

Ilustríssimo Senhor Diretor Administrativo da LOTERJ.

PIXS COBRANÇA E SERVIÇOS EM TECNOLOGIA S.A., pessoa jurídica de direito privado inscrita no CNPJ/ME sob o nº 40.953.545/0001-37, com sede na Alameda Prudente de Moraes, nº 86, Mercês, Curitiba, Paraná, Brasil, de ora em diante apenas **PIXS**, com fundamento no item 10.1 do Edital do Pregão Presencial nº 01/2022 – LOTERJ, vem respeitosamente à presença de Vossa Senhoria apresentar contrarrazões ao recurso administrativo da IDEA MAKER MEIOS DE PAGAMENTO E CONSULTORIA LTDA., sob os fundamentos expostos a seguir.

1. Síntese Fática

A LOTERJ lançou o Pregão Presencial nº 01/2022 cujo objeto é a: *“contratação de empresa para prestar serviço de processamento de pagamento para o serviço público de loterias do Estado do Rio de Janeiro, devendo fornecer soluções por meios eletrônicos”*.

A sessão do pregão ocorreu no dia 23/12/2022, às 10h, na sede da LOTERJ. Houve o comparecimento de duas licitantes: PIXS COBRANÇA E SERVIÇOS EM TECNOLOGIA S.A. e IDEA MAKER MEIOS DE PAGAMENTO E CONSULTORIA LTDA.

Seguindo o procedimento do Edital, a Ilma. Pregoeira analisou os documentos de credenciamento apresentado pelas empresas e realizou o

credenciamento do Sr. Gabriel Lopes como representante da IDEA MAKER e dos Srs. Ricardo Feijó e Henrique Moreira como representantes da PIXS.

Em seguida, foi aberto envelope A, contendo a proposta de preços. Após apontamento feito pela PIXS, a proposta de preços da IDEA MAKER foi desclassificada por violar os itens 4.4 e 7.7. do Edital.

Seguindo o procedimento do Edital, passou-se a realizar negociação da proposta com a PIXS que apresentou nova proposta no valor de 26,455%. A proposta da PIXS representa um ágio de mais de 300% em relação ao valor do preço mínimo do Pregão, comprovando a vantajosidade da proposta da PIXS.

Depois, foram analisados os seus documentos de habilitação e ela foi declarada habilitada e vencedora do certame.

As duas licitantes apresentaram intenção de recurso. A PIXS recorreu do credenciamento do representante da IDEA MAKER, por falta de documento obrigatório exigido em Edital.

Por sua vez, a IDEA MAKER interpôs recurso alegando que seria um formalismo exacerbado desclassificar a sua proposta e que teria ocorrido cerceamento de defesa.

Como será visto adiante, o recurso da IDEA MAKER deve ser desprovido, com o devido respeito.

2. Preliminar: não conhecimento do recurso – representante credenciado de forma inadequada - item 6.6. do Edital

O presente recurso não deve ser conhecido porque o representante da IDEA MAKER deve ser descredenciado, como demonstrado no recurso administrativo da PIXS.

O item 6 do Edital trata do credenciamento das empresas no Pregão Presencial nº 01/2022, disciplinando de que forma as licitantes podem ser representadas para participar dos atos licitatórios, inclusive da sessão pública do pregão.

Em resumo, existem três formas de credenciamento do representante da empresa na licitação: (i) participação direta do representante legal – item 6.1; (ii) participante por meio de procurador munido de instrumento procuratório específico – item 6.1; e (iii) carta de credenciamento assinada pelo representante legal da outorgante.

Em todos os casos, o Edital exige expressamente que os documentos de credenciamento sejam acompanhados dos documentos que comprovem a capacidade do representante legal de representar a empresa. Confira-se:

6.1. As empresas participantes poderão ser representadas na sessão do pregão por seu representante legal, **desde que apresente o original ou cópia autenticada do Ato Constitutivo acompanhado da carteira de identidade**, ou por procurador munido do instrumento procuratório, outorgado pelo representante legal da empresa, com firma reconhecida, com poderes expressos para o seu representante formular ofertas e lances de preços, manifestar a intenção de recorrer e de desistir dos recursos, bem como praticar todos os demais atos pertinentes ao certame.

6.2 A documentação referida no item 6.1 poderá ser substituída pela Carta de Credenciamento (Anexo II), a qual deverá ser **apresentada juntamente com a carteira de identidade do credenciado e documento que comprove a representação legal do outorgante**. (sem grifos no original).

Essa exigência não é desprova de sentido.

Por um lado, é evidente a necessidade de que seja comprovado que a pessoa que está outorgando autorização para alguém representar a licitante no Pregão tenha efetivamente poderes para tanto.

Por outro lado, esses poderes devem ser comprovados juntamente com os documentos de credenciamento, uma vez que os demais documentos constantes no envelope B somente serão abertos após a fase de lances das empresas e apenas no caso de a empresa ser a vencedora da fase de lances, nos termos do item 8.17 do Edital.

