Pregão Eletrônico

- **Visualização de Recursos, Contrarrazões e Decisões**

CONTRARRAZÃO :

AO ILMO. SR. PREGOEIRO DA COMPANHIA DO METROPOLITANO DO DISTRITO FEDERAL

Processo administrativo: nº 00097-00020789/2020-54
Pregão Eletrônico n°. 31/2021-METRO/DF

ATLÂNTICO ENGENHARIA LTDA, pessoa jurídica de direito privado, com sede em Brasília, Distrito Federal, no SCS, Quadra II, Bloco C, Número 41 – Salas 115,116 e 118 – Ed. Anhanguera, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 14.355.750/0001-90, representada legalmente por JOÃO BOSCO BARBOSA DE FARIA, brasileiro, casado, inscrito no CPF n°202.410.896-20, por intermédio de suas advogadas abaixo subscritas, apresentar:

CONTRARRAZÕES AO RECURSO ADMINISTRATIVO

Apresentado pelo Consórcio NORMATEL/SMF, representado pela empresa líder, NORMATEL ENGENHARIA LTDA, que deverá ser indeferido por questão de lídima justiça e direito.

Requer que a r. autoridade analise pontualmente as contrarrazões da ora Recorrida e, em respeito aos Princípios do Contraditório, da Ampla Defesa, da estrita legalidade, da razoabilidade, do formalismo moderado e da isonomia, dê TOTAL IMPROVIMENTO AO RECURSO AVENTADO.

I. DA TEMPESTIVIDADE

Consoante edital, bem como ata, o prazo para apresentação de contrarrazões será até dia 30 de março de 2022, logo, tempestivas as presentes contrarrazões.

II. DAS CONTRARRAZÕES AO RECURSO

II.1. DOS FATOS

A Licitação em apreço trata-se de pregão eletrônico cujo objeto é a escolha da proposta mais vantajosa para a contratação de serviços contínuos de manutenção dos sistemas de manutenção elétrica (energia) e ventilação (corretiva, preventiva e preditiva) da Companhia Metropolitano do Distrito Federal _ Metro-DF de acordo com os critérios estabelecidos no termo de referência e seus anexos.

A parte Recorrida foi classificada por ter ofertado o melhor lance das empresas devidamente habilitadas técnica e economicamente, nos moldes do artigo 27 e seguintes da lei n° 8666/93, bem como artigo 40 da Lei n° 10.024-2019, sagrando-se vencedora.

Inconformada, a recorrente interpôs recurso administrativo, data máxima vênia, totalmente improcedente, alegando, em síntese, que a empresa recorrida não apresentou devidamente a documentação para fins de qualificação financeira, vejamos:

Aduziu a Recorrente "a empresa veio a ser declarada habilitada da presente licitação, mesmo considerando que o Balanço Patrimonial apresentado não está observando os ditames do edital, posto que não está registrado "na forma da lei. No entanto, verificou-se que o Nobre Pregoeiro, data maxima venia, incorreu em grave equívoco".

Segundo a recorrente a Instrução Normativa que versa sobre a Escrituração Contábil Digital sofreu várias mutações de 2013 até os dias atuais (IN 1.774/2017; IN 1.856/2018; IN 1.894/2019 e IN 2003/2021), dentre as transformações sofridas e mantidas foi a obrigatoriedade de empresas optantes do regime de tributação do tipo lucro real e presumido de utilizarem o Sistema Público de Escrituração Digital – SPED para envio de suas ECD.

Logo, narrou a Recorrente que, ao analisar a documentação da recorrida, identificou que ela é optante do Regime de Tributação de Lucro Presumido, ou seja, estaria supostamente OBRIGADA a utilizar o SPED para envio de sua ECD, do seu Balanço, Livros Diário e Auxiliares, no entanto, identificou que a recorrida assim não fez.

Data máxima vênia, as alegações da Recorrente jamais poderão prosperar, máxime porque não se sustentam, o que não poderá ter guarida, conforme a seguir será alinhavado.

Diante das argumentações apresentadas pelo Consórcio, faz-se imperioso tecer algumas preliminares em relação à Atlântico.

II.2. DAS INFORMAÇÕES PRELIMINARES

Cumpre esclarecer que a Atlântico é empresa proba, séria e está estabelecida há anos no mercado de Engenharia e afins, atuando praticamente junto ao Governo Federal, Distrito Federal, e, inclusive, junto a esse Ilustre Órgão, sempre por intermédio de licitações públicas, aliando o preço justo a um serviço do mais alto gabarito, o que garantiu significativa presença no setor de engenharia no Brasil.

Ao longo dos anos, a empresa vem consolidando sua marca, com seriedade e competência, e de forma

padronizada, por meio da prestação de serviços com alto padrão de qualidade e alto índice de satisfação dos seus clientes, gerando, inclusive, a conquista de uma posição de referência perante as outras empresas do setor.

