

PARECER/PMSM Nº: 0519/2020
PROCESSO Nº: 004912/2020
INTERESSADO: SETOR DE LICITAÇÃO – CPL

PARECER JURÍDICO

RECURSO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. MENOR PREÇO GLOBAL. REGISTRO DE PREÇOS. LOCAÇÃO DE AMBULÂNCIAS. CONTRATO SOCIAL. CERTIDÃO EMITIDA NA JUNTA COMERCIAL. COMPLEMENTAÇÃO. LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.

1) RELATÓRIO

Vieram os autos a esta Procuradoria Geral a fim de emitir parecer jurídico acerca do **RECURSO ADMINISTRATIVO (Registro de Preço para locação de ambulâncias básicas sem motorista)** constante dos autos, requerendo a parte recorrente EQUILÍBRIO SERVIÇOS MÉDICOS ESPECIALIZADOS EIRELI, em síntese, INABILITAÇÃO DA EMPRESA VENCEDORA ATIVA SERVIÇO EM SAÚDE LTDA.

Nas razões do recurso apresentado, aduz a empresa EQUILÍBRIO SERVIÇOS MÉDICOS ESPECIALIZADOS EIRELI que a empresa vencedora apresentou ato constitutivo registrado na Junta Comercial sob o NIRE 32600110652 em 20/04/2017, e que esta atitude é manifestadamente ilegal.

Nas contrarrazões apresentada, a empresa ATIVA SERVIÇO EM SAÚDE LTDA alega que se mostra acertada, tendo em vista que a licitação traduz a busca incessante da Administração Pública pela melhor proposta, devendo ser utilizados todos os mecanismos legais e possíveis ao alcance do administrador público,

conforme disposição legal do artigo 43, §3º da Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

Ato contínuo, a Pregoeira/Presidente da CPL, Srª Renata Zanete, solicitou parecer jurídico quanto ao provimento ou não do recurso administrativo apresentado.

Considera-se oportuno consignar que a presente manifestação desta Procuradoria Municipal tem por referência os elementos constantes dos autos do processo administrativo epigrafado, no qual compete a este órgão prestar consultoria sob o prisma estritamente jurídico, não adentrando na análise da conveniência e da oportunidade da prática de atos administrativos, nem em aspectos de natureza eminentemente técnico-administrativa.

É o relatório. Passo a opinar.

2) FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

Primordial estabelecer que o processo de licitação pode ser considerado como os "bons hábitos da Administração Pública", sendo ressalvadas e sem prejuízo de sua boa-fé, as exceções legais que dispensam tal procedimento.

Superado este ponto, insta estabelecer que a Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 8.666/93) demonstra o quanto um processo licitatório se torna importante para garantia não só do princípio primordial da isometria, mas outros princípios do Direito Administrativo que são apresentados com o mesmo grau de relevância, neste caso. Vejamos:

"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." (grifo nosso)

Salienta-se que o princípio da isonomia, previsto constitucionalmente no art. 5º da CF/88, é um símbolo da democracia, indicando tratamento justo a todos, e neste caso em específico, o processo licitatório garante que todos, dentro das instruções legais, tenham oportunidade à concorrência pública de um serviço/bem público/necessidade da Administração Pública.

Note que os "bons hábitos da Administração Pública" – conforme já mencionado como definição de processo licitatório – e o princípio da Isonomia, formam uma espécie de correlação, havendo como DEVER a existência de um em função do outro: **Processo Licitatório > Garantia do Princípio da Isonomia > correlação com os Princípios do Direito Administrativo no Processo Licitatório.**

No que concerne o princípio da vinculação ao instrumento convocatório (arts. 3º e 41 da Lei nº 8.666/93), a regra primordial é que os licitantes apresentem documentações capazes de refletir o atendimento das condições que são estabelecidas pela Administração Pública no edital.

No entanto, tendo como finalidade privilegiar a competição mediante a manutenção na disputa de licitantes que tenham entregue documentação omissa/incompleta, a Lei de Licitações legitima a realização de algumas diligências possíveis.