Por isso, os itens 6.1. e 6.2 do Edital preveem como documentos obrigatórios para o credenciamento dos representantes das licitantes no Pregão a apresentação de comprovação dos poderes do representante legal.

Contudo, com o devido respeito, os documentos de credenciamento do Sr. Gabriel de Camargo Mattos Lopes não foram acompanhados de documentos comprovando os poderes do representante legal da IDEA MAKER.

Logo, não era possível verificar na sessão de licitação se a pessoa que outorgou poderes de representação ao Sr. Gabriel Lopes no Pregão Presencial nº 01/2022 – LOTERJ tinha poderes para fazer isso.

Conseqüentemente, o Sr. Gabriel não deveria ter sido credenciado no Pregão Presencial nº 01/2022 e deveriam ter sido aplicadas as conseqüências previstas no item 6.6 do Edital. Isto é, a licitante IDEA MAKER não poderia participar da fase de lances e o Sr. Gabriel não poderia interpor recursos nem se manifestar durante os trabalhos, vejamos:

6.6. Serão aceitas as propostas encaminhadas por meros portadores que não estejam munidos dos documentos mencionados nos itens 6.1 e 6.2. A **ausência desta documentação implicará, de imediato, na impossibilidade de formulação de lances após a classificação preliminar, bem como na perda do direito de interpor eventual**

recurso das decisões do Pregoeiro, ficando o licitante impedido de se manifestar durante os trabalhos. (sem grifos no original).

Todavia, o Sr. Gabriel foi indevidamente credenciado no Pregão Presencial nº 01/2022, sendo que lhe foi dada oportunidade de interpor recursos e se manifestar, em violação aos itens 6.1 e 6.2 do Edital.

Diante disso, pede-se respeitosamente que o presente recurso administrativo não seja conhecido, diante da perda do direito de recorrer da IDEA MAKER, nos termos do item 6.6 do Edital.

3. Ausência de formalismo exacerbado - proposta desconforme da IDEA MAKER – violação dos itens 4.4. e 7.7 do Edital.

Inicialmente, destaca-se que a proposta final da PIXS foi de 26,455%. Assim, tornou-se a proposta mais vantajosa para a LOTERJ, sendo superior à proposta da IDEA MAKER de 26,00%. Com isso, afasta-se desde logo a afirmação falsa de que a proposta da IDEA MAKER teria sido a mais vantajosa para a LOTERJ.

Quanto ao recurso, a IDEA MAKER alega que sua proposta teria sido desclassificada por excesso de formalismo, uma vez que ela somente teria sido desclassificada porque sua proposta não continha três casas decimais e não estava por extenso, conforme exige o Edital.

Afirma também que o representante da empresa teria reafirmado que a proposta seria de 26,00%, sem nenhum valor decimal a ser considerado.

Ademais, sustenta que o próprio edital indica a irrelevância das 3 casas decimais, uma vez que não contém nenhuma previsão de percentual com 3 casas decimais.

Quanto à exigência da escrita por extenso, defende que é exigência necessária apenas em caso de dúvidas, o que não havia no caso concreto. E caso houvesse dúvidas, bastaria pedir diligências.

Contudo, as razões recursais não merecem prosperar e a desclassificação da proposta da IDEA MAKER deve ser mantida porque não se trata de mero formalismo exacerbado, mas violação frontal das exigências do Edital.

3.1. A vinculação ao instrumento convocatório e a impossibilidade de se renunciar a aplicação de regras do Edital

Como é sabido, a Administração Pública vincula-se ao conteúdo do Edital nas licitações públicas, não sendo possível deixar de aplicar as regras do instrumento convocatório, por força do princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

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. (sem grifos).

O art. 41 da Lei 8.666/1993 reforça que a Administração Pública está vinculada ao Edital e não pode descumprir as normas e condições dele:

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

A jurisprudência dos tribunais brasileiros é pacífica em exigir o cumprimento das regras e formalidades do Edital, sob pena de violação do princípio

da vinculação ao instrumento convocatório previsto no art. 3º, da Lei 8.666 e implicar nulidade dos atos praticados.

Nesse sentido, confira-se decisão do E. TJRJ:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. DESCUMPRIMENTO DE EDITAL PELA RECUPERANDA. (...) 2. Assiste razão à Agravante, pois é incontroverso que a Agravada não atendeu exigências do Edital, sendo certo que deve ser respeitado o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, pelo que não há outra forma de atender as exigências do Edital senão aquela forma nele mesmo prevista. 3. O fato é que a Agravada não atingiu o estabelecido índice de liquidez geral, que representa a capacidade da empresa de honrar seus compromissos a partir de um cenário de encerramento das atividades. Trata-se de uma importante ferramenta que indica se a empresa tem capital suficiente para arcar com as suas obrigações financeiras de curso e longo prazo. 4. Nessa toada, na medida em que a fixação de índices se insere na discricionariedade administrativa, obrigar a Agravante a contratar a Agravada supera os limites da análise da legalidade - e nada há de ilegal na exigência do Edital - e adentra no mérito administrativo, sendo certo que não cabe ao Poder Judiciário determinar a conveniência de contratar quem não obteve êxito no certame. Diferente disso é ir de encontro ao espírito da licitação, privilegiando a Agravada em detrimento dos demais licitantes. (...) (0033353-60.2022.8.19.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO. Des(a). ANTONIO ILOIZIO BARROS BASTOS - j. 15/07/2022 - sem grifos no original).

