

Visualização de Recursos, Contrarrazões e Decisões

RECURSO :

AOS CUIDADOS DO COMISSÃO DE LICITAÇÕES/PREGOEIRO DA LICITAÇÃO PREGÃO ELETRÔNICO Nº 33/2021 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS

MARYLEIDE FONSECA ALMEIDA EIRELI, pessoa jurídica de direito privado, inscrito no CNPJ nº 15.838.111/0001-49, sediada na Rua Maranhão, 344Loja 16 - SL J - Sobreloja, Centro, CEP 86010-410, Londrina (PR), por seu sócio administrador e advogados devidamente constituídos, vem perante Vossa Senhoria, apresentar RECURSO ADMINISTRATIVO, conforme abaixo transcritos os fatos e fundamentos.

1. DA SÍNTESE DOS FATOS

A requerente participou da licitação Pregão Eletrônico nº 33/2021 que tinha por objeto o registro de preços para fornecimento de data show, conforme especificações contidas no instrumento convocatório. Ocorre que durante a sessão pública ocorreram ilegalidades que motivaram a necessidade de apresentação do presente recurso administrativo, conforme argumentos de fatos e direito abaixo relacionados.

É importante registrar que caso haja indeferimento deste recurso, não será acarretado apenas prejuízos para a recorrente, mas principalmente ao órgão promovente, uma vez que deixará de economizar mais de R\$ 8.799,84 (oito mil, setecentos e noventa e nove reais e oitenta e quatro centavos) a mais para aquisição do mesmo objeto.

O prejuízo acima não se trata de uma suposição, mas de valores reais que serão gastos a mais para a aquisição dos mesmos produtos, o que além de ilegal, por não atender a finalidade da licitação que é selecionar a proposta mais vantajosa, carece de bom senso pela notória falta de recursos públicos. Somente por este motivo, já há evidente necessidade de que a desclassificação da empresa seja imediatamente revista, uma vez que atende a todos os requisitos do edital.

2. DOS MOTIVOS PARA RECLASSIFICAR A RECORRENTE MARYLEIDE FONSECA ALMEIDA EIRELI

2.1.1. DOS MOTIVOS PARA ANULAÇÃO DA INABILITAÇÃO E CONSEQUENTE RECLASSIFICAÇÃO DA RECORRENTE E DA ILEGALIDADE DA EXIGÊNCIA DE CERTIFICADO DE REGULARIDADE DO CONTADOR/DECLARAÇÃO DE HABILITAÇÃO PROFISSIONAL – DHP JUNTO AO BALANÇO

A empresa recorrente foi inabilitada por não apresentar documentos requeridos no instrumento convocatório:

“

a.5) Comprovante de habilitação do profissional, bem como sua situação regular perante o seu Conselho Regional de Contabilidade;

“

A licitante anexou juntamente com os documentos de habilitação o termo de autenticação do edital, com vistas a cumprir o item 15.4.2, alínea “a” e “a.5”. Acontece que, com relação ao cumprimento do último item, observou-se, no momento da sessão pública que o número de registro da contadora informado no termo, encontra-se digitado de forma errada, sendo o registro correto: PR061546.

Em contato com a contadora da empresa recorrente, a profissional realmente confirmou o equívoco e realizou as devidas diligências a fim de sanar o erro ao digitar seu registro e ainda para ciência da Administração emitiu declaração de esclarecimento, podendo ser visualizada sob o link: https://arquivos.sandieoliveira.adv.br/appapi/anexos_caso/42988/1627669758.

Veja-se, a empresa recorrente, sem culpa, no momento da abertura da diligência, não apresentou o CRC da contadora por erro de terceiros, não sendo justa a sua desclassificação por este equívoco, ficando claro de que a empresa de fato atende todos os requisitos do edital, uma vez que não tinha conhecimento do engano presente no termo de autenticação.

Sem o erro cometido por terceiros e alheio a vontade da empresa participante, o documento poderia ser consultado na internet de forma rápida e prática através do site: <https://scfweb.crcpr.org.br/spw/ConsultaCadastral/CertidaoExterna.aspx>, comprovando que a contadora se encontra com o registro válido.

Há de se considerar ainda que, a exigência da certidão do contador é um documento além do necessário para comprovar que a participante contém todos os requisitos para cumprir com as exigências do futuro comprometimento contratual. Ora, se o balanço foi devidamente registrado, evidentemente o contador responsável está em situação regular, caso contrário sequer seria aceito.

