

DOUTA COMISSÃO DE LICITAÇÕES DO MUNICÍPIO DE IMARUÍ/SC,

CONCORRÊNCIA n.º 02/2022

CBR ENGENHARIA S/S LTDA, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o n.º 03.581.297/0001-14, sediada na Rua Washington Luiz, n.º 1118, sala 901, Bairro Centro Histórico, na cidade de Porto Alegre/RS, CEP: 90.010-460, participante do certame em epígrafe, vem, por intermédio de seu representante signatário, interpor, tempestivamente, **RECURSO ADMINISTRATIVO** contra decisão que inabilitou esta recorrente, pelos fatos e pela fundamentação jurídica a seguir exposta.

1. DOS FATOS

A recorrida participa da Concorrência n.º 02/2022 da Prefeitura de Imaruí/SC, que tem por objeto o registro de preços para contratação de empresa especializada na elaboração de projetos arquitetônicos, de engenharia, memoriais, planilhas de quantitativos e planilhas de orçamento, para suprir as necessidades das secretarias do município de Imaruí/SC, de acordo com as condições e especificações constantes no edital.

A sessão para abertura dos envelopes referentes a Habilitação das empresas estava inicialmente marcada para o dia 31/10/2022, no entanto, a sessão foi adiada para o dia 10/11/2022, conforme publicação abaixo demonstrada:

O Sr. Patrick Corrêa, Prefeito Municipal, juntamente com a Comissão de Licitação da Prefeitura Municipal de Imaruí – SC, torna público, com referência ao Processo de Licitação n.º 058/2022, Concorrência n.º 002/2022, com abertura prevista para o dia 31 de outubro de 2022, às 09 horas. FICA o presente processo prorrogado, com data prevista para o recebimento das Propostas até às 08h45min do dia 10/11/2022 e a abertura da sessão pública às 09 horas do dia 10/11/2022, tendo em vista o bloqueio nas rodovias federais impossibilitando o acesso a cidade e consequentemente prejudicando a competitividade.

Imaruí/SC, 31 de outubro de 2022.

Ocorre que, na data aprazada para a sessão, 31/10/2022, a mesma foi transferida, tendo a recorrente entregue o envelope com a documentação de habilitação, a qual comprova sua regularidade.

No entanto, em razão da transferência da sessão de abertura dos envelopes, quando analisados os documentos habilitatórios, em 10/11/2022, o documento exigido no item 6.2.1 do Edital, Certidão Negativa de Débitos Fiscais (CND) Estadual, acabou por vencer entre o interregno da data inicialmente aprazada (31/10/2022) e a data que se realizou a sessão (10/11/2022).

O referido documento tinha validade até 04/11/2022, de maneira que, quando juntado ao envelope de habilitação, seria perfeitamente válido para a análise da habilitação desta parte na data da sessão originalmente prevista, em 31/10/2022.

Por esta razão, a ora recorrente manifestou intenção de recurso devidamente registrada e acolhida pela Comissão de Licitações.

Irresignada, a recorrente apresenta as presentes razões de recurso, para demonstrar que merece ser reconsiderada a decisão que lhe inabilitou, pois a mesma deixou de observar o disposto nos itens 2.2 e 8.14 do Edital e o disposto no art. 43, § 3º da lei 8.666/93, conforme fundamentação jurídica a seguir exposta.

2. DA FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

2.1. DA BUSCA PELA PROPOSTA MAIS VANTAJOSA, DO FORMALISMO EXCESSIVO E DA AUSÊNCIA DE DILIGÊNCIA.

Inicialmente, importante discorrer que a licitação deve dar-se sempre na busca da oferta mais vantajosa à Administração. A desclassificação desta recorrente, por um fato cuja causa não foi dada pela licitante, mas sim pela administração pública, trata-se de uma injustiça e de um **formalismo exacerbado, que reduz a possibilidade da administração pública encontrar a proposta que lhe seja mais vantajosa.**

A inabilitação da recorrente poderá penalizar a própria administração pública, pois descartará uma empresa com vasto conhecimento e expertise de mais de 20 (vinte) anos em execução de projetos com o mesmo objeto da presente licitação. A recorrente possui contratos ativos e atestados de contratos já finalizados com diversos órgãos públicos de todo o país, como Tribunais de Justiça, Caixa Econômica Federal, Banco do Brasil, entre outros.