Assim, uma vez publicado o Edital, a Administração Pública deve seguir fielmente às regras do Edital, sob pena de violação ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

Ou seja, a lei veda que a Administração Pública deixe de aplicar regras previstas do Edital.

A finalidade dessa regra fundamental da lei de licitações é óbvia: coibir comportamentos subjetivos e imorais.

O instrumento convocatório contém normas objetivamente postas que devem ser aplicadas integralmente para todos os licitantes. A não aplicação de normas do Edital durante a licitação abre espaços para condutas oportunistas e subjetivas. Por isso, a lei veda esse tipo de conduta.

Com efeito, deixar de aplicar as regras dos itens 4.4 e 7.7 do Edital implica violação ao instrumento convocatório e ofensa aos arts. 3º e 41 da Lei 8.666/1993.

Nesse sentido, cita-se importante julgado do E. TJPR que tratou exatamente do mesmo tema aqui discutido. O TJPR reconheceu a nulidade da classificação de proposta apresentada em desconformidade com o Edital quanto às casas decimais da proposta. Foi reconhecida a nulidade justamente por violação ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório:

APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO NA MODALIDADE TOMADA DE PREÇO PROMOVIDA PELO MUNICÍPIO DE FRANCISCO BELTRÃO VISANDO A CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA A CONFECÇÃO DE IMPRESSOS PARA A SECRETARIA MUNICIPAL DE EDUCAÇÃO E CULTURA E O DEPARTAMENTO BELTRONENSE DE TRÂNSITO – DEBETAN. DESCLASSIFICAÇÃO DE LICITANTE APÓS A ABERTURA DE INVÓLUCROS EM RAZÃO DA DESCONFORMIDADE DA PROPOSTA EM RELAÇÃO ÀS EXIGÊNCIAS DO EDITAL. PREÇO APRESENTADO COM TRÊS CASAS DECIMAIS APÓS A VÍRGULA. SEGURANÇA CONCEDIDA PARA SE DETERMINAR A DECLASSIFICAÇÃO DO LICITANTE. EDITAL DE LICITAÇÃO QUE EXIGIA PREÇOS POR ITEM COM, NO MÁXIMO, DUAS CASAS APÓS A VÍRGULA E PREVIA A DESCLASSIFICAÇÃO DA PROPOSTA QUE NÃO ATENDESSE AOS REQUISITOS NELE ESTABELECIDOS. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO ATO CONVOCATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE DE SE

FLEXIBILIZAR A APLICAÇÃO DE REGRAS PREVISTAS NO ATO CONVOCATÓRIO. APELAÇÃO DESPROVIDA. SENTENÇA MANTIDA EM REEXAME NECESSÁRIO. (AC 1467809-8, rel. Dr. Hamilton Schwartz, j. em 22/03/2016 – sem grifos no origina).

Portanto, a desclassificação da proposta da Recorrente por não atender os itens 4.4 e 7.7 do Edital atende ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, prevista nos arts. 3º e 41 da Lei 8.666/93. Por esse motivo, deve-se negar provimento ao recurso administrativo da IDEA MAKER.

3.2. A proteção à isonomia e a necessidade de cumprimento das do Edital

Ainda, a aplicação integral das regras objetivas impostas aos licitantes é um mandamento decorrente do princípio da isonomia, que também é norma fundamental das licitações públicas, conforme prevê o já citado art. 3º da Lei 8.666/1993.

Marçal JUSTEN FILHO leciona que o princípio da isonomia exige que todos os interessados devem ser tratados de forma igual, sendo-lhes aplicadas as mesmas regras do Edital e da lei:

“Depois de editado o ato convocatório, inicia-se a chamada fase externa da licitação. Os particulares apresentam as suas propostas e documentos, que serão avaliados de acordo com os critérios previstos na Lei e no ato convocatório. (...) Também nessa etapa se exige o tratamento isonômico. Trata-se, então, da isonomia na execução da licitação. Todos os interessados e participantes merecem tratamento equivalente.” (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 16ª ed., São Paulo, 2014, p. 70-71).

Assim, todas as licitações devem sempre ser conduzidas de forma isonômica e a forma que a legislação regente prevê para que isso ocorra é justamente mediante o atendimento integral das regras objetivamente colocadas no Edital.

A aplicação das regras do Edital de forma diferente para cada licitante acarreta manifesta violação do princípio da isonomia e enseja nulidade do processo licitatório.

No caso concreto, a PIXS atendeu integralmente o Edital, inclusive os itens 4.4 e 7.7, apresentando proposta com três casas decimais e por extenso. Já a Recorrente não o fez. A aceitação da proposta da Recorrente acarreta a ofensa à isonomia, pois confere tratamento desigual às licitantes.