Além disso, o Tribunal de Contas da União tem entendimento firme sobre a ilegalidade desta exigência:

“

[...]

9.6.6. a exigência de apresentação de Declaração de Habilitação Profissional (DHP) para fins de qualificação econômico-financeira, identificada no subitem 8.5.1 do edital, afronta o art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei 8.666/1993, bem como a jurisprudência desta Corte, a exemplo dos Acórdãos 2.993/2009, 1.052/2011, 1.924/2011, 2.344/2011, 643/2012, 971/2012 e 1.146/2015, todos do Plenário;

[...]

Quanto à inabilitação em razão da apresentação de Certidão de Regularidade Profissional do responsável pela elaboração dos demonstrativos financeiros, com base no subitem 8.5.1 (peça 2, p. 102), transcrito adiante:

8.5.1 – As Licitantes terão que apresentar Balanço Patrimonial e Demonstrações Contábeis do último exercício social já exigível e apresentado na forma da Lei, que comprove a boa situação financeira da empresa. Tais documentos terão que estar devidamente registrado ou autenticado pela Junta Comercial do Respetivo Estado e com o documento de controle profissional denominado Declaração de Habilitação Profissional – DHP, que comprove a regularidade do Contabilista nos termos do art. 28, da Resolução CFC nº 825/98. Devendo ainda ser apresentada certidão emitida pelo CRC em plena validade, que demonstre a regularidade do responsável técnico pela elaboração do Balanço patrimonial. Vedada a substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por

índices oficiais quando encerrados há mais de 03 (três) meses da data de apresentação da proposta. (Grifou-se)

Nesse ponto, ratifica-se a análise preliminar levada a efeito pelo auditor da Secex/RO (peça 11, p. 8) , reproduzida integralmente a seguir, por não merecer reparos:

45. A referida Resolução CFC 825/98 encontra-se revogada, estando vigente a Resolução 1.402/2012 que regulamenta a emissão da Certidão de Regularidade Profissional, prevendo em seu art. 3º que a "Certidão será liberada para emissão somente quando o requerente e a organização contábil da qual o profissional for sócio e/ou proprietário e/ou responsável técnico com vínculo empregatício, não possuir débito de qualquer natureza perante o Conselho Regional de Contabilidade autorizador da emissão".

46. Portanto, a exigência de apresentação de Certidão de Regularidade Profissional do Contador se constitui, em suma, exigir que este esteja em dia com sua anuidade junto ao respectivo CRC, prática condenada por este Tribunal no Acórdão 890/2007-TCU-Plenário, da Relatoria do Ministro Marcos Bemquerer.

47. Ocorre que a inadimplência junto ao conselho de classe não impede o exercício da profissão, basta que seu registro esteja ativo.

48. De fato, somente um profissional contábil pode assinar demonstrativos financeiros (art. 177, §4º, da Lei 6.404/1976) . No entanto, a comprovação desta qualidade profissional não se dá apenas mediante Certidão de Regularidade Profissional prevista na Resolução CFC 1.402/2012, mas também pode ser aferida mediante consulta ao respectivo site do conselho de classe.

49. Em consulta ao site do CRC/RO a situação cadastral da contadora que assinou os demonstrativos contábeis da empresa Construtora e Terraplanagem LV Ltda., verifica-se que esta encontra-se com seu registro ativo (peça 9) , ou seja, no exercício pleno da sua profissão, dando legitimidade aos demonstrativos apresentados.

50. Cabe registrar ainda que este Tribunal já se pronunciou pela ilegalidade da exigência de Declaração de Habilitação Profissional – DHP em processos licitatórios:

b.8) a exigência de apresentação de Declaração de Habilitação Profissional (DHP) para fins de qualificação econômico-financeira é ilegal e contrária ao disposto no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal e no art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei 8.666/1993, bem como à jurisprudência do TCU (Acórdãos 2.993/2009, 1.052/2011, 1.924/2011, 2.344/2011, 643/2012, 971/2012 e 1.146/2015, todos do Plenário) ; (Acórdão 56/2017-TCU-Plenário, Relator Augusto Sherman)

51. Neste aspecto, houve a inabilitação indevida da empresa Construtora e Terraplanagem LV Ltda., em razão da ilegalidade do item 8.5.1. (destaques acrescidos)

(005.798/2019-1 com o Acórdão 2326/2019 – Plenário, TCU <https://contas.tcu.gov.br/sagas/Sv/VisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultaPagina=S&item0=680127>)

No julgamento acima, o Tribunal de Contas da União só não responsabilizou a comissão de licitações, mas também anulou o referido edital. Agora, cabe a Administração perceber que mesmo que a referida exigência fosse legal, deveria ser exigida com base na data de publicação do balanço e não da licitação. Explica-se.