Portanto, mesmo que a CND Estadual apresentada estivesse vencida, por culpa exclusiva da recorrente, a administração pública possuía o poder-dever de buscar sanar o equívoco através de simples diligência, conforme previsto no Edital, nos Itens 2.2 e 8.14, a saber:

2.2. Após o horário estabelecido para o recebimento dos envelopes, nenhum outro documento será recebido, nem serão permitidos quaisquer adendos, acréscimos, substituições ou esclarecimentos, exceto quanto à faculdade de **a Comissão de Licitação promover diligência**, a seu critério, destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo licitatório ou de eventuais recursos porventura interpostos

8.14. É facultada à Comissão de Julgamento de Licitações, em qualquer fase da licitação, **a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo, vedada à inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta.**

(grifos nossos)

A possibilidade de diligência para sanar eventuais equívocos também é prevista no artigo 43, §3º da Lei 8.666/93:

§ 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. *(grifos nossos)*

Ressalte-se que o fato da CND Estadual apresentada estar vencida, não autoriza a inabilitação, inclusive este é o entendimento da mais moderna jurisprudência do Tribunal de Contas da União e do Superior Tribunal de Justiça, pois trata-se de mera formalidade, porque **a recorrente não deixou de apresentar o documento, bem como, não possui débitos fiscais no âmbito estadual** e não possuía na época da abertura dos envelopes, a condição de regularidade fiscal estadual a ser comprovada no certame é uma **condição pré-existente**, de maneira que, a certidão válida que demonstre ausência destes débitos, **pode ser apreciada por meio de diligência**.

Assim sendo, o fato em questão é incapaz de macular a participação da recorrente no certame. Portanto, não serve a fundamentação utilizada pela Comissão de Licitações, como motivo para a desclassificar esta recorrente sem que lhe seja oportunizada a correção da documentação em sede de diligência.

Recentemente, o TCU publicou o Acórdão n. 1211/2021, o qual ENTENDEU pelo cabimento da apresentação de documento novo para sanar/esclarecer alguma questão relativa à habilitação ou à proposta em decorrência de algum equívoco ou falha da licitante no momento de juntada de seus documentos, desde que tal documento confirme condição pré-existente à abertura da sessão pública.

Como se observa, a jurisprudência do Tribunal de Contas da União, referência jurídica adotada e seguida por todos os entes federativos brasileiros, é

pacífica sobre o descabimento da desclassificação de licitantes baseada em erros formais irrelevantes ao objeto de licitação. Assim já era o entendimento de anos atrás, conforme o enunciado do Acórdão 3278/2011-Plenário: “É indevida a desclassificação de licitantes por questão formal irrelevante.” Na mesma senda, o Acórdão 1924/2011-Plenário enuncia: “Constitui-se excesso de rigor a desclassificação de licitantes por conta de erro formal na apresentação da proposta e da documentação exigida.” Importa, destarte, acima de outras informações, a substância da proposta, ficando em segundo plano pequenos detalhes formais seus.

O Edital da Concorrência n.º 02/2022 está em consonância com o entendimento do Tribunal de Contas da União acima apresentado, pois no já referido item 8.14, por exemplo, fala em “promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo, vedada à inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta”.

Justamente esse é o entendimento do Tribunal de Contas da União, conforme se observa em recente julgado, no qual decidiu que:

o pregoeiro, durante as fases de julgamento das propostas e/ou habilitação, deve sanear eventuais erros ou falhas que não alterem a substância das propostas, dos documentos e sua validade jurídica, mediante decisão fundamentada, registrada em ata e acessível aos licitantes, nos termos dos arts. 8º, inciso XII, alínea “h”; 17, inciso VI; e 47 do Decreto 10.024/2019; **sendo que a vedação à inclusão de novo documento, prevista no art. 43, § 3º, da Lei 8.666/1993 e no art. 64 da Nova Lei de Licitações (Lei 14.133/2021), não alcança documento ausente, comprobatório de condição atendida pelo licitante quando apresentou sua proposta, que não foi juntado com os demais comprovantes de habilitação e/ou da proposta, por equívoco ou falha, o qual deverá ser solicitado e avaliado pelo pregoeiro**”. (Grifamos) (TCU, Acórdão nº 1.211/2021, do Plenário, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, j. em 26.05.2021) (*grifos nossos*)

Veja-se um trecho do voto do Ministro Relator do Acórdão nº 1.211/2021-TCU-Plenário, que bem exemplifica o posicionamento adotado pela corte de contas:

Por exemplo, se não foram apresentados atestados suficientes para demonstrar a habilitação técnica no certame, talvez em razão de conclusão equivocada do licitante de que os documentos encaminhados já seriam suficientes, poderia ser juntado, após essa verificação no julgamento da proposta, novos atestados de forma a complementar aqueles já enviados, **desde que já existentes à época da entrega dos documentos de habilitação**

Ou seja, o TCU, entendeu que a diligência que **venha a atestar condição real e pré-existente à abertura da sessão pública do certame não fere os princípios da isonomia e igualdade entre as licitantes e o oposto, ou seja, a desclassificação do licitante, sem que lhe seja conferida oportunidade de realizar diligência, resulta em objetivo dissociado do interesse público, com a prevalência do processo (meio) sobre o resultado almejado (fim).**

Resta evidente que o fato de **NÃO ter sido oportunizado à Recorrente diligência para apresentar a CND estadual válida, que esta parte efetivamente possui mas que por causa do licitador foi apreciada fora da sua validade**, configura excesso de formalismo, bem como contraria novamente o preceito basilar de ampla concorrência, o que não merece prosperar **devido a afronta aos princípios basilares da Administração Pública.**

Sempre que houver qualquer tipo de dúvida sobre documentos e propostas de licitantes, cabe ao à Comissão de Licitação empreender as diligências aptas a obter os esclarecimentos que se mostrarem necessários. Não se pode desclassificar nem inabilitar licitante sem antes adotar tal procedimento. É essa a atitude preconizada pelo enunciado do Acórdão 3340/2015-Plenário do Tribunal de Contas da União:

Na condução de licitações, falhas sanáveis, meramente formais, identificadas na documentação das proponentes não devem levar necessariamente à inabilitação ou à desclassificação, cabendo à comissão de licitação promover as diligências destinadas a esclarecer dúvidas ou complementar o processamento do certame (art. 43, § 3º, da Lei 8.666/1993).

O enunciado transcrito apoia-se no preceito contido no supracitado artigo 43, §3º, da Lei Federal n.º 8.666/1993,

E nesse ponto o Edital da Concorrência n.º 02/2022, está muito bem ajustado, tanto com relação à jurisprudência do Tribunal de Contas da União quanto com o que preceitua a Lei Federal n.º 8.666/1993, quando expressamente prevê a possibilidade de diligência, conforme consta nos itens 2.2 e 8.14 do Instrumento convocatório.

A Comissão de Licitação tem todos os poderes e as ferramentas de que possa necessitar para obter esclarecimentos julgados necessários sobre as propostas.

Em que pese a formalidade que permeia o processo licitatório, não se mostra razoável que mera irregularidade seja suficiente para excluir do certame a recorrente, haja vista que a licitação deve dar-se sempre na busca da oferta mais vantajosa à Administração, o que é alimentado pela maior concorrência. O formalismo exacerbado pode gerar danos não só à Administração como às demais licitantes, razão porque, o princípio do procedimento formal merece ser relativizado.

A respeito, releva trazer à lume a posição de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, o qual assim se manifesta sobre a razoabilidade nas decisões administrativas, com a profundidade que lhe é peculiar:

A superação do formalismo axiológico e do mecanismo decisório fica a dever a lógica do razoável, que põe em evidência que o aplicador da Lei, seja o administrador, seja o juiz, não pode desligar-se olímpicamente do resultado de sua decisão e entender que cumpriu o seu dever com a simples aplicação silogística da lei aos fatos.

(...)

À luz da razoabilidade, o Direito, em sua aplicação administrativa ou jurisdicional contenciosa, não se exaure num ato puramente técnico, neutro e mecânico; não se esgota no racional nem prescinde de valorações e de estimativas: a aplicação da vontade da Lei se faz por atos humanos" (pg.72, Curso de Direito Administrativo. Forense. 10ª ed.,1994.)

A toda evidência, o que importa em situações como a presente é se ter em mira o princípio da finalidade, aquele que imbrica-se com outro, o da resultante social, não sendo demais lembrar que o direito presta-se, teleologicamente, à instrumentalização do ideal de Justiça.

A economicidade é um dos princípios que rege os procedimentos licitatórios, de forma que, uma alteração imprevista do processo licitatório, pelo licitador, não pode, por formalismos excessivos dos mesmos licitadores, impedir que a recorrente participe do certame, sob pena de reduzir-se a competitividade da licitação e obstar o encontro da proposta mais vantajosa à administração pública.

Da mesma maneira, cabe referir que a legitimação dos atos do Administrador Público e seus comportamentos, dependem sempre da correção e afinamento que mantenham com os objetivos normativamente estabelecidos e com as formas previstas como idôneas para procurá-los.