Por mais essa razão, deve-se desprover o presente recurso, sob pena de ofensa à isonomia.

3.3. A ausência de impugnação ao Edital, preclusão e o comportamento contraditório da licitante

O recurso deve ser desprovido porque precluiu o direito da Recorrente de questionar os itens 4.4. e 7.7. do Edital, descumpridos por ela. Vejamos.

Uma vez publicado o Edital e sendo de conhecimento de todos os interessados as normas objetivas previstas no Edital, cabem aos licitantes duas condutas: (i) impugnar as regras do Edital ou (ii) concordar com as regras do Edital e participar da licitação.

Desse modo, a ausência de impugnação às regras do Edital configura aceitação tácita e preclusão do seu direito de questionar as regras do instrumento convocatório, todas elas, nos termos do art. 41, §2º, da Lei 8.666/1993. Confira-se:

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

§ 2º - Decairá do direito de impugnar os termos do edital de licitação perante a administração o licitante que não o fizer até o segundo dia útil que anteceder a abertura dos envelopes de habilitação em concorrência, a abertura dos envelopes com as propostas em convite, tomada de preços ou concurso, ou a realização de leilão, as falhas ou irregularidades que viciariam esse edital, hipótese em que tal comunicação não terá efeito de recurso.

Nesse sentido, menciona-se decisão do E. TJRJ que entende não ser possível questionar normas do Edital após ter decorrido o prazo de impugnação:

Agravo de instrumento. Mandado de segurança. Decisão que indeferiu a medida liminar. Suposta nulidade de procedimento licitatório, por violação ao comando do parágrafo único do artigo 38 da Lei n.º 8666/93. Pretensão de suspender pregão eletrônico do qual a impetrante participou e não se sagrou vencedora. **Ausência de qualquer impugnação do edital de licitação no momento de sua publicação. Nulidade de algibeira que viola a boa-fé objetiva.** Demais argumentos que se confundem com o mérito do mandamus. Recurso improvido. (0074160-25.2022.8.19.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO. Des(a). CELSO LUIZ DE MATOS PERES – j. 03/11/2022- sem grifos).

Conseqüentemente, configura-se contraditório o comportamento da licitante que deixa de impugnar o Edital, manifestando sua concordância com as regras do jogo, e depois resolve alegar que determinada regra é excessivamente formalista quando tem sua proposta desclassificada.

Ora, se a exigência de que a proposta tivesse 3 (três) casas decimais e fosse apresentada em algarismos e por extenso é excessivamente formalista e desnecessária, ela deveria ter sido questionada na fase adequada de impugnação ao Edital.

Afinal, a norma não se revelou excessivamente formalista apenas durante a sessão do Pregão. A regra existe e era de conhecimento da Recorrente desde a publicação do Edital.

Deixar para questionar essa regra somente após ter sua proposta desclassificada revela um comportamento contraditório que não pode ser aceito, com o devido respeito.

A Recorrente deixou de impugnar o Edital e aceitou todas as normas do instrumento convocatório, inclusive as previsões dos itens 4.4 e 7.7. Agora, não cabe mais à Recorrente alegar que tais normas são excessivamente formalistas, haja vista a preclusão do art. 41, §2º, da Lei 8.666/1993.

Por mais esse motivo, pede-se o desprovimento do recurso por preclusão do direito da Recorrente de impugnar as normas do Edital, nos termos do art. 41, §2º, da Lei 8.666/1993.

3.4. A finalidade da regra da proposta e a ausência de formalismo exacerbado

A Recorrente alega que sua proposta foi desclassificada por formalismo exacerbado.

Contudo, a proposta da Recorrente foi desclassificada por violar expressamente os itens 4.4 e 7.7 do Edital e não por formalismo exacerbado.

O Edital estabeleceu as formas de apresentação das propostas, em atendimento ao art. 40, VI, da Lei 8.666/93.

Nesse sentido, confira-se a previsão dos itens 4.4 e 7.7 do Edital:

4.4. A proposta deverá ser apresentada em 03 (três) casas decimais.

7.7. Os preços serão apresentados em algarismos e por extenso e cotados em moeda nacional, prevalecendo, em caso de discrepância, a indicação por extenso.

A finalidade principal dessas normas é garantir que as licitantes apresentem propostas sérias, firme e clara, conforme determina o art. 40, VII, da Lei 8.666/1993.

A apresentação de 3 casas decimais era importante por dois motivos.

De um lado, permitia que as licitantes ofertassem propostas com até 3 casas decimais. De outro, assegurava que as propostas de todas as licitantes seguissem o mesmo padrão e pudessem ser todas comparáveis entre si.

Se uma licitante apresentasse proposta de 26,00%, como fez a Recorrente, mas tivesse outra licitante com proposta de 26,005%, não seria possível comparar uma proposta com 2 casas decimais de outra com 3 casas decimais.

