e observados os critérios de proporcionalidade e de razoabilidade.

§ 3º Quando cabível, a decisão a que se refere o **caput** indicará, na modulação de seus efeitos, as condições para que a regularização ocorra de forma proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais.

§ 4º Na declaração de invalidade de atos, contratos, ajustes, processos ou normas administrativos, o decisor poderá, consideradas as consequências jurídicas e administrativas da decisão para a administração pública e para o administrado:

I - restringir os efeitos da declaração; ou

II - decidir que sua eficácia se iniciará em momento posteriormente definido.

§ 5º A modulação dos efeitos da decisão buscará a mitigação dos ônus ou das perdas dos administrados ou da administração pública que sejam anormais ou excessivos em função das peculiaridades do caso.”

A doutrina comentou fartamente esses dispositivos confirmando essa interpretação, ora representada por trecho da obra coletiva Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Anotada²:

“4.3 A NECESSIDADE DA MEDIDA

A medida imposta ou derivada de ato ou decisão administrativa ou judicial deve ser necessária. Celso Antônio Bandeira de Mello, referindo-se à lição de J. J. Gomes Canotilho aponta que ‘o princípio da necessidade ou da menor ingerência possível coloca a tônica na ideia de que ‘o cidadão tem direito à menor desvantagem possível’.

4.4 A ADEQUAÇÃO DA MEDIDA

Mas não basta ser necessária. É imprescindível que a medida derivada do ato ou decisão administrativa ou judicial seja também adequada. Ou seja, ela deve ser estritamente compatível com a necessidade a ser atendida ou finalidade a ser buscada.

4.5 A CONSIDERAÇÃO ÀS POSSÍVEIS ALTERNATIVAS

A motivação deverá correlacionar a necessidade e adequação da medida às possíveis alternativas. A referência a “possíveis alternativas” corresponde àquelas opções de atuação e providências cabíveis em termos jurídicos e práticos, em determinado momento. Trata-se de conceito aberto e variável ao longo do tempo. Algo que é possível hoje não pode ter sido possível há alguns anos – o que exige que a consideração a possíveis alternativas se faça também sob o prisma do conhecimento existente e possível à época (arts. 22 e 24, da LINDB).

4.6 ANÁLISE DO IMPACTO DA MEDIDA ADOTADA E MOTIVAÇÃO

A exigência de que a motivação considere a necessidade e adequação da medida em face das possíveis alternativas consagra verdadeira imposição de análise de impacto do ato ou decisão a ser praticado. Exige-se que o ato demonstre que, dentre as alternativas possíveis em determinado caso concreto, adota-se aquela que se mostra mais adequada (considerando o binômio necessidade-adequação).

4.7 A QUESTÃO DO CUSTO BENEFÍCIO

Exigir que a motivação contemple a demonstração da proporcionalidade do ato ou decisão diante das possíveis alternativas significa que deverá igualmente se fazer a avaliação do seu custo-benefício. A definição da medida mais adequada diante de várias alternativas concretas envolve a ponderação daquela que representa a melhor relação entre os benefícios e desvantagens do ato que se pretende adotar.”

² CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; ISSA, Rafel Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Anotada**: Decreto-Lei no 4.657, de 4 de setembro de 1942. Quartier Latin. Pp. 100-101. vol. II.

Na mesma linha: “O parágrafo único do artigo 20 traz norma inovadora quanto à estrutura e conteúdo da motivação do ato: passa a ser mandatória a demonstração da proporcionalidade da decisão. De fato, o dispositivo é verdadeira paráfrase do conteúdo doutrinariamente assentado para o princípio da proporcionalidade, em suas múltiplas dimensões: a adequação entre meios e fins, a necessidade e a inexistência de alternativas menos lesivas.” p. 90

E para complementar, recentemente foi publicada a Lei de Liberdade Econômica, que rege essa espécie de relação e estabelece como princípio “a boa-fé do particular perante o poder público” (art.2º., II, da Lei n. 13.874, de 20 de setembro de 2019)³ e também:

“Art. 2º São princípios que norteiam o disposto nesta Lei:

I - a liberdade como uma garantia no exercício de atividades econômicas;

II - a boa-fé do particular perante o poder público;

III - a intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas; e

IV - o reconhecimento da vulnerabilidade do particular perante o Estado.”

Portanto, seja porque

- (i) os documentos foram entregues na licitação e transmitidos tempestivamente,
- (ii) mesmo assim estão em anexo para simples juntada e verificação,
- (iii) já eram disponíveis ao tempo da habilitação e são válidos,
- (iv) a exigência do edital era genérica a “balanço patrimonial e demonstrações contábeis”,
- (v) a finalidade da norma foi atingida e pode ser confirmada,
- (vi) a observância à orientação do órgão minimamente poderia ser tomada como equívoco sanável e a apresentação do documento como erro ou inexatidão,
- (vii) não foi verificado qualquer prejuízo decorrente do ato, sendo passível de fácil saneamento,
- (viii) atende mais ao interesse público a correção que a abertura de nova licitação,
- (ix) o próprio edital prevê que “o desatendimento de exigências formais não essenciais não importará no afastamento do licitante, desde que seja possível o aproveitamento do ato”, como notadamente o é,

³ “Art. 1º. (...) § 6º Para fins do disposto nesta Lei, consideram-se atos públicos de liberação a licença, a autorização, a concessão, a inscrição, a permissão, o alvará, o cadastro, o credenciamento, o estudo, o plano, o registro e os demais atos exigidos, sob qualquer denominação, por órgão ou entidade da administração pública na aplicação de legislação, como condição para o exercício de atividade econômica, inclusive o início, a continuação e o fim para a instalação, a construção, a operação, a produção, o funcionamento, o uso, o exercício ou a realização, no âmbito público ou privado, de atividade, serviço, estabelecimento, profissão, instalação, operação, produto, equipamento, veículo, edificação e outros.

Parágrafo único. Regulamento disporá sobre os critérios de aferição para afastamento do inciso IV do caput deste artigo, limitados a questões de má-fé, hipersuficiência ou reincidência.”

- (x) é prescrição de observância obrigatória os artigos 20 e 21 da Lei n. 13.655/2018 e 4º, parágrafo 2º, do Decreto n. 9830/2019 no sentido de que esse tipo de decisão administrativa que invalida um ato avalie as suas consequências e demonstre a necessidade e a adequação da medida imposta, consideradas as possíveis alternativas e observados os critérios de proporcionalidade e de razoabilidade, o que não foi feito no presente caso, seja pela inabilitação ter sido breve e limitada, ou pela desproporcionalidade de uma perda de licitação por uma questão sanável,

não se pode admitir a manutenção da exclusão da CBX ENGENHARIA LTDA do processo licitatório, devendo considerar-se os balanços patrimoniais apresentados no envelope e em anexo, procedendo-se a eventual saneamento, sendo o caso, o que a tornará habilitada ao vencimento do certamente e execução da obra na Fundação Butantan.

III. PEDIDO

Diante do exposto, requer (i) seja conferido efeito suspensivo ao presente recurso, (ii) aceita a juntada do balanço patrimonial em anexo, e (iii) dado-lhe provimento para se desconstituir a r. decisão *a quo* e reconsiderar a habilitação da CBX ENGENHARIA LTDA para a execução da obra objeto do ato convocatório 021/2021, procedendo-se a eventual saneamento, caso se entenda necessário.

Termos em que pede deferimento.

São Paulo, 26 de agosto de 2021.



Marcelo Henrique Madruga Carrilho
Representante legal da CBX Engenharia Ltda.