Com efeito, os benefícios com que a ordem jurídica instrumenta e protege a Administração, não lhe são deferidos em homenagem a ela própria; não se constituem em deferências para com o sujeito, para com a pessoa estatal; são lhe outorgados em favor do interesse público entregue a sua compita e de que deve curar.

Daí, a legislação aplicável às licitações estabelecer, minudentemente, nos seus artigos iniciais (arts. 2º a 4º da Lei 8.666/93) as obrigações e responsabilidades a que se sujeitam todos, especialmente os que têm a função de agir e decidir em nome de determinada esfera da Administração Pública.

A visão de Administração com natureza pública foi sintetizada com precisão pelo renomado jurista Celso Antônio Bandeira de Mello:

A res pública não é propriedade pessoal dos administradores.

É a atividade do que não é proprietário - do que não tem a disposição da coisa ou do negócio administrativo. Estes simplesmente geram-na.

Nada mais lhes assiste que curar, do melhor modo possível, interesses de toda a coletividade. Os poderes que desfrutam justificam-se única e exclusivamente, como meios necessários ao cumprimento de certas finalidades que transcendem a interesses pessoais, individuais.

O que se extrai para o caso concreto, é que a necessidade de vinculação ao instrumento convocatório decorre dos princípios da isonomia e da impessoalidade, **e deve ser conjugado com o propósito de garantia à obtenção da proposta mais vantajosa ao Poder Público**, o que determina que sejam relevadas simples irregularidades, com a observância ao princípio do formalismo moderado.

Assim, cumpridos os requisitos do edital mesmo que em sede de diligência, não pode a recorrente ser desclassificada por causa do fato em questão.

Este é o entendimento consolidado do Tribunal de Contas da União - TCU, vejamos:

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." (TCU - Acórdão 357/2015-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. (TCU - Acórdão 2302/2012-Plenário) (grifo nosso)

Nesse mesmo compasso tem se mostrado a jurisprudência dos tribunais superiores, como se depreende dos excertos abaixo:

As regras do procedimento licitatório devem ser interpretadas de modo que, sem causar qualquer prejuízo à administração e aos interessados no certame, possibilitem a participação do maior número de concorrentes, a fim de que seja possibilitado se encontrar, entre várias propostas, a mais vantajosa (STJ – RESP nº 512.179-PR, rel. Min. Franciulli Netto)

Se a **irregularidade praticada pela licitante vencedora**, que não atendeu à 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 das propostas**, 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 – RO em MS n. 23.714-1, DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence) (grifo nosso)

É cediço que o formalismo constitui princípio inerente a todo procedimento licitatório, no entanto, a rigidez do procedimento não pode ser excessiva a ponto de prejudicar o interesse público. Ademais, em matéria de licitação, como o objetivo é o de atrair o maior número de interessados, deve-se adotar interpretação que favoreça a consecução desse objetivo, tirando-se qualquer margem de discricionariedade da Administração Pública no que diz respeito à rejeitar possíveis licitantes. (grifou-se) (TJSC – AC em MS – 2002.015898-0 – Dês. Relator Vanderlei Romer – Julgado em 21/11/2002) (grifos nossos)

Portanto, é devido aos licitadores permitir aos licitantes realizar diligência para buscar esclarecer eventuais dúvidas, bem como analisar a documentação completa enviada, ao invés de simplesmente desclassificar as licitantes.

Desta forma, como se observa, a irresignação desta recorrente possui amparo legal e alicerce nas próprias exigências do Edital, merecendo ser reconsiderada a decisão que desclassificou esta licitante.

3. DOS PEDIDOS E DOS REQUERIMENTOS

Ante o exposto, **requer**:

1. o recebimento e a apreciação do presente Recurso Administrativo;

2. o acolhimento de todas as razões nela versadas, a fim de que o ato de inabilitação da recorrente, por invalidade da CND Estadual apresentada, seja **reconsiderado**, e seja concedida a oportunidade de sanar a suposta irregularidade com a juntada da CND atualizada, o que se faz nesse ato, ou se por bem entender a comissão, que seja realizada **diligência** na forma dos itens 2.2 e 8.14 do edital do certame e da legislação incidente.

Nestes termos,

Pede e espera deferimento.

Porto Alegre/RS, 29 de novembro de 2022

CBR ENGENHARIA S/S LTDA.

CNPJ n.º 03.581.297/0001-14