Para evitar esses casos, estabeleceu-se uma regra objetiva e previamente conhecida por todos, inclusive pela Recorrente: todas as propostas deveriam ter 3 casas decimais.

Essa é a solução mais adequada e compatível com o interesse público para evitar situações oportunistas e maliciosas de qualquer licitante. Sem isso, nada impediria, por exemplo, que a Recorrente apresentasse proposta de 26,00%, com duas casas decimais, e depois alegasse que sua proposta seria igual propostas de 26,005%, com 3 casas decimais, superiores à dela. Estabelecendo-se um padrão de proposta, garante-se o julgamento sério e objetivo entre propostas de mesmo teor.

De igual modo, a exigência de que as propostas fossem apresentadas em algarismos e por extenso busca evitar qualquer alegação de erro formal ou de alteração da proposta por questões de interpretação.

Entre a proposta em algarismo e por extenso, o Edital é enfático em dizer que prevaleceria a proposta por extenso e jamais aquela em algarismo, destacando o

valor de se colocar as propostas por extenso. É o que consta na parte final do item 7.7. do Edital.

Além de servir para garantir que os licitantes apresentassem propostas sérias, claras e comparáveis entre si, a exigência de que as licitantes apresentassem proposta com 3 casas decimais servia também para aumentar a disputa entre os concorrentes e, conseqüentemente, aumentar a vantajosidade para a LOTERJ.

Digamos que determinada licitante somente pudesse ofertar proposta com duas casas decimais e o seu preço máximo fosse de 25,355%. Nesse caso, ela somente poderia apresentar proposta de 25,35%. Em eventual disputa com licitante que apresente proposta de 25,35%, a licitante estaria impedida de apresentar uma nova proposta mais atrativa para a LOTERJ.

Isso se revelou verdade no caso concreto, em que a PIXS venceu o Pregão com proposta final de 26,455%. Se sua proposta fosse limitada a 2 casas decimais, a LOTERJ perderia esse benefício econômico de 0,005% sobre a remuneração da empresa contratada.

Sob qualquer ângulo, as regras constantes nos itens 4.4 e 7.7 são dotadas de finalidades essenciais para a LOTERJ e para a licitação: assegurar a apresentação de propostas sérias e claras e permitir maior concorrência entre licitantes, de modo a se obter a proposta mais vantajosa – como ocorreu no caso concreto com a proposta da PIXS.

Se a Recorrente discordava dessas regras, cabia a ela impugnar esses itens do Edital, e não participar do pregão e, somente depois, questionar sua desclassificação por descumprir normas objetivas, claras e com finalidades fundamentais para o certame.

Uma vez que as regras não foram impugnadas, resta apenas o cumprimento dessas normas e a desclassificação da proposta da Recorrente, por força

dos princípios da vinculação do instrumento convocatório e da isonomia, como já demonstrado.

Mais ainda, trata-se de imposição da regra do julgamento objetivo nas licitações públicas, prevista nos arts. 44 e 45 da Lei 8.666/1993, que exigem o cumprimento fiel das normas do Edital:

Art. 44. No julgamento das propostas, a Comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta Lei.

Art. 45. O julgamento 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.

Esses dispositivos não deixam margem de dúvidas de que as regras do Edital devem ser fielmente observadas para assegurar o julgamento objetivo das propostas. É exatamente isso o que foi feito pela Ilma. Pregoeira ao desclassificar a proposta da Recorrente que não atende aos itens 4.4. e 7.7. do Edital.

Do mesmo modo, o art. 48, I, da Lei 8.666/1993 determina a desclassificação das propostas que não atendam às exigências do ato convocatório da licitação:

Art. 48. Serão desclassificadas:

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

Portanto, a desclassificação da proposta da Recorrente não é mero formalismo exacerbado, mas decorre da aplicação de diversos dispositivos legais que impõem a observância integral das regras do instrumento convocatório.

Ademais, a teoria do formalismo moderado aplica-se quando as normas do Edital são contrárias às leis de regência das licitações públicas e não serve para justificar o puro e simples descumprimento das regras do Edital.

Confira-se precedente do E. STJ:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. LICITAÇÃO. INABILITAÇÃO. DOCUMENTO DECLARADO SEM AUTENTICAÇÃO. FORMALISMO EXACERBADO. PRECEDENTES. 1. Esta Corte Superior possui entendimento de que **não pode a administração pública descumprir as normas legais, em estrita observância ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório**, previsto no art. 41 da Lei n. 8.666/1993. Todavia, o Poder Judiciário pode interpretar as cláusulas necessárias ou que extrapolem os ditames da lei de regência e cujo excessivo rigor possa afastar da concorrência possíveis proponentes. 2. Agravo interno a que se nega provimento. (AgInt no REsp n. 1.620.661/SC, rel. Min. Og Fernandes, j. em 3/8/2017 – sem grifos).

No caso concreto, a desclassificação da proposta da Recorrente não configura formalismo exacerbado porque não há violação a nenhuma regra legal. Pelo contrário, como demonstrado de forma exaustiva acima, a desclassificação da proposta da Recorrente atende às normas previstas na Lei 8.666/93, que demandam o cumprimento integral das regras do Edital.