A empresa, ainda, contém programa de integridade (compliance), em total cumprimento à Lei n°12.846, de 1º de agosto de 2013, conhecida como Lei Anticorrupção Brasileira, a qual dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências; ao Decreto n° 8.420, de 18 de março de 2015, que regulamenta a Lei n° 12.846/13;à Lei n° 6.112, de 2 de fevereiro de 2018, a qual dispõe sobre a implementação de Programa de Integridade em pessoas jurídicas que firmem relação contratual de qualquer natureza com a administração pública do Distrito Federal em todas as esferas de poder e dá outras providências; e, especialmente, em consonância ao Decreto n° 40.388, de 14 de janeiro de 2020, o que demonstra a seriedade e lisura da empresa Atlântico.

A Recorrida é regulamentada com inúmeros normativos internos, especialmente, por uma política interna rígida anticorrupção e pelo código de conduta, dentre outros.

Posta as preliminares alhures, pugna-se, a priori, pelos dizeres do Ilustre Doutrinador José Afonso da Silva:

"Ser Administrador é aplicar a Lei de oficio. Aplica bem a lei aquele que age com razoabilidade. "SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional. 22ed. São Paulo: Malheiros Meditores; 2012. P 419.

"A Administração, ao atuar no exercício de discrição, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitosas das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida" (CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, "Curso de Direito Administrativo", Ed. Malheiros, 4ª ed., p. 54).

Isso posto, será demonstrado nas presentes contrarrazões que razão não assiste ao Recorrente, vez que o processo licitatório em foco foi conduzido dentro da mais perfeita legalidade e em consonância com os princípios administrativos, bem como que a empresa cumpriu integralmente o edital demonstrando sua capacidade financeira, nos moldes da legislação e edital.

III. DO MÉRITO

O recurso administrativo intentado pela Recorrente emerge em face do mérito da decisão da Douta Comissão de Licitação, a qual, dentro dos estritos termos da legalidade, declarou vencedora a Recorrida por apresentar a melhor proposta, bem como ser habilitada técnica, jurídica e financeiramente, nos estritos termos da lei e edital.

Ocorre que, imbuída de uma série de equívocos, a Recorrente trouxe ao conhecimento do órgão licitante alegações não condizentes com o bom direito, máxime no tocante a habilitação financeira da empresa nos moldes transcritos alhures.

Em que pese as alegações da ora Recorrente, de fato, pelo arcabouço documental apresentado, a Recorrida foi totalmente cumpridora dos comandos editalícios, e sua proposta, sem a menor sombra de dúvidas, foi a mais vantajosa, alcançando o processo licitatório a sua finalidade legal.

As razões recursais ora contrarrazoadas foram apresentadas se atendo a discorrer, de forma hipotética, em um suposto equivoco de análise da Comissão.

Inicialmente, se faz necessário salientar que a empresa ATLÂNTICO foi classificada, ofertando R$ 15.600.000,00 (quinze milhões e seiscentos reais), e a proposta da ora Recorrente foi no importe de R$ 20.900.000,000 (vinte milhões e novecentos mil reais, ou seja, mais de 5.300.000,00 (cinco milhões e trezentos mil reais) a mais que a Recorrida.

É de total razoabilidade, na busca da melhor contratação, que a Administração paute suas decisões com a finalidade especial de não suportar um prejuízo ao erário.

Além do mais, conforme cristalino no feito administrativo, a empresa Recorrida possui total condição econômica para garantir a execução dos serviços com a segurança necessária para a administração.

A Administração Pública, obviamente, ao habilitar e classificar a Recorrida, convencionou antecipadamente todas as regras, condições e requisitos necessários a uma boa prestação de serviços em todos os seus aspectos, estando tais mandamentos completamente vinculados no instrumento convocatório, a respeito do qual a empresa Recorrida cumpriu em sua íntegra.

Assim sendo visto que todos os aspectos analisados por essa Administração se encontraram em um contexto de legalidade, devendo a sua decisão ser mantida e dado improvimento ao Recurso ora contrarrazoado.

De fato, é mais que cediço que a empresa é obrigada a utilizar o SPED para envio de sua ECD, do seu Balanço, Livros Diário e Auxiliares, logo, obviamente, a mesma pode muito bem demonstrar a cargo da Ilustre Comissão via TERMOS DE ABERTURA E ENTREGA DO SPED/ECD que cumpriu sua obrigatoriedade de envio dos documentos nos moldes da Instrução normativa da RFB, SENDO QUE O BALANÇO ANEXADO E REGISTRADO NA JUNTA COMERCIAL É "CÓPIA" FIEL DAS DEMONSTRAÇÕES ENVIADAS NA ECD, AS QUAIS FORAM ENTREGUES A RFB.