É sabido que o Certificado de Registro de Profissional do Contador garante que o profissional está em dia com suas obrigações financeiras junto ao Conselho de Contabilidade. Ocorre que esta quitação deve ser aferida na data de publicação do balanço patrimonial e não da licitação.

Imagine-se na situação de que o balanço da empresa foi publicado em junho de 2020, mas em agosto de 2020 o contador responsável veio a falecer. Neste contexto haveria a óbvia baixa na inscrição do profissional junto ao Conselho, ao passo de que não haveria mais motivos para emissão do CRC.

Neste caso, seria impossível a empresa participar de qualquer licitação pública até a publicação do novo balanço no ano posterior? Não pode a Administração considerar que pode ser apresentado o CRC de outro profissional contabilista, pois não provaria a regularidade de publicação do balanço apresentado na licitação e, desta forma, em nada agregaria na comprovação de validade dos documentos apresentados.

A verdade é que (além de ilegal) nem se faz necessária a análise da regularidade do profissional de contabilidade na época da publicação do balanço, pois se ele não estivesse devidamente regularizado, sequer poderia publicar o documento. A conclusão é lógica, se o contador publicou o balanço, estava regular na época.

2.1.2. DO PEDIDO DE DILIGÊNCIA REFERENTE À INABILITAÇÃO DA RECORRENTE

Diante dos argumentos acima apontados, e a fim de auxiliar na comprovação necessária para o deferimento dos argumentos pelo julgador, faz-se necessário a elaboração de diligência com intuito de verificar que o contador da empresa recorrente encontra-se regular, basta acessar e consultar o número do CRC (PR061546) no link: <https://scfweb.crcpr.org.br/spw/ConsultaCadastral/CertidaoExterna.aspx>.

2.2. OBRIGATORIEDADE DE RECLASSIFICAÇÃO DA RECORRENTE

2.2.1. DO FORMALISMO MODERADO

O pregoeiro ao inabilitar a empresa recorrente acabou dando mais ênfase à forma do que o conteúdo, excedendo-se no formalismo. Isso porque a exigência do CRC do contador é considerada abusiva, que se encontra além dos documentos usuais e necessários para a boa comprovação de qualificação econômica.

Cabe ressaltar que o princípio da vinculação ao edital, que é diametralmente apostado ao do formalismo moderado não é absoluto, devendo ser relativizado com a exigência do edital é inútil ou ilegal. Cabe ao julgador ponderar quando deve aplicar um princípio em face do outro.

Citamos, ainda, as seguintes decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema:

Se a irregularidade praticada pela licitante vencedora, que não atendeu a formalidade prevista no edital licitatório, não lhe trouxe vantagem nem implicou prejuízo para os demais participantes, bem como se o vício apontado não interferiu no julgamento objetivo da proposta, não se vislumbrando ofensa aos demais princípios exigíveis na atuação da Administração Pública, correta é a adjudicação do objeto da licitação à licitante que ofereceu a proposta mais vantajosa, em prestígio do interesse público, escopo da atividade administrativa.

(STF - RMS 23.714/DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 05.09.2000, publicado no DJ de 13.10.2000, p. 21)

Não se pode perder de vista que a licitação é instrumento posto à disposição da Administração Pública para a seleção da proposta mais vantajosa. Portanto, selecionada esta e observadas as fases do procedimento, prescinde-se do puro e simples formalismo, invocado aqui para favorecer interesse particular, contrário à vocação pública que deve guiar a atividade do administrador. (STJ - ROMS 20000625558, rel. Min. José Delgado, publicado no DJ de 18/03/2002, p. 174)

Consoante ensinam os juristas, o princípio da vinculação ao edital não é "absoluto", de tal forma que impeça o Judiciário de interpretar lhe, buscando lhe o sentido e a compreensão e escoimando-o de cláusulas desnecessárias ou que extrapolem os ditames da lei de regência e cujo excessivo rigor possa afastar, da concorrência, possíveis proponentes, ou que o transmude de um instrumento de defesa do interesse público em conjunto de regras prejudiciais ao que, com ele, objetiva a Administração. (STJ - MS 199700660931, rel. Min. Demócrito Reinaldo, publicado no DJ de 01/06/1998, p. 24).