De igual modo, a alegação da Recorrente de que o Edital contém diversas previsões de percentuais sem três casas decimais não possui nenhum efeito sobre o descumprimento dos itens 4.4. e 7.7. do Edital pela Recorrente.

Esse argumento busca contornar o fato incontestável de que o Edital exigiu de forma expressa e clara que as propostas de todas as licitantes tivessem três casas decimais e fossem apresentadas por extenso. Essas regras nunca foram impugnadas, sendo aceitas pela Recorrente. Por isso, não houve formalismo exacerbado, mas cumprimento das normas objetivas do Edital.

Diante do exposto, resta demonstrada a inexistência de formalismo exacerbado e a necessidade de manutenção da desclassificação da proposta da Recorrente e, conseqüentemente, do desprovimento do presente recurso.

3.5. Inexistência de nulidade diante da inexistência de prejuízo – impossibilidade de a IDEA MAKER formular lances

A Recorrente alega a nulidade da decisão que desclassificou a sua proposta.

Com respeito, além de não haver ilegalidade, não há nulidade porque não há prejuízo decorrente da suposta ilegalidade.

É pacífico o entendimento de que não existe nulidade sem prejuízo. Confira-se precedente do STJ e do E. TJRJ:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AUSÊNCIA DE CITAÇÃO DE UMA DAS PARTES RÉS. COMPARECIMENTO ESPONTÂNEO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. CUMPRIMENTO DA FINALIDADE DO ATO. INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS. PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. (...)

4. O STJ firmou a jurisprudência consoante a qual o comparecimento espontâneo da parte supre a ausência de citação, afastando a nulidade processual quando não comprovado efetivo prejuízo.

Precedentes: AgRg no AREsp 559.883/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 20/3/2015; REsp 1.378.384/AC, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 24/10/2013; REsp 555.360/RJ, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, DJe 29.6 2009; AgRg nos EDcl no Ag 917.585/SP.

Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, Quarta Turma, DJe 30/6/2008; REsp 671.755/RS.

Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma. DJ 20/3/2007).

5. O STJ já assentou entendimento de que "a decretação de nulidade de atos processuais depende da necessidade de efetiva demonstração de prejuízo da parte interessada, por prevalência do princípio pas de nulitte sans grief." (REsp 1.121.718/SP, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Corte Especial, DJe 1º/8/2012). No mesmo sentido: AgRg no REsp 1.141.156/AM, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 17/4/2013; AgRg nos EDcl no REsp 1.127.896/RR, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 25/11/2011. (...) (AgInt n. 1.721.690/SE, rel. Mim. Herman Benjamin, j. em 23/2/2021 – sem grifos)

ADMINISTRATIVO PLEITEANDO A SUA HABILITAÇÃO. ABERTURA DAS PROPOSTAS ANTES DO PRAZO RECURSAL QUE NÃO PREJUDICOU O AGRAVANTE, O QUAL, EM CASO DE SUCESSO DO RECURSO, TERIA SUA PROPOSTA APRECIADA EM IGUALDADE DE CONDIÇÕES COM OS DEMAIS LICITANTES, QUE NÃO PODERIAM "REAPRESENTAR" SUAS PROPOSTAS. OUTROSSIM, A DESPEITO DA REDUÇÃO DO PRAZO RECURSAL E AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO, O AGRAVANTE CONSIGNOU EM ATA A SUA INTENÇÃO DE RECORRER E INTERPÔS O RECURSO PERTINENTE. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO EVIDENCIADA PELA ADJUDICAÇÃO DO OBJETO DA LICITAÇÃO EM FAVOR DE OUTRA LICITANTE TAMBÉM DECLARADA INABILITADA EM UM PRIMEIRO MOMENTO. PRINCÍPIO DO FORMALISMO MODERADO. PARECER DA COORDENADORIA DE EXAME DE EDITAIS DO TCE REJEITANDO AS TESES DA AGRAVANTE. EDITAL PUBLICADO DURANTE SITUAÇÃO DE CALAMIDADE PÚBLICA PARA SUPRIR DEMANDA TÉCNICA EM UNIDADES

DE SAÚDE QUE TRATAVAM DE PACIENTES INTERNADOS COM COVID-19 DURANTE A PANDEMIA. SOBRESTAMENTO QUE COLOCAVA EM RISCO O INTERESSE PÚBLICO E A SAÚDE DOS MUNICÍPIES. ACERTO DA DECISÃO. RECURSO DESPROVIDO. (TJRJ, 0035881-04.2021.8.19.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO. Des(a). MÔNICA FELDMAN DE MATTOS – j. 17/11/2022 – sem grifos).

No caso concreto, a suposta nulidade da desclassificação da proposta da Recorrente não gera nulidade por dois motivos simples.

Em primeiro lugar, porque a proposta inicial da Recorrente que foi desclassificada foi superada pela nova proposta apresentada pela PIXS em fase de negociação.

