

Rejeição de Recurso, manutenção da decisão da comissão licitatória e remessa do processo à autoridade superior

1. DAS QUESTÕES PRELIMINARES

Cuida-se de RECURSO ADMINISTRATIVO dirigido em 11 de março pp, a *Comissão Permanente de Licitação*, devidamente nomeada pela Portaria n.º 2.021, de 02 de janeiro de 2020, por parte da empresa Khaleesi Distribuidora de Materiais de Ferro Fundido Eireli – CNPJ 28.128.373/0001-93, inabilitada na primeira fase do presente certame licitatório, destinado a aquisição de Tampões de Ferro Fundido Dúctil.

A recorrente atende aos pressupostos recursais subjetivos, quais sejam, legitimidade recursal e interesse de agir, uma vez que, configura-se como licitante. Ademais, também atende aos pressupostos recursais objetivos, assim entendidos como a existência de ato decisório, tempestividade, forma escrita, fundamentação e o pedido de nova decisão.

Referido recurso foi comunicado e disponibilizado as demais licitantes participantes do certame, conforme determina o Artigo 109, Inciso I, alínea “a”, §§ 3º e 6º da Lei 8.666/93.

Desta maneira, recebido e conhecido o Recurso Administrativo, passa-se à análise do mérito com seus fundamentos.

2. DO RECURSO INTERPOSTO

Insurge-se a recorrente Khaleesi Distribuidora de Materiais de Ferro Fundido Eireli contra a decisão da comissão de licitações que a considerou inabilitada no presente certame sob a alegação de que a mesma apresentou a Certidão de Falência e Concordata de outra empresa, por isso, teria desatendido o disposto na primeira parte do item nº 3.3.1 do edital.

Sinteticamente, alega que a Comissão de Licitação ao considerar a recorrente inabilitada sob o argumento acima enunciado, incorreu na prática de ato manifestamente ilegal, e que em atenção à exigência de apresentação de qualificação econômico financeira descrita no subitem 3.3.1 – Certidão de Falência e Concordata da empresa Khaleesi Distribuidora de Materiais de Ferro Fundido Eireli – EPP, teria solicitado ao sítio do www.tjsp.jus.br a certidão de falência e concordata na qual a emissão da certidão é direcionada ao e-mail da empresa e que essa não chegou em tempo hábil para impressão e devida inserção na pasta de habilitação, razão pela qual a recorrente apresentou a certidão de falência e concordata expedida pela AFER Industrial Ltda sendo esta fornecedor principal que atende na íntegra o objeto licitado.

3. DO MÉRITO

Acerca dos procedimentos e regularidade da conduta adotada no caso concreto, a Comissão de Licitações, tem a esclarecer:

A Comissão de Licitação, para conduzir a abertura do certame licitatório, observou as disposições contidas no *Edital - Carta Convite 02/2020*, visando a aquisição dos bens acima descritos, sendo de interesse específico os elementos de ordem habilitatória estabelecidos e elencados no item 3 – DA HABILITAÇÃO: (Envelope N.º 01) em especial o item 3.3.1 – “Certidão negativa de falências, concordatas e recuperações, expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física, dentro do prazo de emissão não superior a 180 dias. Na seção pública de abertura dos envelopes – 01 habilitação - fazia-se presente o Senhor Silvio Soares de Jesus, representando a empresa a Khaleesi Distribuidora de Materiais de Ferro Fundido Eireli, a qual na oportunidade, não se credenciou como Microempresa ou Empresa de Pequeno Porte, não apresentando os elementos para tal finalidade descritos nos itens 2.2.1 e 3.2.2. do edital, respectivamente.

Acerca da exigência editalícia para fins habilitatórios, entende a Comissão que tais elementos guardam perfeita harmonia com o elenco dos requisitos de habilitação delineado em termos gerais nos artigos 27 a 32 da Lei de Licitações, quais sejam:

“Art. 27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:
I - habilitação jurídica;
II - qualificação técnica;
III - qualificação econômico-financeira;
IV – regularidade fiscal e trabalhista;
V – cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.”

