

ILUSTRÍSSIMO(A) SENHOR(A) PREGOEIRO(A) DO CONSELHO REGIONAL DE
ODONTOLOGIA DO RIO GRANDE DO SUL

Recurso Administrativo

Pregão Presencial nº 16/2017

Processo Administrativo de Contratação nº 047/2017

DNA INFORMATICA LTDA, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 73.254.070/0001-40, com sede na Praça Menino Deus, 76, Bairro Menino Deus, na cidade de Porto Alegre – RS, CEP 90850-180, fone/fax: (51) 3231-7002, vem à ilustre presença de V.Sa., via de seu representante legal *in fine* assinado, inconformada, *concessa venia*, com a decisão que habilitou a empresa **FERNANDA CAROLINE BRISOLA MACIEL ME** no âmbito do processo licitatório em epígrafe, consubstanciadas pelos motivos de fato e de direito que a seguir serão expostos:

I – DAS RAZÕES**1.1. Das Considerações iniciais**

Preambularmente, a Recorrente vem reiterar, nesta oportunidade, as suas razões expostas no recurso administrativo interposto em 02/01/2018 no tocante à concessão do prazo adicional para a empresa Recorrida apresentar certidão de falência e recuperação judicial.

Neste diapasão, a Recorrente apresenta o presente expediente Recursal, para que sejam analisadas as suas **relevantíssimas razões**, e com efeito, seja reconsiderada e anulada a decisão que habilitou a empresa Recorrida no âmbito do presente certame e revisto o posicionamento exarado na decisão datada de 15/01/2018.

1.2. Do *animus recorrendi* manifestado na sessão pública e consignado em ata

A alegação consignada na decisão exarada no dia 15/01/2018, de que a Recorrente não teria manifestado intenção de recorrer quanto à apresentação irregular da

certidão negativa de falência e recuperação judicial por parte da Recorrida, não corresponde à realidade e tal posicionamento, *data venia*, deve ser revisto, sendo necessário narrar os acontecimentos ocorridos durante a sessão pública ocorrida no dia 27/12/2017.

Conforme se depreende da ata da sessão verifica-se que após a análise da documentação da Recorrida, a Pregoeira considerou que a referida empresa teria cumprido com todas as exigências do edital, tendo sido declarada habilitada.

Ao passo que a documentação de habilitação da Recorrida foi repassada ao representante da Recorrente, este verificou que a certidão de falência da empresa tinha sido emitida em 24/01/2017, descumprindo, portanto, o prazo de 90 (noventa) dias previsto pelo edital, em seu item 8.3.

Para melhor exposição dos fatos, assim constou na ata:

“Ato contínuo, procedeu-se à abertura do envelope contendo a documentação de habilitação da licitante FERNANDA CAROLINE MACIEL – ME, o qual, após a apreciação dos documentos, verificou-se que a empresa atendeu todas as exigências do edital. Portanto, a empresa FERNANDA CAROLINE MACIEL – ME foi declarada habilitada. Passada a documentação para verificação pela empresa DNA TECNOLOGIA LTDA – EPP, a mesma impugnou o documento certidão judicial da falências e concordatas, tendo em vista a data de expedição ser 24/01/2017, referindo não ter sido atendimento o prazo de 90 dias previsto no item 8.3 do edital. A pregoeira realizou diligências junto ao site do TJRS nos termos do item 15.1. do edital e não foi possível a emissão online da certidão negativa referida. Para fins de teste, foram impressas as negativas da empresa impugnante (documentos juntados no processo). A empresa FERNANDA CAROLINE BRISOLA MACIEL – ME suscitou a aplicação ao caso do art. 43 da Lei Complementar 123/2006, para fins de ser concedido prazo para apresentação do documento, considerando a sua condição de microempresa. Analizada a situação, a pregoeira decide pela concessão do prazo e atenção ao recesso forense, fica designado o dia 10/01/2018, até as 18h, para apresentação da certidão negativa de falências e concordatas da empresa (...)” (grifamos)

Ou seja, logo após a Recorrente ter manifestado discordância quanto à regularidade da certidão apresentada pela empresa Recorrida, a Sra. Pregoeira passou imediatamente a conduzir a sessão de modo a demonstrar que tal situação seria passível de correção, inicialmente ao realizar diligência perante o site TJ/RS para emissão da certidão, de forma intempestiva (o que também não é permitido, o que será explanado adiante), e, não

obtendo êxito, acabou por conceder prazo para a Recorrida apresentar o documento em questão posteriormente.