Ilustre Comissão, nenhuma razão possui a Recorrente em suas alegações eivadas de suposições e acusações com ausência de embasamento crível, visto que não há quiçá que se falar em livro físico com autenticação na Junta Comercial do Distrito Federal, mas sim em DEMONSTRAÇÕES FINANCEIRAS, OU SEJA: O BALANÇO, O LIVRO, FORAM ENTREGUES ATRAVÉS DO SPED/ECD À RFB, nos moldes da INSTRUÇÃO NORMATIVA RFB Nº 1.420, DE 19 DE DEZEMBRO DE 2013. Remanescendo qualquer dúvida em relação a questiúncula pela Comissão, se for o caso, a empresa poderá APRESENTAR A ECD NA ÍNTEGRA através de diligência, o que será requerido como pedido alternativo nas presentes contrarrazões, com espeque no princípio do formalismo moderado bem como na finalidade do certame, que sempre será a perseguição da proposta mais vantajosa ao erário, a qual,

incontroversamente, é a proposta da ora Recorrida.

Como já dito alhures, a ora Recorrida é uma empresa idônea, com reputação ilibada, não faz simulações e muito menos tenta enganar a Administração. A empresa possui uma imagem a zelar no mercado e, por não tolerar atos de corrupção e fraudes, está inclusa em programa de integridade, com total transparência de seus atos, dando, inclusive, liberdade a qualquer cidadão fazer denúncias no site da empresa (programa de compliance).

Para demonstrar a veracidade das informações e documentações apresentadas no presente certame, a Recorrida poderá, a qualquer tempo, ENTREGAR A ÍNTEGRA DO ARQUIVO ENVIADO A RECEITA FEDERAL DO BRASIL, o que, importantíssimo asseverar, jamais foi exigência no edital e Leis de Regência, conforme será demonstrado no decorrer das presentes Contrarrazões.

Ilustre Comissão, o balanço patrimonial registrado na JUCIS-DF – JUNTA COMERCIAL, INDUSTRIA E SERVIÇOS DO DF, QUE FOI DEVIDAMENTE JUNTADO AO PROCESSO LICITATÓRIO, É UM DOCUMENTO REGISTRADO NA JUCIS, SENDO FIEL ÀS DEMONSTRAÇÕES FINANCEIRAS ENTREGUE PELO SPED.

O SPED CONTÉM O LIVRO DIÁRIO, LIVROS AUXILIARES, BALANCETES BALANÇO PATRIMONIAL, TERMO DE ABERTURA E ENCERRAMENTO.

O BALANÇO PATRIMONIAL FOI REGISTRADO NA JUNTA COMERCIAL DO DF (JUCIS/DF – JUNTA COMERCIAL, INDUSTRIA E SERVIÇOS DO DISTRITO FEDERAL), QUE É O ÓRGÃO DE REGISTROS DOS ATOS COMERCIAIS, SOCIETÁRIOS E DIVERSOS DOCUMENTOS, SENDO ESSE DOCUMENTO REGISTRADO O QUE FORA ENVIADO VIA SPED. Ademais, para o envio do mesmo pelo SPED ele deve ser registrado na Junta Comercial, Industria e Serviços do Distrito Federal.

Alega o Recorrente que a ora Recorrida não cumpriu os comandos editalícios, bem como a lei de Regência, contudo, fundamenta esse não cumprimento sob a alegação de que a empresa Atlântico SUPOSTAMENTE não teria cumprido a INSTRUÇÃO NORMATIVA RFB Nº 1.420, DE 19 DE DEZEMBRO DE 2013.

Com todo o respeito às alegações da Recorrente, mas as mesmas carecem de conhecimento jurídico, até porque, em que pese razão não assista à Recorrente, na medida em que a Recorrida cumpriu fielmente com as Instruções Normativas da Receita Federal do Brasil, por amor ao debate, há de se colocar que Instrução Normativa não é lei, mas sim uma mera Instrução Normativa.

A Lei n° 8.666/93 prescreve normas gerais para licitações e contratos, inclusive de serviços, por parte da Administração Pública nacional, regulamentando em seu artigo 31 a qualificação financeira da empresa, assim como o artigo 40 da Lei n°10.024-2019.

Noutro enfoque, o Edital lecionou no item 8.7.3 os requisitos para qualificação financeira, senão vejamos:

"8.7.3. Qualificação Econômico-Financeira:
8.7.3.1. Balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei, que comprovem a boa situação financeira da empresa, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais quando encerrado há mais de 3 (três) meses da data de apresentação da proposta."

Ora, Ilustre Comissão, o que seria documentação "APRESENTADA NA FORMA DA LEI?"

De acordo com a Lei n° 8666/93, a Administração Pública pode exigir o balanço patrimonial em licitações objetivando comprovar a capacidade financeira da empresa. Essa capacidade é denominada "qualificação econômico-financeira", descrita na referida Lei. Segue abaixo o trecho:

"Art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a:

I - balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei, que comprovem a boa situação financeira da empresa, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais quando encerrado há mais de 3 (três) meses da data de apresentação da proposta; (...)."