Mais especificamente o Artigo 31, trata da possibilidade legal da exigência da certidão de falência ou concordata, senão vejamos:

“Art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a:
(...)
II - certidão negativa de falência ou concordata expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física;”

Feitos tais esclarecimentos, observa-se que o documento objeto da inabilitação da empresa, consiste em elemento trivial, comumente exigido dos certames licitatórios e de fácil obtenção por parte dos licitantes. Todavia, na oportunidade, a Comissão constatou que a empresa Khaleesi Distribuidora de Materiais de Ferro Fundido Eireli, apresentou a respectiva Certidão em

CARTA CONVITE N.º: 02/2020 - PROCESSO: 126/2020
OBJETO: Tampões de Ferro Fundido Dúctil
ENTREGA DOS ENVELOPES - ENCERRAMENTO: 11/03/2020, às 10h.
ABERTURA DOS ENVELOPES: 11/03/2020, às 10h.
LOCAL: Pça. Dr. José Sacramento e Silva, n.º 50, Centro - Porto Feliz /SP



Fls. 3/6

nome de terceiro – AFER Industrial Ltda – totalmente alheio ao certame, deixando assim, de comprovar sua condição de regularidade econômico-financeira.

Diante do exposto, resolveu a Comissão inabilitar a mesma, em virtude do não atendimento ao item 3.3.1 do Edital e em observância ao item 3.2.8 que preceitua **“Se algum documento apresentar falha não sanável acarretará a inabilitação do licitante”**, oferecendo à empresa inabilitada, prazo para recurso, em cumprimento a legislação vigente. (art. 109, I, “a”, § 6º da Lei 8666/03)

Ainda no que concerne aos critérios editalícios para habilitação, há que se considerar nesse aspecto que a administração deve observar alguns princípios de ordem legal na condução dos procedimentos licitatórios, uma vez que esses são reflexos dos princípios do Direito Administrativo, essencialmente normatizado em sua estrutura. Ao selecionar particulares para prestação de serviços e/ou fornecimento de produtos, o Poder Público não pode se escusar, em nenhum momento, de observá-los em sua totalidade, seja por questão de moralidade, seja por questão de legalidade.

A Constituição Federal consagrou alguns princípios delineadores da Administração Pública, quando em seu art. 37, caput, prescreve:

“Art. 37 - A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...)”

Ademais, o art. 3º da Lei 8.666/93, traz uma série de princípios a serem sempre atendidos pela Administração na consecução de seus fins. Esse dispositivo, muitas vezes relegado a segundo plano na prática, é, consoante e esmagadora doutrina, e de maior importância em todo o Estatuto, vejamos:

*“Art. 3º - A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita formalidade 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 lhe são correlatos.”*

A vinculação ao instrumento convocatório, disposto no art. 41, caput, da Lei nº 8.666/93, estabelece:

“A administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.”

Ao inabilitar a empresa Khaleesi Distribuidora de Materiais de Ferro Fundido Eireli, agiu a Comissão em cumprimento ao **Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório**, o edital, nesse caso, torna-se lei entre as partes. Este mesmo princípio dá origem a outro que lhe é afeto, o da inalterabilidade do instrumento convocatório. De fato, a regra que se impõe é que, após publicado o edital, não deve mais a Administração promover-lhe alterações, salvo se assim o exigir o interesse público. Trata-se de garantia à moralidade e impessoalidade administrativa, bem como ao primado da segurança jurídica.

Um outro aspecto bastante importante que advém da análise do Recurso Administrativo apresentado pela empresa inabilitada, consiste na argumentação que não foi possível obter a Certidão de Falência e Concordata junto ao site do governo do Estado. Todavia, apresenta em anexo a esse documento em sua última página, a Certidão de nº 8139866 – Certidão Estadual de Distribuições Cíveis acerca de Pedidos de Falência, Concordatas, Recuperações Judiciais e Extrajudiciais em nome de Khalessi Distribuidora de Materiais de Ferro Fundido Eireli - CNPJ 28.124.373/0001-93, expedida em 19 de novembro de 2019.

Em regra tal documento é omissivo quanto ao prazo de validade. Ora, se a certidão em comento foi expedida em 19 de novembro de 2019, e o item 3.3.1 do edital, estabelece o prazo de validade de 180 dias (no âmbito federal há entendimento nesse sentido conforme preconiza o Decreto 84.702/80), essa ainda se encontra vigente, não havendo, por conseguinte a necessidade de emissão de novo documento, conforme alegado pela empresa.

Tal conduta nos faz suscitar entendimento doutrinário acerca da impossibilidade de apresentar documentos não entregues no envelope de habilitação na sessão pública, o que consistiria na prática, em juntada de novos documentos ao procedimento licitatório, vinculado a realização de diligência. A posição supramencionada é consolidada pelo Tribunal de Contas da União, conforme abaixo transcreve. Veja-se:

“Acórdão 1.462/2010 – Plenário

(...)