Sendo assim, estabelece o art. 43, §3º da Lei nº 8.666/93 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos):

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.

Considerando o exposto no dispositivo, é cabível à Administração Pública abrir a possibilidade de solicitar maiores informações a respeito do documento apresentado, quando ele, por si só, não for suficiente para comprovar o atendimento das condições que foram estabelecidas no edital.

Inclusive, não existem empecilhos para que nesta etapa de diligência, sejam juntados outros documentos que esclareçam ou complementem as informações constantes daqueles apresentados originariamente pelo licitante.

Atenção apenas para o fato de que se o entendimento for no sentido de que a mera inclusão de documentos novos já gera hipótese estendida no artigo supramencionado, haverá um "esvaziamento da regra".

Isso se dá pelo fato de que a ideia de esclarecimento e complementação envolve também a comprovação das informações adicionais mediante aposição de novos documentos.

Sendo assim, ao ser afastada a possibilidade de reunir novos documentos para fins de demonstrar a regularidade e a finalidade do documento originalmente apresentado, restringe-se injustificadamente as atividades inerentes às próprias diligências.

No entanto, é valioso ponderar que os documentos e informações posteriormente juntados não compreendam dados inéditos no certame. É preciso que haja uma restrição ao esclarecimento ou complementação às informações apresentadas tempestivamente pelo licitante.

Saliento trazendo à baila o fato de que dessa prerrogativa transcorrem-se a finalidade da busca da proposta mais vantajosa pela Administração, bem como a aplicação do formalismo moderado nos certames licitatórios ponderado com o princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

A promoção do artigo 43, §3º da Lei nº 8.666/93 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos) é diversas vezes incentivada pela jurisprudência do Tribunal de Contas da União (TCU), a exemplo do Acórdão 2159/2016 do Plenário que indicou caber ao pregoeiro o encaminhamento de *"diligência às licitantes a fim de suprir lacuna quanto às informações constantes das propostas, medida simples que privilegia a obtenção da proposta mais vantajosa e evita a desclassificação indevida de propostas"*.

Em algumas oportunidades, o TCU chegou a ratificar obrigatoriedade de serem realizadas diligências antes do estabelecimento do juízo pela desclassificação ou inabilitação do licitante:

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. (Acórdão 1795/2015 – Plenário)

Ao constatar incertezas sobre o cumprimento de disposições legais ou editalícias, especialmente dúvidas que envolvam critérios e atestados que objetivam comprovar a habilitação das empresas em disputa, **o responsável pela condução do certame deve promover diligências para aclarar os fatos e confirmar o conteúdo dos documentos que servirão de base para a tomada de decisão da Administração** (art. 43, § 3º, da Lei 8.666/1993). (Acórdão 3418/2014 – Plenário)

Ou seja, é importante notar que o poder de diligência somente se legitima quando fundamentada no alcance do interesse público, pela busca da proposta mais vantajosa ou ampla competitividade, conforme deliberativamente exposto acima.

Não é possível que sejam incluídos documentos ou informações que deveriam constar originariamente da proposta, ressalvada a hipótese admitida pela jurisprudência de realização de diligência quando a documentação apresentada contiver de maneira implícita o elemento supostamente faltante.

Noutro tocante, e ainda em atendimento ao que preleciona o Tribunal de Contas da União, o entendimento que se extrai da Cartilha de Licitações e Contratos elaborada pelo Tribunal de Contas da União¹ é o seguinte:

"Ato constitutivo ou contrato social das demais sociedades devem estar acompanhados de todas as alterações efetuadas ou da consolidação respectiva. Para ser considerado em vigor, devem observar as exigências previstas em lei, dentre as quais estar registrados na junta comercial."

No mesmo sentido, ainda se manifestou o Tribunal de Contas da União:

"[Relatório de Auditoria de Conformidade. Licitação. Habilitação jurídica. Exigência de certidão simplificada expedida pela Junta Comercial do Estado sede do licitante. Exigência inadequada, não prevista na lei de licitações. Responsáveis que não apresentaram as razões de justificativa. Inviabilizado o exame da eventual exclusão de suas responsabilidades por tais ocorrências. Aplicação de multa. Determinações.]