Isto é, a proposta mais vantajosa apresentada na sessão do pregão foi a da PIXS no valor de 26,455% e não a proposta de 26,00% da Recorrente.

Em segundo lugar, sendo comprovada a ilegalidade (que não existe), somente faria sentido anular a decisão de desclassificação da proposta da Recorrente se ela pudesse participar da fase de lances e superar a proposta da PIXS.

Contudo, como já demonstrado acima, o representante da Recorrente foi credenciado de forma inadequada no Pregão. Consequentemente, ainda que a sua proposta fosse classificada, a Recorrente nem sequer poderia ter participado da fase de lances.

É o que se extrai do item 6.6 do Edital, que prevê a impossibilidade de empresa realizar lances quando não possui representante devidamente credenciado.

Esse também é o entendimento do TCU, por exemplo:

Falta de credenciamento **impossibilita o representante de praticar atos concernentes à licitação em nome da empresa licitante** (ou seja, de se manifestar em nome da empresa) e, no caso específico de pregão presencial, **de participar da etapa de lances verbais**, interpor recurso, negociar com pregoeiro, mas não de participar das sessões

públicas de abertura dos envelopes. (Tribunal de Contas da União, Licitações & Contratos – Orientações e Jurisprudências do TCU, 4ª ed., 2010, p.326/327).

Logo, o resultado do pregão seria rigorosamente o mesmo. A Recorrente ficaria com a proposta de 26,00% e a PIXS ficaria com a proposta de 26,455%. Desse modo, a PIXS permaneceria como vencedora do certame.

Portanto, a suposta nulidade da desclassificação da Recorrente não traz nenhum prejuízo à Recorrente ou ao resultado do pregão, que permaneceria o mesmo.

Por mais esse motivo, deve-se negar provimento ao recurso administrativo da IDEA MAKER.

3.6. A impossibilidade de diligência - documento novo e inexistência de representante adequadamente credenciado

A Recorrente alega que o defeito da sua proposta poderia ser sanado mediante a realização de diligência.

Todavia, a alegação da Recorrente não prospera porque não cabe realização de diligência para introdução de documentos novos e porque a Recorrente não possuía representante devidamente credenciado para sanar o defeito da proposta.

O art. 43, §3º, da Lei 8.666/1993 somente admite a realização de diligência para esclarecer dúvidas relativas a documentos juntados na licitação. É inadmissível a juntada de novos documentos por meio de diligências, confira-se:

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.**

Assim, não caberia a realização de diligência para alterar a proposta apresentada pela Recorrente.

Ainda que se admita a possibilidade de ser realizada diligência para sanear o defeito grave da proposta da Recorrente mediante a confirmação do valor da proposta pelo representante credenciado, isso não poderia ter sido feito porque a Recorrente não possuía representante devidamente credenciado como já apontado.

Nesse sentido, somente seria possível a Recorrente sanear o defeito da sua proposta se ela tivesse representada por pessoa credenciada adequadamente – o que não ocorreu no caso concreto.

Pior ainda, quando se apresentou o questionamento sobre os defeitos da proposta da Recorrente, um advogado terceiro ao processo, sem o devido credenciamento nos termos do Edital, apresentou ratificação de que a proposta da Recorrente seria de 26,00%.

É evidente que a manifestação desse terceiro não credenciado não possui nenhum efeito jurídico para o Pregão Presencial e para convalidar a nulidade da proposta da Recorrente.

Por todo o exposto, deve-se negar provimento ao recurso da IDEA MAKER porque (i) a diligência não serve para introduzir documento novo no certame; (ii) a IDEA MAKER não possuía representante adequadamente credenciado para se manifestar no Pregão; e (iii) a manifestação do advogado que não possuía representação adequada no Pregão não produz nenhum efeito jurídico.

3.7. A proposta mais vantajosa da PIXS após negociação

Por fim, deve-se destacar mais uma vez que a proposta mais vantajosa no Pregão foi a da PIXS no valor de 26,455% e não da Recorrente, no valor de 26,00%.

A proposta da PIXS representa um ágio de mais de 300% em relação ao valor do preço mínimo do Pregão, comprovando a vantajosidade da proposta da PIXS. Destaca-se, ainda, que essa proposta é plenamente exequível pela PIXS.

Após a abertura de envelopes e desclassificação da Recorrente, iniciou-se a fase de negociação e a empresa PIXS apresentou proposta superior à proposta da Recorrente, no valor de 26,455%.

Assim, é inverídica a premissa básica de todo o recurso da IDEA MAKER de que a proposta mais vantajosa para a LOTERJ teria sido desclassificada. Em verdade, a proposta mais vantajosa foi devidamente classificada e a licitante que a fez (PIXS) foi habilitada sem nenhum questionamento.

Por isso, não prevalece o argumento de que a proposta mais vantajosa foi desclassificada.

3.8. Conclusão

Diante do exposto, requer-se respeitosamente o desprovisionamento do recurso da IDEA MAKER e a manutenção da decisão que desclassificou a sua proposta por violação dos itens 4.4 e 7.7 do Edital, sob pena de violação do princípio da vinculação ao instrumento convocatório e da isonomia, bem como da Lei 8.666/1993.