Deste modo, verifica-se claramente o *animus recorrendi* manifestado pela Recorrente durante a sessão do pregão. O que ocorreu - e isso resta evidente -, é que o representante da Recorrente acabou sendo induzido pelos atos praticados pela Ilma. Sra. Pregoeira, imediatamente após a sua intervenção quanto à irregularidade da certidão apresentada, de que tal irregularidade seria passível de correção mediante realização de diligência ou aplicação da faculdade prevista pelo art. 43 da LC 123/2006 eram manifestamente ilegais.

Destarte, o entendimento de que a Recorrente teria decaído do direito de recorrer da decisão que habilitou a empresa Recorrida pois teria restado consignado o seu inconformismo apenas com o termo “*impugnou o documento certidão judicial (...)*” e isto apenas em razão das circunstâncias narradas acima, não pode ser mantido, pois restou demonstrado, indubitavelmente, o *animus recorrendi* da Recorrente, que é confirmado pelo que dispõe o art. 112 do Código Civil:

Art. 112. Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.

1.2. Da ilegalidade da manutenção da habilitação da Recorrida e dos atos praticados em detrimento da Recorrente. Da impossibilidade de realização de diligências face à preclusão consumativa. Da necessária anulação do ato ilegal.

É importante pontuar que a certidão apresentada pela Recorrida **estava flagrantemente vencida** nos termos do item 8.3. do edital, tendo em vista a realização do certame em 27/12/2017, e a apresentação de um documento datado de 27/01/2017, ou seja, com 337 dias de emissão - praticamente 1 (um) ano, ou seja, uma situação que literalmente “*saltava aos olhos*”.

Entretanto, verifica-se que a Ilma. Sra. Pregoeira não se atentou à data do documento, tampouco sua equipe de apoio, e o que tal fato fora objeto de manifestação apenas pela Recorrente.

E ainda assim, buscou-se, *contra legem*, a manutenção da habilitação da Recorrida, primeiramente pela realização de diligências, e depois pela concessão irregular de prazo com fulcro no art. 43. da LC 123/2006.

A concessão irregular do prazo - tendo em vista não se tratar de documento fiscal ou de regularidade trabalhista -, já fora suficientemente exposta nas razões recursais apresentadas anteriormente.

No tocante à faculdade da Administração realizar diligências, tal como prevista no art. 43, §3º da Lei de Licitações não pode ser utilizada como um salvo-conduto para o descumprimento das regras do edital, uma vez que tal procedimento não permite a apresentação de documento ou informação que deveria constar originalmente do envelope da licitante, servindo como atalho para afastar a preclusão que se operou:

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.

De igual modo, assim dispôs o edital:

15.1. É facultado à Pregoeira, 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.

Nesta seara, transcrevemos a jurisprudência do TCU sobre o tema:

2. 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 8.666/93, por representar formalismo exagerado, com prejuízo à competitividade do certame. (Jurisprudência de Informativo de Licitações e Contratos nº 252, Sessões 21 e 22 de julho de 2015).

Logo, não existe a possibilidade em um processo licitatório de inclusão de documento ou informação que deveria constar originalmente na proposta, ressalvada a hipótese admitida de realização de diligência somente quando a documentação apresentada contiver de maneira implícita o elemento supostamente faltante, o que não se verifica no presente caso!

Quanto à alegação, exarada na decisão de 15/02/2018 de que “não podemos nos furtar de primeiro constatar que a empresa recorrente em nenhum momento traz em suas razões recursais qualquer indício de prova de que a empresa recorrida esteja em

processo de falência e concordata, apenas se limita a trazer a letra fria da legislação no seu recurso", a Recorrente não pode deixar de manifestar sua diametral discordância.

Data maxima venia, caso entendimento caso se mantenha, terá o condão de criar um precedente perigosíssimo para o Conselho, pois facultaria as licitantes apresentarem suas certidões vencidas, foras de prazo, como bem entendessem para a Administração passar a realizar o serviço que era delas, realizado diligências não permitidas na legislação e concedendo dilação de prazos não previstos na lei.