Para que o balanço da empresa seja reconhecido na forma da lei é necessário o cumprimento das seguintes formalidades:

• Indicação do número das páginas e número do livro onde estão inscritos o balanço patrimonial e a DRE (Demonstração do Resultado do Exercício) no Livro Diário. Além do acompanhamento do respectivo Termo de Abertura e Termo de Encerramento do mesmo;
• Assinatura do contador e do titular ou representante legal da empresa no balanço patrimonial e DRE (pode ser feita digitalmente);
• Prova de registro na Junta Comercial ou Cartório (devidamente carimbado, com etiqueta, chancela da Junta Comercial ou código de registro);
• Demonstração da escrituração Contábil/Fiscal/Pessoal regular;
• Aposição da etiqueta DHP Eletrônica do contador a fim de comprovar a habilitação do profissional, bem como sua situação regular perante o seu Conselho Regional de Contabilidade.

Veja que, conforme já dito alhures, os balanços financeiros da Recorrida foram apresentados sim na forma da Lei. Alegar que a empresa não os apresentou na forma da Lei, visto que não mandou o inteiro teor do processo enviado à RFB via SPED, não reflete que a Recorrida não apresentou o balanço nos moldes da Lei.

Ademais, o edital não faz determinação de que os documentos fossem apresentados via ECD.

A Recorrente tenta levar a Comissão ao erro, suscitando fatos sem amparo jurídico, jogando com as palavras e

tentando, através de uma interpretação extensiva e distorcida da Lei, Normas e edital, máxime da IN da Receita Federal, cavar a desclassificação da Recorrida, que foi total cumpridora do Edital e Leis de Regência.

Ad argumentandum tantum, ratifica-se que a INSTRUÇÃO NORMATIVA RFB Nº 1.420, DE 19 DE DEZEMBRO DE 2013, não é Lei, e mais, é simplesmente regulamento para a Receita Federal de como será a Escrituração Contábil Digital (ECD).

E, além do mais, de acordo com o princípio da hierarquia das normas, tem-se, em ordem decrescente: constituição federal; lei complementar; lei ordinária; decreto; portaria; resolução; e, por último, instrução normativa.

Em síntese, a constituição federal é a base de toda a ordenação jurídica, superior a todas as leis, as quais não podem contrariá-la, sob pena de serem inconstitucionais; já as leis são superiores aos decretos, os quais não podem contrariá-las, sob pena de serem ilegais e/ou inconstitucionais.

A lei obriga a fazer ou deixar de fazer e o decreto não, muito menos Instrução Normativa. É o princípio da legalidade, previsto expressamente no artigo 5º, inciso II da Constituição Federal, que prevê que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

Somente a lei pode inovar o direito, ou seja, criar, extinguir ou modificar direitos e obrigações.

No atual regime constitucional brasileiro não se obriga ou desobriga a ninguém por meio de decreto ou de instrução normativa.

Em que pese não seja o caso em comento, visto que a Recorrida cumpriu integralmente a lei e também a IN da RFB, somente por questões argumentativas em contrarrazão ao alegado descumprimento legal imputado à Atlântico por parte da Recorrente, se fez necessário tecer as colocações acima, visto que a fundamentação da Recorrente quiçá possui devido embasamento jurídico.

Além do mais, na INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 3, DE 26 DE ABRIL DE 2018, a qual estabelece regras de funcionamento do Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores - Sicaf, no âmbito do Poder Executivo Federal, assim é lecionado:

Art. 15. O registro regular no nível Qualificação Econômico-financeira supre as exigências dos incisos I e II do art. 31, da Lei nº 8.666, de 1993.
Parágrafo único. Os documentos relativos à Qualificação Econômico-financeira deverão ser inseridos pelo interessado no Sicaf, observado o disposto no § 1º do art. 6º.
Art. 16. O empresário ou sociedade empresária deverá inserir no Sicaf o Balanço Patrimonial elaborado e registrado nos termos da legislação em vigor.
§ 1º A Administração poderá exigir, para confrontação com o balanço patrimonial, as informações prestadas pelo interessado à Secretaria da Receita Federal do Brasil.
§ 2º As pessoas jurídicas não previstas no caput deverão inserir no Sicaf o balanço patrimonial com assinatura de seu representante legal e do contador responsável, em cópia autenticada.
§ 3º Na apresentação do Balanço Patrimonial digital, a autenticação será COMPROVADA PELO RECIBO DE ENTREGA EMITIDO PELO SISTEMA PÚBLICO DE ESCRITURAÇÃO DIGITAL - SPED.
§ 4º O balanço patrimonial deverá ser apresentado anualmente até o limite definido pela Receita Federal do Brasil para transmissão da Escrituração Contábil Digital - ECD ao Sped para fins de atualização no Sicaf.