*f) oriente seus pregoeiros que é facultada à Comissão ou autoridade superior, em qualquer fase da licitação, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou complementar a instrução do processo, **vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originalmente da proposta**”.*

Apenas no sentido de corroborar, importante trazer o posicionamento do Poder Judiciário sobre o tema. O Superior Tribunal de Justiça, em recente decisão, já se manifestou:

*“ O STJ possui jurisprudência firme e consolidada de ser o edital a lei interna(...). Nos termos do art. 43, § 3º, da Lei 8.666/93, é facultado à comissão licitatória, em qualquer fase, promover diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução, **vedada a inclusão posterior de***

documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta, sob pena de ofensa ao princípio da vinculação ao edital.” (REsp 1717170 SP 2017/20285130-0, T2 – Segunda Turma, DJe 13/11/2018)

O posicionamento acima também é adotado por Tribunais Superiores, conforme a seguir demonstrado:

“(…) Nos termos do § 3º do art. 43 da Lei 8.666/93, ‘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 originalmente da proposta’. A mesma previsão consta do item 17.4 do Edital. Em consequência de disposição legal e de previsão editalícia, aludidas diligências não podem alcançar a possibilidade de reapresentação de documento, quando entregue em desacordo com o Edital ou levar à possibilidade de permitir a mudança de proposta efetuada por licitante, bem como deve ser obedecidos os princípios constitucionais e administrativos, assegurando a qualquer licitante ampla possibilidade de participação no processo de obtenção das informações e esclarecimentos” (AC 0043523-28.2013.4.01.3400, Sexta Turma, DJF1 de 18/04/2016)

4. DA CONCLUSÃO - DECISÃO

Assim, diferentemente do alegado, não há que se falar que a decisão da comissão pela inabilitação face a ausência de apresentação da certidão pode ser facilmente saneada. A Certidão Negativa de Falência e Concordata em nome da empresa inabilitada não estava presente na documentação apresentada, sendo que a obrigação de apresentação da mesma era da licitante interessada em participar do certame, conforme previamente conhecido pela Recorrente, visto tratar-se de requisito claramente definido no instrumento convocatório, em nenhum momento impugnado. Ainda na esteira de alegações da empresa inabilitada, todas as empresas convidadas a participar do certame receberam o convite com razoável antecedência e em igualdade de condições – 28 de fevereiro de 2020 – lapso de tempo superior ao legalmente instituído em lei, que é de 05 (cinco) dias úteis, propiciando assim tempo hábil para o atendimento das exigências editalícias, as quais, reiteramos, são triviais em termos de apresentação de documentação para fins habilitatórios.

Feitas as considerações pertinentes, não pode prosperar a ideia da não observação da igualdade de concorrência, posto que de acordo com o princípio da Igualdade Jurídica, observado os ensinamentos de GRANZIERA, Maria Luiza Machado, et al, Licitações e contratos administrativos, São Paulo: NDJ, 1998:

“A Administração não pode conceder prerrogativas ou privilégios arbitrariamente, sob pena de macular a imparcialidade. Vale observar, no entanto, que a igualdade não é um princípio absoluto frente à lei. Trata-se de uma igualdade de tratamento em razoável igualdade de circunstâncias, eliminando exceções ou privilégios.”

CARTA CONVITE N.º: 02/2020 - PROCESSO: 126/2020
OBJETO: Tampões de Ferro Fundido Dúctil
ENTREGA DOS ENVELOPES - ENCERRAMENTO: 11/03/2020, às 10h.
ABERTURA DOS ENVELOPES: 11/03/2020, às 10h.
LOCAL: Pça. Dr. José Sacramento e Silva, n.º 50, Centro - Porto Feliz /SP



Fls. 6/6

Assim, a Comissão Licitações não entendeu acertadas as razões do recurso interposto e por unanimidade de seus membros manteve sua decisão. Com efeito, outro caminho não havia, pois as omissões apontadas prejudicam a habilitação da empresa licitante, além das razões já devidamente consubstanciadas no termo de julgamento do envelope nº 01 - Habilitação. Mantida a decisão, o processo deve subir à instância superior para decisão, consoante estabelece o § 4º do art. 109 do Estatuto Federal das Licitações e Contratos Administrativos.

Esta é NOSSA POSIÇÃO, que entendemos correta e conforme a legislação pertinente.

Porto Feliz, SP, 12 de março de 2020.

Comissão Permanente de Licitação:

Luis Fernando Segatto
Membro Comissão

Camila Righeto Fustaini
Membro Comissão

Edson Stetner
Presidente da Comissão