São frequentes as decisões do Tribunal de Contas da União que prestigiam a adoção do princípio do formalismo moderado e a possibilidade de saneamento de falhas ao longo do procedimento licitatório:

”

É irregular a inabilitação de licitante em razão de ausência de informação exigida pelo edital, quando a documentação entregue contiver de maneira implícita o elemento supostamente faltante e a Administração não realizar a diligência prevista no art. 43, § 3º, da Lei 8.666/1993, por representar formalismo exagerado, com prejuízo à competitividade do certame. (Acórdão 1795/2015 – Plenário Data da sessão 22/07/2015 Relator JOSÉ MÚCIO MONTEIRO)

Falhas formais, sanáveis durante o processo licitatório, não devem levar à desclassificação da licitante. No curso de procedimentos licitatórios, a Administração Pública deve pautar-se pelo princípio do formalismo moderado, que prescreve a adoção de formas simples e suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados, promovendo, assim, a prevalência do conteúdo sobre o formalismo extremo, respeitadas, ainda, as praxes essenciais à proteção das prerrogativas dos administrados. (Acórdão 357/2015 – Plenário Data da sessão 04/03/2015 Relator BRUNO DANTAS)

O disposto no caput do art. 41 da Lei 8.666/1993, que proíbe a Administração de descumprir as normas e o edital, deve ser aplicado mediante a consideração dos princípios basilares que norteiam o procedimento licitatório, dentre eles o da seleção da proposta mais vantajosa. (Acórdão 3381/2013 – Plenário Data da sessão 04/12/2013 Relator VALMIR CAMPELO)

A inabilitação de licitantes por divergência entre assinaturas na proposta e no contrato social deve ser considerada formalismo exacerbado, uma vez que é facultada à comissão, em qualquer fase do certame, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo. (Acórdão 5181/2012 - Primeira Câmara Data da sessão 28/08/2012 Relator WALTON ALENCAR RODRIGUES)

”

Resumidamente, o formalismo moderado se relaciona a ponderação entre o princípio da eficiência e o da segurança jurídica, ostentando importante função no cumprimento dos objetivos descritos no art. 3º da lei de licitações: busca da proposta mais vantajosa para a Administração, garantia da isonomia e promoção do desenvolvimento nacional sustentável:

”

No curso de procedimentos licitatórios, a Administração Pública deve pautar-se pelo princípio do formalismo moderado, que prescreve a adoção de formas simples e suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados, promovendo, assim, a prevalência do conteúdo sobre o formalismo extremo, respeitadas, ainda, as praxes essenciais à proteção das prerrogativas dos administrados. (ACÓRDÃO Nº 357/2015 – TCU – Plenário)

”

Nota-se que sua utilização não significa desmerecimento ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório ou negativa de vigência do caput do art. 41 da lei 8.666/93 que dispõe sobre a impossibilidade de a Administração descumprir as normas e condições do edital. Trata-se de solução a ser tomada pelo intérprete a partir de um conflito de princípios:

”

Diante do caso concreto, e a fim de melhor viabilizar a concretização do interesse público, pode o princípio da legalidade estrita ser afastado frente a outros princípios. (Acórdão 119/2016- TCU - Plenário)

”

Ao contrário do que ocorre com as regras/normas, os princípios não são incompatíveis entre si. Diante de um conflito de princípios (p. ex., vinculação ao instrumento convocatório x obtenção da proposta mais vantajosa), a adoção de um não provoca a aniquilação do outro. Como exemplo, esse raciocínio pode ser percebido nas seguintes decisões do Tribunal de Contas da União:

”

Rigor formal no exame das propostas dos licitantes não pode ser exagerado ou absoluto, sob pena de desclassificação de propostas mais vantajosas, devendo as simples omissões ou irregularidades na documentação ou na proposta, desde que irrelevantes e não causem prejuízos à Administração ou aos concorrentes, serem sanadas mediante diligências. (Acórdão 2302/2012-Plenário)

O disposto no caput do art. 41 da Lei 8.666/1993, que proíbe a Administração de descumprir as normas e o edital, deve ser aplicado mediante a consideração dos princípios basilares que norteiam o procedimento licitatório, dentre eles o da seleção da proposta mais vantajosa. (Acórdão 8482/2013-1ª Câmara)

”

Nessas hipóteses, a análise deve considerar a importância de cada princípio no caso concreto, e realizar a ponderação entre eles a fim de determinar qual prevalecerá, sem perder de vista os aspectos normativos. Por esse motivo, as soluções não respeitam fórmulas prontas, podendo variar de um caso para outro.