Ilustre, conforme consta da IN citada, fica claro que a comprovação da entrega do balanço patrimonial tem sua autenticidade comprovada pelo recibo de entrega emitido pelo sistema público de escrituração digital.

Neste desiderato, caso entenda necessário para fins de demonstrar o envio dos documentos via ECD, essa Recorrida pode perfeitamente apresentar, à discricionariedade da Comissão a juntada do recibo ou termo não comprova que o balanço foi devidamente enviado à Receita Federal.

IV. DA DILIGÊNCIA

Ilustre, em que pese total improcedência das alegações trazidas pela Recorrente, por questão de cautela, considerando que a proposta da ora Recorrida é a mais vantajosa para a Administração, bem como que a mesma cumpriu todas as exigências técnicas e jurídicas, dando perfeita segurança ao órgão de que a contratação será a mais vantajosa ao erário, ad argumentandum tantum, para fins de não restarem qualquer dúvidas para essa Comissão, requer o que adiante se delineia.

Ilustre, somente por amor ao debate, caso ainda remanesça qualquer dúvida em relação as colocações da ora Recorrida, em contrapartida ao suscitado pela Recorrente, bem como, com base no basilar princípio que rege as aquisições públicas, que é o da busca da proposta mais vantajosa, faz-se imperioso pugnar pela realização de diligência para que a Recorrida o termo de envio da ECD ou mesmo APRESENTE A ECD NA ÍNTEGRA.

Inclusive, a promoção de diligência é incentivada pela jurisprudência do Tribunal de Contas da União (TCU), como ocorrido no Acórdão n° 2159/2016 do Plenário, que indicou caber ao pregoeiro o encaminhamento de "diligência às licitantes a fim de suprir lacuna no processo, medida simples que privilegia a obtenção da proposta mais vantajosa e evita a desclassificação indevida".

Em diversas oportunidades, o TCU chega A INDICAR A OBRIGATORIEDADE DA REALIZAÇÃO DE DILIGÊNCIAS ANTES DO ESTABELECIMENTO DO JUÍZO PELA DESCLASSIFICAÇÃO OU INABILITAÇÃO DO LICITANTE:

"(...) É irregular a inabilitação e desclassificação 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)
(...)

(...) É irregular a desclassificação de empresa licitante por omissão de informação de pouca relevância sem que tenha sido feita a diligência facultada pelo § 3º do art. 43 da Lei nº 8.666/1993. (Acórdão 3615/2013 – Plenário) (...)"

A realização de diligências no decorrer dos procedimentos licitatórios é legalmente autorizada pelo §3° do artigo 43 da lei n° 8.666/93.

O fato é que, um processo de licitação não é um concurso onde se analisa quem melhor cumpriu o edital em sua literalidade, mas sim é a busca da proposta mais vantajosa daquele que queira contratar com a administração e possua as qualificações necessárias.

A empresa recorrida ofertou o melhor lance, tendo uma diferença com a Recorrente de mais de cinco milhões (valor considerável), sagrou-se classificada e habilitada, todavia, adveio recurso administrativo na tentativa vil de levar essa administração ao erro, logo, para que não paire qualquer dúvida em relação a condição econômico financeira da empresa e ao cumprimento de todas as IN's, visto que a lei e o edital foram integralmente cumpridos, oportunizar a licitantes a juntada do comprovante de envio da ECD ou mesmo o envio da ECD NA ÍNTEGRA é a decisão acertada na busca da finalidade do processo licitatório. Embora a licitação seja um dos instrumentos de controle dos gastos públicos, a missão de melhorar a aplicação dos recursos exige o compromisso e responsabilidade na tomada de importantes decisões.

Ademais, a conferência de oportunidade de juntada dessa íntegra em caso de dúvida remanescente, em que pese não haja a devida necessidade visto todos os argumentos aqui já lançados, é o mais acertado, antes de qualquer provimento recursal. Oportunizar a juntada da ECD em sua integra, contribui para a celeridade da licitação, evitando-se a morosidade proporcional ao aumento de custo do processo, caracterizado não só pelos custos operacionais, mas também pelo retrabalho, não só do corpo funcional, como também das licitantes e suas equipes.

A otimização dos trabalhos realizados pela Administração Pública, enquanto detentora do direito de salvaguardar o interesse público, respaldada em princípios éticos, morais e fundamentadamente alicerçada na legalidade é o melhor caminho para uma licitação/contratação pública de sucesso.

Insta relembrar que a proposta ofertada pela licitante foi a mais econômica para essa Administração em comparação ao do Recorrente em mais de cinco milhões, o que representa ao erário público uma economia real, não podendo tal garantia ser afastada por formalismo exagerado refletido nas superficiais alegações da Recorrente.

É atual e pertinente a problemática relativa à superação do formalismo restrito nos procedimentos de análise dos documentos de habilitação e propostas nas licitações públicas.

Em seu art. 43, §3º, dispõe a Lei nº 8.666/1993 ser "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".