[RELATÓRIO] (...)

2. A equipe de auditoria identificou (...) inúmeras irregularidades, abaixo transcritas, decorrentes da gestão pela PM de Jandaíra no convênio (...) - construção de uma creche escola; no contrato de repasse [...] - pavimentação de ruas do assentamento Santa Inez e no contrato de repasse [...] - construção de praça de eventos na sede do município, as quais foram motivo de audiência dos responsáveis, conforme relacionado no item 3 desta instrução:

(...)

2.1.2.1 Exigência inadequada, relativa à habilitação jurídica, não prevista no art. 28 da Lei 8666/93 - Alínea g do subitem 4.11 do edital:

g) [apresentar] certidão simplificada expedida pela Junta Comercial do Estado sede do licitante, expedida nos últimos 30 (trinta) dias que antecedem a data aprazada para o recebimento dos envelopes.'

(...) [VOTO]

2. As irregularidades apontadas no Relatório de Auditoria da Secex/RN foram assim resumidas: [...]

II - inabilitação de empresas participantes da Tomada de Preços 4/2008, em face de exigências inadequadas e ilegais, resultando na restrição à competitividade do certame, especificamente quanto: a) exigência

¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Licitações e contratos: orientações e jurisprudência do TCU. 4. ed. Brasília: Secretaria Geral da Presidência; Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010. p. 346.

inadequada de certidão simplificada expedida pela Junta Comercial do Estado sede do licitante;

(...)

3. Embora tenham sido regulamente ouvidos em audiência, os mencionados responsáveis não apresentaram suas razões de justificativa, caracterizando, assim, a revelia de que trata o art. 12, § 3º, da Lei 8.443/1992. Com isso, a Secex/RN deu prosseguimento ao exame do processo, na forma da instrução antes transcrita, conforme autorizado pelo referido dispositivo legal. 4. Considerando, pois, a gravidade dos fatos apontados pela Equipe de Auditoria e a falta de manifestação dos responsáveis, inviabilizando com isso o exame da eventual exclusão de suas responsabilidades por tais ocorrências, não há outro desfecho a ser dado ao presente caso se não a aplicação da multa proposta pela Secex/RN.

[ACÓRDÃO]

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão da 2ª Câmara, diante das razões expostas pelo Relator, em:

9.1. aplicar aos responsáveis [omissis1], [omissis4], [omissis2] e [omissis3] a multa prevista no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992, em valores individuais de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), [...];

9.2. autorizar, desde logo (...) a cobrança judicial das dívidas, caso não atendidas as notificações;

9.3. encaminhar cópia desta deliberação, acompanhada do Relatório e do Voto que a fundamentam aos responsáveis, à Prefeitura Municipal de Jandaíra/RN e ao Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação - FNDE."[3]

Igualmente é a posição defendida pela jurisprudência pátria, conforme se observa abaixo:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO - MANDADO DE SEGURANÇA - LIMINAR CONCEDIDA PARA DECLARAR HABILITADA A IMPETRANTE A PARTICIPAR NA CONCORRÊNCIA - CONCORRÊNCIA PÚBLICA - EDITAL - REQUISITOS - DESCUMPRIMENTO - INABILITAÇÃO - RECURSO PROVIDO. Os requisitos estabelecidos no edital de licitação, 'lei interna da concorrência', devem ser cumpridos fielmente, sob pena de inabilitação do concorrente.

(...) VOTO

EXMO. SR. DES. A. BITAR FILHO (RELATOR)

Egrégia Câmara: Agravo de instrumento contra decisão monocrática que concedeu liminar em mandado de segurança ordenando a comissão de licitação da Secretaria de Estado de Transportes do Estado a declarar habilitada a empresa SEMEC - Serviços de Motomecanização e

Construções Ltda. a participar na Concorrência nº 001/2003, correspondente aos lotes 18, 19, 20 e 24. (...)