Vale lembrar que o certame licitatório não representa um fim em si mesmo, mas um meio que busca o atendimento das necessidades públicas. Nas palavras do professor Adilson Dallari: a "licitação não é um concurso de destreza, destinado a selecionar o melhor cumpridor de edital".

Desta forma, devidamente comprovado a exigência desarrazoada do pregoeiro do certame cabe a anulação deste ato.

2.3. DA LEGALIDADE DE ABRIR PROCEDIMENTO DE DILIGÊNCIAS

O Tribunal de Contas da União entende irregular a desclassificação de proposta vantajosa à Administração por ocorrência de baixa materialidade:

»

É irregular a desclassificação de proposta vantajosa à Administração por erro de baixa materialidade que possa ser sanado mediante diligência, por afrontar o interesse público. (ACÓRDÃO 2239/2018 – PLENÁRIO, Relator Ana Arraes)

»

É evidente que, neste caso, o pregoeiro deveria ter realizado diligência para requerer que a licitante, esclarecesse possíveis dúvidas quanto ao ocorrido.

Nesse sentido, já opinou a Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, conforme parecer na íntegra em anexo e trecho importante a seguir:

»

Com base nos princípios do formalismo moderado e da busca pela verdade material, conclui-se pela legalidade de a Administração efetuar diligências administrativas para completar documentação não entregue pelo licitante, quando estes documentos estão disponíveis na internet, podendo consultar o sítio eletrônico oficial do órgão emitente da certidão e comprovar a regularidade do licitante.

[...]

Há, inclusive, a notícia informal de que alguns pregoeiros efetuariam a referida diligência, a fim de assegurar o sucesso do certame. Esta conduta condiz com as diretrizes traçadas pela Lei Estadual nº 15.178/18, que "cria mecanismos de desburocratização no âmbito da Administração Pública do Estado", e, no seu art. 2º, V, define que são diretrizes da lei "reduzir as exigências burocráticas desnecessárias, redundantes e ineficientes". Também parece estar alinhada com a Medida Provisória nº 881/2019.

[...]

Nesse passo, com base nos princípios do formalismo moderado e da busca pela verdade material, conclui-se pela legalidade de a Administração efetuar diligências administrativas para completar documentação não entregue pelo licitante, quando estes documentos estão disponíveis na internet, podendo consultar o sítio eletrônico oficial do órgão emitente da certidão para comprovar a regularidade do licitante. Nesse caso, não será penalizar o licitante, pois a falta estará devida e legitimamente suprida pela Administração Pública. (Procuradora do Estado Dra Helena Beatris Cesarino Mendes Coelho, em 31/10/2019)

»

Nesse ponto, evidente que a Administração Pública deve proceder a diligências para complementar documentos, nos casos em que tais documentos estão disponíveis, normalmente pela internet. Sobre o tema, dispõe o art. 43, § 3º, da Lei nº 8.666/93:

»

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

(...).

§ 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."

»

Ao enfrentar a questão, Marçal Justen Filho leciona:

»

"Há uma forte tendência ao reconhecimento de que defeitos puramente formais poderão ser sanados, especialmente quando não existir controvérsias relativamente à situação fática. Assim, a apresentação de certidão destinada a comprovar situação inquestionável, constante em cadastros públicos, tende a ser admitida. Se o sujeito não se encontra falido, mas deixou de apresentar o documento adequado, seria um formalismo excessivo promover a sua inabilitação.

»

Nesse sentido, já decidiu o Tribunal de Contas da União:

»

"REPRESENTAÇÃO FORMULADA POR LICITANTE. SUPOSTAS IRREGULARIDADES PRATICADAS PELAS (OMISSIS). INCLUSÃO DE CERTIDÃO EXTRAÍDA PELA INTERNET DURANTE A SESSÃO PÚBLICA. POSSIBILIDADE. CONHECIMENTO. NEGADO PROVIMENTO. ARQUIVAMENTO. [...]