Havendo alguma falha formal e material, OMISSÃO ou obscuridade nos documentos de habilitação e/ou na proposta há um PODER-DEVER por parte da Comissão de Licitação/Pregoeiro em realizar a diligência, superando-se o dogma do formalismo excessivo e prestigiando a razoabilidade e a busca pela eficiência, ampliação da competitividade e a proposta mais vantajosa para a Administração.

Note-se, portanto, que a realização de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do procedimento licitatório independente de previsão em edital, é decorrente dos princípios da Administração Pública e da própria disposição legal contida no art. 43, §3º, da Lei de Regência.

A seu turno, no tocante à modalidade pregão, na forma eletrônica, estabelece o Decreto Federal nº 5.450/2005, em seu art. 26, §3º:

§ 3º No julgamento da habilitação e das propostas, o pregoeiro poderá sanar erros ou falhas que não alterem a substância das propostas, dos documentos e sua validade jurídica, mediante despacho fundamentado, registrado em ata e acessível a todos, atribuindo-lhes validade e eficácia para fins de habilitação e classificação.

As diligências têm por escopo, portanto: 1) o esclarecimento de dúvidas; 2) obtenção de informações complementares; 3) saneamento de falhas (vícios e/ou erros), o que se amolda ao caso em concreto, caso ainda remanesça qualquer dúvida em relação a habilitação financeira da empresa.

Não há que se falar também, conforme suscitado pelo Recorrente que, ao aceitar a juntada da documentação, poderá haver mácula ao princípio da isonomia na medida em que o respeito ao princípio da isonomia é garantido ao se reputar a diligência como um dever da Comissão de Licitação/Pregoeiro.

Porquanto, sabe-se, de antemão, que o tratamento será o mesmo para todo e qualquer licitante, desde que seja cabível a realização das diligências e não se tratar de correção de irregularidade essencial, o que não é o caso.
Indo mais além para contrapor o alegado pelo Recorrente, também só a título de argumentação, em 15-06-2021 o Tribunal de Contas da União publicou o Acórdão 1211/2021 Plenário (Representação, Relator Ministro Walton Alencar Rodrigues) que trouxe uma nova interpretação a respeito da vedação à inclusão de novo documento, de que tratam o artigo 43, § 3º, da Lei 8.666/1993 e o artigo 64 da nova Lei de Licitação, conforme redação:

"Acórdão 1211/2021 Plenário (Representação, Relator Ministro Walton Alencar Rodrigues) Licitação. Habilitação de licitante. Documentação. Documento novo. Vedação. Definição. A vedação à inclusão de novo documento, prevista no art. 43, § 3º, da Lei 8.666/1993 e no art. 64 da Lei 14.133/2021 (nova Lei de Licitações), 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 da proposta, por equívoco ou falha, o qual deverá ser solicitado e avaliado pelo pregoeiro".

Ilustre Comissão, em alinhamento com esse entendimento, a vedação à inclusão de documento "que deveria

constar originariamente da proposta", prevista no art. 43, §3º, da Lei 8.666/1993, DEVE SE RESTRINGIR AO QUE O LICITANTE NÃO DISPUNHA MATERIALMENTE NO MOMENTO DA LICITAÇÃO.

Porém, caso o documento ausente se refira a condição atendida pelo licitante quando apresentou sua documentação e sua proposta, e não foi entregue juntamente com os demais comprovantes de habilitação ou da proposta por equívoco ou falha o que por argumentação se admite somete por amor ao debate, visto que na forma da lei todos os documentos já foram devidamente entregues, deverá e ou poderá ser solicitado e avaliado pela Comissão, o que quer dizer que poderia a Licitante, em sede de diligencia anexar comprovante de envio da ECD ou mesmo o envio da ECD NA ÍNTEGRA.

Isso porque, conforme o entendimento do TCU, "admitir a juntada de documentos que apenas venham a atestar condição 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 para sanear os seus documentos de habilitação, resulta em objetivo dissociado do interesse público, com a prevalência do processo (meio) sobre o resultado almejado (fim)."

Ademais, o TCU ainda citando o art. 64 da Lei nº 14.133/21, destaca que, "apesar de o dispositivo reproduzir a vedação à inclusão de novos documentos, prevista no art. 43, §3º, da Lei 8.666/1993, "deixa salvaguarda a possibilidade de diligência para a complementação de informações necessárias à apuração de fatos existentes à época da abertura do certame, o que se alinha com a interpretação de que é possível e necessária a requisição de documentos para sanear os comprovantes de habilitação ou da proposta, atestando condição pré-existente à abertura da sessão pública do certame." (destaques no original).

O acórdão citado alhures é finalizado citando exemplo:

"Assim, nos termos dos dispositivos citados, inclusive do art. 64 da Lei 14.133/2021, entendo não haver vedação ao envio de documento que não altere ou modifique aquele anteriormente encaminhado. 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."