Ora, a licitação é processo formal, e em relação às certidões, há regra expressa no edital que devem ser apresentados dentro do prazo de validade ou no prazo especificado pelo edital. A regra é essa, que comporta exceções, apenas para os documentos de regularidade fiscal e trabalhista, para as micro e pequenas empresas.

Essa foi a intenção do legislador ao editar e limitar tais prerrogativas exclusivamente aos documentos de regularidade fiscal e trabalhista, prerrogativas essas que não existiam antes da LC 123/2006.

Reiteramos aqui o PROF. JORGE ULISSES JACOBY FERNANDES¹ que salientou que o benefício se limita ao saneamento da regularidade fiscal e não à complementação da documentação básica, sob pena de desordem processual: "ficando os beneficiários da Lei Complementar nº 123/2006 com o direito de apresentar parte dos documentos no momento em que bem entendessem. Licitação, como já lembrado, é procedimento formal".

Deste modo, se trata de exigir a aplicação correta da lei, que traz segurança jurídica e demonstra a lisura do procedimento.

Por óbvio, o termo "*letra fria da lei*" faz transparecer que o posicionamento da Recorrente seria decorrente de uma interpretação que ignorasse os princípios da instrumentalidade das formas e o da razoabilidade.

Todavia, não é o caso. Tais princípios, ainda que tratem de conceitos jurídicos indeterminados, já foram objeto de ampla discussão pela doutrina e pela jurisprudência, que já fixaram posicionamentos e precedentes unânimes em casos análogos, que fixaram que a mitigação do formalismo só pode ser aplicada quando não resultar em lesão a interesses da Administração e dos demais licitantes, como por exemplo, ausência de rubricas na documentação, desconformidade com o modelo editalício da proposta, ou quando o edital estabelece determinada exigência que pode ser suprida com um outro documento.

¹ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. O Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, a Lei de Licitações e Contratos e a Lei do Pregão. **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**, Belo Horizonte, ano 6, n. 65, maio.2007, p. 15.

A apresentação de documento fora do prazo de validade acarreta preclusão, passível de saneamento apenas nas hipóteses previstas pelo art. 43 da LC 123/2006, não se tratando de hipótese de aplicação dos princípios da razoabilidade e instrumentalidade.

Por oportuno, o julgado trazido pela decisão exarada em 15/01/18 ajuda a desnudar a questão, tendo em vista, que ao contrário do que possa parecer a uma primeira vista, ele não cuida de situação análoga ao presente caso!

Conforme se verifica no julgado, trata-se de decisão em agravo de instrumento em mandado de segurança interposto em face da decisão que habilitou empresa NILSON THOMAZ SILVA SANCHONETE JUNIOR em um pregão promovido pela FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DO PAMPA -UNIPAMPA.

In casu, observa-se claramente pela transcrição da decisão administrativa constante do julgado, que houve um equívoco na análise da documentação da referida empresa, que não teria verificado o envio de uma **certidão judicial cível negativa**, mais abrangente que a certidão de falência, e que também versava sobre a inexistência de ações dessa natureza contra a empresa:

“Ora, a Recorrida apresentou uma certidão que engloba, além da exigida, até outras espécies de ações. Sendo assim, não há o que falar de descumprimento da regra editalícia”.

Destarte, não cuidou o caso da concessão de prazo para uma empresa apresentar uma certidão de falência vencida, mas sim da comissão não ter observado que havia sido apresentada uma certidão mais abrangente, que atendia a finalidade pretendida pela Administração.

Obviamente, houve equívoco por parte da Administração em ter concedido prazo para apresentar tal certidão, uma vez não se tratar de regularidade fiscal ou trabalhista, mas a análise de tal equívoco ficou prejudicada por conta de que a empresa tinha, de fato, apresentado uma certidão que atendia à finalidade do edital.

O PROF. JORGE ULISSES JACOBY FERNANDES² salienta que o benefício se limita ao saneamento da regularidade fiscal e não à complementação da documentação básica, sob pena de desordem processual: “ficando os beneficiários da Lei Complementar nº 123/2006 com o direito de apresentar parte dos documentos no momento em que bem entendessem. Licitação, como já lembrado, é procedimento formal”.

² FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. O Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, a Lei de Licitações e Contratos e a Lei do Pregão. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 6, n. 65, maio.2007, p. 15.

Feitas essas considerações, a Recorrente não duvida da lisura e comprometimento por parte da Pregoeira, sua equipe de apoio e demais integrantes deste Respeitável Conselho Profissional com a correta condução dos procedimentos licitatórios promovidos pelo órgão, inclusive no âmbito do presente pregão.

Neste diapasão, reputa-se que os atos praticados no curso da sessão pública que analisou a documentação da empresa Recorrida foram decorrentes de equívocos quanto à correta interpretação da legislação.

Não obstante, mesmo que provenientes de equívocos, são atos que necessitam ser pontuados e revistos nesta última e derradeira oportunidade administrativa, uma vez que são manifestamente ilegais, favoreceram indevidamente uma licitante em detrimento da Recorrente, afrontando diversos princípios dos procedimentos licitatórios, citando, em especial, da legalidade, isonomia, moralidade, vinculação ao instrumento convocatório e julgamento objetivo, que tem o condão de macular o procedimento e passível de revisão pelos órgãos de controle externo e pelo Judiciário, o que não se espera que seja necessário.

1.2.1 Da violação ao Princípio da Impessoalidade e da Isonomia

Por fim, é importante frisar que Administração pública não pode estabelecer tratamentos que dão margens à interpretação de favoritismo ou perseguição.

Para atingir esse tratamento de forma objetiva, tratando todos da mesma forma, basta seguir os parâmetros estabelecidos na legislação aplicável. Esse princípio está previsto no caput do art. 37 e no seu inc. XXI da CF/88, que exige que a atividade da Administração Pública seja impessoal e que o processo licitatório observe o princípio da igualdade.

Nos processos licitatórios, onde há uma evidente e desejada disputa entre as empresas licitantes, os servidores públicos devem ficar ainda mais atentos à observância da isonomia entre os participantes, para que não ocorra a nulidade desses processos, caso fique comprovada a afronta ao princípio da impessoalidade.

O princípio da impessoalidade é corolário do princípio da isonomia, tratando-se de uma de suas manifestações. Foi concebido para alertar a Administração de que seus atos não devem ser tendenciosos, ou seja, não podem ter destinação específica para beneficiar ou prejudicar alguém.

Em suma, não obstante se considerar que a decisão ora recorrida fora proveniente de equívocos pontuais na condução do certame, como a não verificação de plano da certidão vencida, realização de diligências e concessão de prazos irregulares, a Administração beneficiou de forma indevida a referida licitante, em detrimento da Recorrente, ferindo assim os

Princípios da Isonomia e da Impessoalidade, razão pela qual tal decisão deve ser revista nesta oportunidade, é que o se espera.

II – DOS PEDIDOS

Por todo o exposto, requer respeitosamente de V.Sa:

- a) O conhecimento do presente recurso, pois tempestivo, aplicando a ele o efeito suspensivo nos termos do art. 109, § 2º da Lei de Licitações, para ao final provê-lo, de modo a:
- b) Reconsiderar e anular a decisão que concedeu prazo para a Recorrida apresentar nova certidão de falência e recuperação judicial, por ofensa ao teor e alcance do art. 43, §1º da lei complementar 123/2006, tendo por fulcro o princípio da autotutela dos atos administrativos, declarando a referida empresa inabilitada também por descumprimento do item 8.1.3, do edital.
- c) Na remota hipótese de não reconsideração da decisão ora recorrida, sejam os autos remetidos à autoridade hierárquica superior para julgamento do presente recurso, nos termos do art. 109, §4º da Lei de Licitações.

Nestes termos,
Pede e espera deferimento.

Porto Alegre, 17 de janeiro de 2018.



DNA TECNOLOGIA LTDA.
Adriano Santos - Representante Legal

73.254.070/0001-40
DNA TECNOLOGIA LTDA.
PRAÇA MENINO DEUS, 76
MENINO DEUS - CEP 90850-180
PORTO ALEGRE - RS