Relatório do Ministro Relator... À vista dos preços inferiores cotados pela empresa, a Pregoeira, no uso de suas atribuições e conforme item 9.10 do Edital (vide item 2.2 supra) e art. 11, inciso XIII do Decreto nº 3.555/2000, autorizou a extração da documentação pela Internet na sessão. 7. Cumpre informar que tal certidão é rotineiramente fornecida no site da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional/Ministério da Fazenda, bastando preencher os campos indicados com o número do CNPJ e o nome completo da empresa. Ademais, a veracidade das informações constantes da dita certidão ou da manutenção da condição 'negativa' pode ser conferida, a qualquer momento, na página <http://www.pgfn.fazenda.gov.br>, não persistindo dúvidas quanto à autenticidade e validade do documento assim obtido. (Acórdão nº 1758/03-Plenário)

Rigor formal no exame das propostas dos licitantes não pode ser exagerado ou absoluto, sob pena de desclassificação de propostas mais vantajosas, devendo as simples omissões ou irregularidades na documentação ou na proposta, desde que irrelevantes e não causem prejuízos à Administração ou aos concorrentes, serem sanadas

mediante diligências. (Acórdão 2302/2012-Plenário)

O disposto no caput do art. 41 da Lei 8.666/1993, que proíbe a Administração de descumprir as normas e o edital, deve ser aplicado mediante a consideração dos princípios basilares que norteiam o procedimento licitatório, dentre eles o da seleção da proposta mais vantajosa. (Acórdão 8482/2013-1ª Câmara)

”

O esclarecimento de possíveis dúvidas quanto o objeto deste recurso pode (e deve) ser feito com uma simples diligência, que ajudará a Administração a decidir pela procedência ou não do presente recurso.

Há possibilidade da comissão ou autoridade competente promover diligência, para esclarecer ou complementar a instrução do processo, conforme artigo 43, §3º da Lei Federal nº 8.666 de 1.993.

A realização de diligência é realizada sempre que a comissão julgadora, ou autoridade competente em presidir o certame, esbarra em alguma dúvida, sendo mecanismo necessário para afastar imprecisões e confirmação de dados contidos nas documentações apresentadas pelos participantes do processo licitatório.

A diligência já deveria ter sido feita, pois não há discricionariedade da Administração em optar ou não pela realização de diligência, sempre que houver dúvidas sobre alguma informação, tal providência se torna obrigatória. Com brilhantismo e clareza, Marçal Justen Filho leciona:

”

A realização da diligência não é uma simples “faculdade” da Administração, a ser exercitada segundo juízo de conveniência e oportunidade. A relevância dos interesses envolvidos conduz à configuração da diligência como um poder-dever da autoridade julgadora. Se houver dúvida ou controvérsia sobre fatos relevantes para a decisão, reputando-se insuficiente a documentação apresentada, é dever da autoridade julgadora adotar as providências apropriadas para esclarecer os fatos. Se a dúvida for sanável por meio de diligência será obrigatória a sua realização.” (Marçal Justen Filho, Comentários à Lei de Licitação e Contratos Administrativos, 16ª ed, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2014, pág. 804.)

”

Comumente se questiona a possibilidade de juntar documentos durante a realização de diligência, tal alteração decorre de uma interpretação equivocada do texto legislativo, isto porque o art. 43, § 3º da Lei Federal nº 8.666 de 1.993 preconiza que:

”

§ 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

”

Deste modo, a correta interpretação é de que a vedação para inclusão de documentos, restringe-se somente a inclusão de documentos que deveriam ser entregues inicialmente, por conseguinte, admitindo a inclusão de qualquer outro documento que sirva como complemento necessário a elucidação de obscuridades, dúvidas ou, até mesmo, veracidade dos documentos já apresentados. Exemplo típico é o caso da inclusão de notas fiscais ou contratos que visam esclarecer a quantidade fornecida de determinado material, quando o atestado de capacidade técnica é omissivo, ou dúbio, em relação a quantidade fornecida.

Nas palavras de Ivo Ferreira de Oliveira, a diligência visa:

”

(...) oferecer meios para que a Comissão de Licitação ou a Autoridade Superior possa promover inquirições, vistorias, exames pertinentes a questões que eventualmente surjam e até autorizar a juntada de documentos, permitindo à Comissão ou à Autoridade julgar corretamente o certame, graças aos esclarecimentos que a diligência lhe propiciou, mas sem perder de vista os princípios constitucionais e legais que norteiam o processo licitatório. (Ivo Ferreira de Oliveira, Diligências nas Licitações Públicas, Curitiba, JM Editora, 2001, p. 24.)

”

Isto é afirmado pois a diligência não está condicionada a autorização prévia no instrumento convocatório ou ao pleito do particular, em verdade deve ser realizada de ofício visando salvaguardar a Supremacia do Interesse Público. Todavia, nada impede que na omissão da Administração, haja provocação do interessado para sua realização e quando suscitada será obrigatória, excetuada a decisão motivada e satisfatória que justifique a negativa.

Desta forma cabe a Administração promover a diligência ou justificar sua negativa.