Ilustre Comissão, esse acórdão se amolda perfeitamente com o caso em comento e contrapõe toda a argumentação aventada pela Recorrente no tocante a possibilidade de diligencia para devida juntada do ECD na íntegra.

Nesse estágio, há que se contextualizar a problemática da adequada interpretação do disposto no art. 43, §3º, da Lei nº 8.666/93, no tocante ao dogma segundo o qual, em nenhuma hipótese, seria permitida, no âmbito de um procedimento licitatório, a juntada de documento posterior ao envio dos documentos pertencentes aos licitantes.

Somente para fins de raciocínio, afinal, o dispositivo legal deve ser interpretado em sua literalidade? Em nenhuma hipótese, independentemente da situação observada no caso concreto, admitir-se-ia a realização de diligência por parte da Comissão de Licitação ou do Pregoeiro que implique na necessidade de juntada de documento que não constava originalmente no envio feito pelo licitante?

Partindo-se da compreensão de que o objetivo maior do procedimento licitatório é a consecução do interesse público aliada à observância dos primados da isonomia e igualdade de tratamento e condições entre os participantes, há que se conferir uma interpretação finalística e legitimadora ao texto insculpido no art. 43, §3º, da Lei nº 8.666/93.

A inclusão posterior de qualquer documento por parte da própria autoridade condutora do certame licitatório deverá ser admitida desde que seja necessária para comprovar a existência de fatos existentes à época da licitação (o que é o caso em concreto).

Em outras palavras, não está o §3º, art. 43, da Lei nº 8.666/93, em sua parte final, vedando toda e qualquer possibilidade de juntada posterior de documento ou parte de documento. O que dali se entende, dentro de uma visão consentânea com o interesse público e com a finalidade da contratação, é que não será permitida apenas a juntada de documento que comprove a existência de uma situação ou de um fato cuja conclusão ou consumação deu-se após a realização da sessão de licitação. Aí sim haveria burla ao procedimento e quebra do princípio da isonomia e igualdade de tratamento, no entanto, não é o caso em comento.

O caso em comento gira em torno de que foi suscitado, de forma equivocada pela Recorrente, que a apresentação da documentação que fora apresentada pela Recorrida não está nos termos da lei porque o balanço patrimonial e demais documentos, nos moldes da IN RFB Nº 1.420, DE 19 DE DEZEMBRO DE 2013 deve ser enviado via SPED, não obstante, conforme já colocado IN não é Lei, mas para fins de não haver qualquer dúvida de que nenhuma razão tem a Recorrente, aceitar a íntegra do ECD e anexá-los para complementação do processo é consagrar a finalidade do certame licitatório, visto que, repisa-se, a proposta da Recorrida Atlântico é a mais barata que da recorrente em mais de cinco milhões, configurando uma economia ao real ao erário.

Trata-se, assim, de um juízo de verdade real em detrimento do pensamento dogmático segundo o qual o que importa é se o licitante apresentou os documentos adequadamente, subtraindo-se o fato desse mesmo licitante reunir ou não as condições de contratar com a Administração ao tempo da realização do certame.

Cumpre, ainda, consignar mais entendimentos do TCU, no Acórdão nº 1.758/2003-Plenário, entendeu ser regular, no âmbito de procedimento licitatório, a conduta da autoridade que procedeu a juntada posterior de comprovação de regularidade fiscal da licitante através de diligência promovida com base no art. 43, §3º, da Lei nº 8.666/93. Segundo aquela Corte de Contas, tal juntada não configuraria irregularidade, mas praticidade, celeridade e otimização do certame. O apego excessivo à letra da lei pode acarretar equívocos jurídicos, porquanto que não traduzem seu sentido real.

Em seu turno, em sede do Acórdão nº 2.627/2013-Plenário, o TCU também já concluiu ser indevida a inabilitação de licitante em razão da apresentação de atestado de capacidade técnica com data posterior à da abertura do certame, uma vez que tal documento tem natureza declaratória - e não constitutiva - de uma condição preexistente. Apontou-se por equivocada a decisão do Pregoeiro consistente na inabilitação de licitante em razão de "apresentação de atestado de capacidade técnica com data posterior à da licitação".

Todavia, no presente caso, não há que se falar em situação não preexistente, estar-se falando de íntegra de ECD já realizada ao tempo da licitação e que pode ser apresentado sem qualquer prejuízo da sua qualificação técnica ou operacional em sede de diligência para sanar dúvidas suscitadas pela Recorrente.

Em conclusão, é preciso consignar que o Poder Judiciário e as Cortes de Contas se inclinam em reconhecer que o procedimento licitatório não deve ser pautado num formalismo exacerbado que desvirtue sua finalidade e equipare-o a uma gincana, na qual interessa apenas o cumprimento da etapa definida, indiferentemente de sua razão de ser. Nesse sentido:

"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 TCU nº 1.795/2015-Plenário).