Subsidiariamente, caso seja dado provimento ao recurso para classificar a proposta da IDEA MAKER, deve-se manter o resultado da licitação como está, uma vez que o representante credenciado da IDEA MAKER deve ser descredenciado e não poderia formular lances. Assim, prevalece como vencedora a proposta da PIXS.

4. Ausência de cerceamento de defesa

A Recorrente sustenta que houve violação à ampla defesa durante a sessão pública do dia 23/12 porque foi cassada a palavra do advogado da empresa, o Dr. Roberto Fernandes. De acordo com a Recorrente, isso implicaria violação ao artigo 5º, §1º, da Lei 8.906/94 (Estatuto da OAB).

No entanto, a alegação da Recorrente não merece prosperar.

Primeiramente, como já falado exaustivamente, a Recorrente não tinha nem sequer representante credenciado de forma adequada. Assim, não é possível nem cogitar que o representante indevidamente credenciado pudesse ser representado por advogado, também sem o devido credenciamento.

Em segundo lugar, não existe nenhuma vedação para que o advogado da Recorrente participasse da sessão de licitação. Para tanto, bastava seguir as regras estipuladas no item 6 do Edital, quais sejam: apresentar procuração específica ou carta de credenciamento.

Foi justamente o que fez a PIXS ao credenciar o seu advogado, Ricardo Feijó, como seu representante na licitação.

Bastava a Recorrente seguir as normas do Edital, mas isso não foi feito. Por esse motivo, não foi permitido que o advogado da Recorrente apresentasse recurso em nome da Recorrente.

Todavia, deve-se destacar que o Dr. Roberto Fernandes participou intensamente da sessão de licitação, realizando interrupções, manifestações e intervenções. Tudo isso sem nenhum tipo de documento comprovando sua relação com a empresa IDEA MAKER.

Terceiro, o art. 5º, parágrafo único, do Estatuto da OAB não se aplica ao caso concreto. Trata-se de regra aplicável para situações em que a atuação do advogado é imprescindível, como ajuizamento de ações ou realização de defesas em processos administrativos, dentre outras.

Essa regra foi criada para atender às situações em que o advogado não possui tempo hábil de se munir de procuração para representar seu cliente.

Evidentemente, esse não é o caso em discussão porque não havia a urgência citada pelo advogado e porque não se trata de processo litigioso, mas de procedimento licitatório.

O Edital foi publicado com a antecedência necessária para o advogado da Recorrente providenciar procuração ou carta de credenciamento para representar seu cliente no Pregão Presencial. Ele teve mais de 10 dias para adotar essa providência. No entanto, o advogado preferiu não realizar seu credenciamento na sessão de licitação e alegar cerceamento de defesa, o que evidentemente é descabido.

Ainda, a licitação não é um processo administrativo de natureza litigiosa, mas um procedimento administrativo destinado a seleção da proposta mais vantajosa. No procedimento licitatório, existe ampla possibilidade de as partes serem representadas, inclusive por advogados, mas isso depende da apresentação dos documentos exigidos pelo Edital, na forma e no tempo previstos no instrumento convocatório.

Por isso, não se aplica o art. 5º, parágrafo único, do Estatuto da OAB e não houve a nulidade aventada pela Recorrente.

Por fim, destaca-se que o suposto cerceamento de defesa não gerou absolutamente nenhum prejuízo para a IDEA MAKER, que pode participar da sessão, se manifestar, apresentar impugnações, interpor recursos, analisar documentos e fazer tudo o que lhe era permitido. Tanto é assim que a Recorrente nem sequer menciona quais prejuízos teriam decorrido do suposto cerceamento de defesa.

Aplica-se, novamente, o princípio da ausência de nulidade sem prejuízo amplamente admitido pela jurisprudência e já citado.

Portanto, o recurso deve ser desprovido por mais esse motivo.

5. Conclusão

Ante todo o exposto, a PIXS COBRANÇA E SERVIÇOS EM TECNOLOGIA S.A. requer o desprovisionamento do recurso para que seja mantida a decisão administrativa que desclassificou a proposta da IDEA MAKER, que habilitou a PIXS e a declarou vencedora.

Subsidiariamente, caso seja dado provimento ao recurso para classificar a proposta da IDEA MAKER, deve-se manter o resultado da licitação como está, uma vez que o representante credenciado da IDEA MAKER deve ser descredenciado e não poderia formular lances. Assim, prevalece como vencedora a proposta da PIXS.

Consequentemente, pede-se o prosseguimento do Pregão Presencial.

Pede deferimento.

De Curitiba/PR para o Rio de Janeiro/RJ, 29 de dezembro de 2022.

Ricardo de Paula Feijó

CPF nº 083.083.969-09

OAB/PR nº 70.383

*Representante credenciado da PIXS COBRANÇA E SERVIÇOS EM
TECNOLOGIA S.A.*