3. DA OBRIGATORIEDADE DE CONSULTA DE DOCUMENTAÇÃO DISPONÍVEL NA INTERNET

É sabido que a Administração, quando entender necessário PODE efetuar diligências a fim de complementar ou esclarecer dúvidas sobre habilitação ou proposta da licitante. Ocorre que com a digitalização de diversos serviços públicos, como registros de órgãos de controle e certidões negativas atualmente é OBRIGATÓRIA a busca de documentos e/ou informações na internet por parte da Administração Pública.

Nesse sentido, já opinou a Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, conforme parecer na íntegra (<http://sid.pge.rs.gov.br/pareceres/pa18051.pdf>) e trecho importante a seguir:

”

Com base nos princípios do formalismo moderado e da busca pela verdade material, conclui-se pela legalidade de a Administração efetuar diligências administrativas para completar documentação não entregue pelo licitante, quando estes documentos estão disponíveis na internet, podendo consultar o sítio eletrônico oficial do órgão emitente da certidão e comprovar a regularidade do licitante.

[...]

Há, inclusive, a notícia informal de que alguns pregoeiros efetuariam a referida diligência, a fim de assegurar o sucesso do certame. Esta conduta condiz com as diretrizes traçadas pela Lei Estadual nº 15.178/18, que “cria mecanismos de desburocratização no âmbito da Administração Pública do Estado”, e, no seu art. 2º, V, define que são diretrizes da lei “reduzir as exigências burocráticas desnecessárias, redundantes e ineficientes”. Também parece estar alinhada com a Medida Provisória nº 881/2019.

[...]

Nesse passo, com base nos princípios do formalismo moderado e da busca pela verdade material, conclui-se pela legalidade de a Administração efetuar diligências administrativas para completar documentação não entregue pelo licitante, quando estes documentos estão disponíveis na internet, podendo consultar o sítio eletrônico oficial do órgão emissor da certidão para comprovar a regularidade do licitante. Nesse caso, não será penalizar o licitante, pois a falta estará devida e legitimamente suprida pela Administração Pública. (Procuradora do Estado Dra Helena Beatris Cesarino Mendes Coelho, em 31/10/2019)

"

Nesse ponto, evidente que a Administração Pública DEVE proceder a diligências para complementar documentos, nos casos em que tais documentos estão disponíveis, normalmente pela internet. Sobre o tema, dispõe o art. 43, § 3º, da Lei nº 8.666/93:

"

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

(...).

§ 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."

"

Ao enfrentar a questão, Marçal Justen Filho leciona:

"

"Há uma forte tendência ao reconhecimento de que defeitos puramente formais poderão ser sanados, especialmente quando não existir controvérsias relativamente à situação fática. Assim, a apresentação de certidão destinada a comprovar situação inquestionável, constante em cadastros públicos, tende a ser admitida. Se o sujeito não se encontra falido, mas deixou de apresentar o documento adequado, seria um formalismo excessivo promover a sua inabilitação."

"

É justamente esse o entendimento da recorrente e que deveria ser o desta Administração, pois basta pesquisar no Google "CRC PR" e terá a chance de consultar o CRC do contador informado no balanço patrimonial, conforme link: <https://scfweb.crcpr.org.br/spw/ConsultaCadastral/CertidaoExterna.aspx> Assim, o promovente deve promover consulta ao sítio oficial do órgão/empresa competente pela emissão da certidão/informação faltante, tendo como objetivo verificar se o licitante se encontra ou não em condição de regularidade. Nesse sentido, já decidiu o Tribunal de Contas da União:

"

"REPRESENTAÇÃO FORMULADA POR LICITANTE. SUPOSTAS IRREGULARIDADES PRATICADAS PELAS (OMISSIS). INCLUSÃO DE CERTIDÃO EXTRAÍDA PELA INTERNET DURANTE A SESSÃO PÚBLICA. POSSIBILIDADE. CONHECIMENTO. NEGADO PROVIMENTO. ARQUIVAMENTO. [...]