Exige-se no envelope nº 01 - habilitação jurídica - item 11.1 do ato editalício letra 'c' ato constitutivo, estatuto ou contrato social em vigor, devidamente registrado, em se tratando de sociedades comerciais e, no caso de sociedades por ações, que seja acompanhado de documentos de eleição de seus administradores.

Depreende-se dos autos que o contrato social não foi apresentado e sim uma cópia de certidão simplificada fornecida pela JUCEMAT, datada de 20 de maio de 1998, claramente não atualizada e não sendo o documento exigido pelo edital.

O fato é que a AGDA. não cumpriu item fundamental do edital licitatório, qual seja, o contrato social em vigor, ferindo princípio básico da licitação pública: o da vinculação ao edital. Segundo Hely Lopes Meirelles, 'o edital é a Lei interna da licitação, e, como tal, vincula aos seus termos tanto os licitantes como a Administração que o expediu' (in "Direito Administrativo Brasileiro", 22ª Edição, Editora Malheiros, pág. 249).

Assim, assiste razão ao AGTE., motivo por que tem-se como não atendido integralmente pela AGDA. o requisito previsto no item 11.1 do edital.

Sendo a licitação um procedimento administrativo, desenvolve-se mediante uma cadeia lógica de atos, que devem ser observados não só pela Administração, como também pelos próprios licitantes, a fim de se resguardar a plena observância dos princípios que regem toda e qualquer atividade estatal.

A exigência encontra fundamento no artigo 28, III, da Lei 8.666/93, (...).

Ademais, tratando-se de concorrência pública, não se pode admitir tratamento diferenciado entre os licitantes, até porque todos são iguais perante a lei; caso contrário, estaria ferindo os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade claramente capitulado no art. 37, XXI da Carta magna e o art. 3º, da Lei nº 8.666/93.

Assim, ressaltando evidente que a inobservância do texto abrigado no referido item 11.1 do edital justifica plenamente a declarada inabilitação da AGDA., (...)."

No entendimento acima exposto, a vinculação ao instrumento convocatório e via editalícia são primordiais, não dando aspas e opções para um entendimento com amplitude, no entanto, conforme também já foi demonstrado, o Tribunal de Contas da União também resguarda a possibilidade de complementação dos documentos necessários, desde que dentro dos requisitos e moldes instruídos.

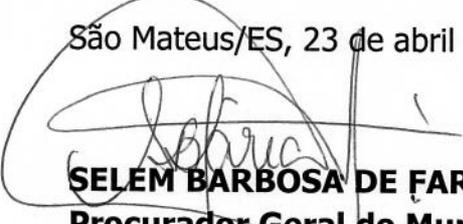
Da lógica extraída, e considerando o que delinea o artigo 43, §3º da Lei nº 8.666/93 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos)², a decisão deve ser tomada pela autoridade competente ou Comissão, servindo esta Procuradoria Geral Municipal de parte opinativa capaz de deliberar e apresentar as possibilidades legais que estão dentro da normativa jurídica.

3 – CONCLUSÃO

Isto posto, com fulcro na fundamentação acima, e considerando os Princípios inerentes aos atos licitatórios e à Administração Pública, esta Procuradoria **OPINA E SUGERE QUE FIQUE A CARÁTER E RESPONSABILIDADE DA AUTORIDADE COMPETENTE OU COMISSÃO DE LICITAÇÃO A DECISÃO ACERCA DA ADMISSIBILIDADE E PROVIMENTO OU NÃO DO RECURSO APRESENTADO**, tendo em vista que conforme todas as teses expostas, é necessário delinear técnico acerca do melhor interesse para o Município de São Mateus, o que não pode ser feito por essa Procuradoria Geral Municipal, já que tratamos das possibilidades jurídicas que o ordenamento jurídico prevê e prescreve.

Salvo melhor juízo, é o nosso parecer.

São Mateus/ES, 23 de abril de 2020.


SELEM BARBOSA DE FÁRIA
Procurador Geral do Município
Decreto nº 10.801/2019

² § 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.