"É irregular a desclassificação de empresa licitante por omissão de informação de pouca relevância sem que tenha sido feita a diligência facultada pelo § 3º do art. 43 da Lei nº 8.666/1993" (Acórdão TCU nº 3.615/2013-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 TCU nº 3.418/2014-Plenário).

Assim sendo, é de total razoabilidade bem como embasa a busca da melhor contratação a Administração pautar qualquer decisão com a finalidade de não suportar um prejuízo ao erário, o que adviria na consagração do formalismo exagerado ao contratar por um valor maior.

Ilustre Comissão, visto ser o lance da Atlântico o mais barato, considerando que não houve vício na documentação já enviada pela Recorrida, em contrapartida ao alegado pela Recorrente, mas, considerando que se essas alegações levantaram dúvidas em relação a qualificação econômica da empresa, para que não haja uma desclassificação equivocada e totalmente contrária a jurisprudência pátria, antes de qualquer juízo de valor negativo, que seja aberta diligência à ora Recorrida para que a mesma demonstre incontroversamente que nenhuma alegação da Recorrente poderá prosperar, fazendo isso com a juntada na íntegra da ECD.

Nessa linha, no Acórdão n° 21.59/2016, o Tribunal de Contas da União já decidiu que, nos termos do art. 43, § 3º, da Lei n° 8.666, de 1993, cabe ao pregoeiro encaminhar diligência às licitantes a fim de suprir lacuna quanto às informações constantes das propostas, medida simples que privilegia a obtenção de proposta mais vantajosa e evita a desclassificação indevida de propostas como a ocorrida no Pregão Eletrônico 2/2016 com empresas cujo objeto social contempla sim atividade econômica compatível com a do objeto da licitação (TCU. Plenário. Relator Augusto Nardes).

Ressalta-se ainda, por amor ao debate e em consagração a ampla defesa, para que não seja alegada qualquer mácula à vinculação do instrumento convocatório, desde já faz-se imperioso ressaltar que mesmo o princípio da vinculação ao edital NÃO É ABSOLUTO, de tal forma que impeça a Administração de interpretar o mesmo buscando o sentido e a compreensão, e escoimando-o de cláusulas desnecessárias ou que extrapolem os ditames de regência e cujo excessivo rigor possa afastar, da licitação, possíveis proponentes, ou que transmude de um instrumento de defesa do interesse público em um conjunto de regras prejudiciais ao que, com o mesmo, objetiva a administração.

Nesse caso, como a Lei e a jurisprudência são claras sobre a busca da melhor proposta para administração e a respeito da vedação de formalismo exagerado, dar guarida as alegações Recursais para expurgar a Recorrida do certame, empresa essa que ofertou a proposta mais barata, é fazer algo que a Lei não autoriza, ferindo, consequentemente, o princípio da legalidade.

Partindo-se da premissa de que a licitação visa a melhor e mais vantajosa contratação para a administração, a empresa Recorrida: ofertou um lance mais em conta para administração; demonstrou ter expertise na execução dos serviços; demonstrou ter condições jurídicas e econômicas; devendo cabalmente manter-se incólume a sua posição de vencedora do processo em tela.

Em contrapartida, em atenção ao entendimento consagrado pelo Colendo STJ bem como pelo TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, caso ainda reste qualquer dúvida em relação a apresentação da documentação pela empresa, antes de qualquer tomada de decisão quanto a suposto deferimento do Recurso entabulado, que seja aberto prazo para diligência com vistas à juntada da integra do ECD, o que colocará uma "pá de cal" na questiúncula, dando total certeza da habilitação econômica da Recorrida, nos termos da lei e edital, o que, consequentemente, proporcionará o inconteste improvimento do Recurso ora contrarrazoado.

V. DOS PEDIDOS

Por todo o exposto, considerando os demais elevados suprimentos de Vossas Senhorias sobre a matéria, em nome do princípio do formalismo moderado, acolhido pela jurisprudência e legislação, bem como por todos os argumentos aqui lançados, é que a Recorrida pugna a essa Douta Comissão pela improcedência imediata do recurso encartado, tanto no juízo de Retratação quanto pela autoridade superior, com a consequente ADJUDICAÇÃO da Licitação à Recorrida, por ser medida de manutenção ao respeito aos princípios administrativos sobreditos.

Alternativamente, ratifica-se: caso ainda remanesçam dúvidas a respeito da qualificação financeira, com base também nos princípios já citados, requer que seja diligenciado o feito, antes de qualquer juízo de valor ou desclassificação sumária, com o intuito de que a Recorrida possa anexar a íntegra de sua ECD.

É o que se requer.

Nestes termos,
Pede deferimento.
Brasília, 29 de março de 2022.

ATLÂNTICO ENGENHARIA LTDA
JOÃO BOSCO BARBOSA DE FARIA

GEOVANNA CASTRO S. RIBEIRO FERNANDA GURGEL NOGUEIRA
OAB DF 31932 OAB DF 29662

Fechar