Relatório do Ministro Relator... À vista dos preços inferiores cotados pela empresa, a Pregoeira, no uso de suas atribuições e conforme item 9.10 do Edital (vide item 2.2 supra) e art. 11, inciso XIII do Decreto nº 3.555/2000, autorizou a extração da documentação pela Internet na sessão. 7. Cumpre informar que tal certidão é rotineiramente fornecida no site da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional/Ministério da Fazenda, bastando preencher os campos indicados com o número do CNPJ e o nome completo da empresa. Ademais, a veracidade das informações constantes da dita certidão ou da manutenção da condição 'negativa' pode ser conferida, a qualquer momento, na página <http://www.pgfn.fazenda.gov.br>, não persistindo dúvidas quanto à autenticidade e validade do documento assim obtido. (Acórdão nº 1758/03-Plenário)

Rigor formal no exame das propostas dos licitantes não pode ser exagerado ou absoluto, sob pena de desclassificação de propostas mais vantajosas, devendo as simples omissões ou irregularidades na documentação ou na proposta, desde que irrelevantes e não causem prejuízos à Administração ou aos concorrentes, serem sanadas mediante diligências. (Acórdão 2302/2012-Plenário)

O disposto no caput do art. 41 da Lei 8.666/1993, que proíbe a Administração de descumprir as normas e o edital, deve ser aplicado mediante a consideração dos princípios basilares que norteiam o procedimento licitatório, dentre eles o da seleção da proposta mais vantajosa. (Acórdão 8482/2013-1ª Câmara)

"

As fases de habilitação e proposta não pode ser interpretada de forma absoluta ou com excesso de formalismo capaz de malferir a própria finalidade do procedimento licitatório, restringindo a competitividade e contrariando o disposto no art. 37, inc. XXI, da Constituição da República, que veda as exigências irrelevantes e impertinentes à garantia do cumprimento das obrigações.

É preciso buscar a finalidade da licitação, privilegiar a praticidade e a celeridade dos certames, evitando o apego a formalismos desarrazoados que prejudiquem esse desiderato. Assim é que deve ser avaliada a possibilidade de as certidões faltantes serem obtidas mediante diligência na internet durante a análise respectiva. Nesses casos, se a consulta indicar a regularidade do licitante naquele momento, a habilitação se impõe.

O fundamento para tanto decorre do reconhecimento de que a omissão na documentação constitui falha meramente formal, passível de ser saneada mediante consulta a sítio oficial na internet. Se é possível atingir a finalidade de conferir a regularidade do licitante, sem prejuízos à Administração ou aos demais participantes, mediante a verificação on-line, não há por que não o fazer. Tal medida vai ao encontro dos princípios da verdade material, da competitividade e do formalismo moderado.

No mesmo sentido, tem-se o art. 25, § 4º, do Decreto nº 5.450/05, que regulamenta o pregão eletrônico. Conforme o dispositivo "para fins de habilitação, a verificação pelo órgão promotor do certame nos sítios oficiais de órgãos e entidades emissores de certidões constitui meio legal de prova", tendo previsão semelhante se mantido no Decreto nº 10.024/2019, no § 3º do art. 43:

"

Art. 43. A habilitação dos licitantes será verificada por meio do Sicaf, nos documentos por ele abrangidos, quando os procedimentos licitatórios forem realizados por órgãos ou entidades integrantes do Sisg ou por aqueles que aderirem ao Sicaf. [...] § 3º A verificação pelo órgão ou entidade promotora do certame nos sítios eletrônicos oficiais de

órgãos e entidades emissores de certidões constitui meio legal de prova, para fins de habilitação.

“

Além disso, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu:

“

As diligências para esclarecimento no curso de procedimento licitatório visam impor segurança jurídica à decisão a ser proferida, em homenagem aos princípios da legalidade, da igualdade, da verdade material e da guarda aos ditames do edital. Comprovação da regularidade fiscal que impera. Ausência de qualquer ilegalidade no procedimento licitatório." (MS nº 12.762, Rel. Min. José Delgado, DJ de 16.06.2008 – grifos acrescentados)

“

Por todo exposto requer-se que a Administração efetue consulta conforme procedimento acima descrito a fim de complementar as informações/documentações que entendeu faltando e por consequência reclassifique a recorrente.

4. DOS PEDIDOS

Receber o recurso administrativo e, ao final, seja dado provimento para:

- a) Declarar a recorrente vencedora pelo cumprimento integral de cláusulas editalícias e da legislação pertinente.
- b) Que sejam anuladas todas as fases da licitação ocorridas após o ato ilegal, convocando as empresas para nova sessão pública.

Requer-se também que seja comunicado o julgamento obrigatoriamente pelos e-mails tiago.sandi@sandieoliveira.adv.br, bruna.oliveira@sandieoliveira.adv.br e contato@sandieoliveira.adv.br, sob pena de nulidade.

Nestes termos pede deferimento.

Londrina (PR), 2 de agosto de 2021.

MARYLEIDE FONSECA ALMEIDA EIRELI

Voltar