ATA DE PUBLICAÇÃO DE PARECER, JULGAMENTO DE RECURSO E CONVOCAÇÃO

Referente ao Edital Concorrência 53/2022

Trata-se de recurso interposto pela empresa HERIVELTO JOSE MERLI em 24/10/2022, disponível no site www.sesc-sc.com.br/sobre-o-sesc/licitacoes, em atenção a Concorrência 53/2022, tipo Menor Preço por Item, cujo objeto é "**AQUISIÇÃO DE ACERVO RECREATIVO PARA AS BRINQUEDOTECAS DO SESC-SC**".

A Comissão Permanente de Licitações analisou o recurso, e emitiu o seguinte parecer:

"À DJU,

Informamos que a Comissão Permanente de Licitação identificou na abertura dos envelopes de Habilitação, que a empresa HERO TRANSFORMADORES DE AMBIENTES não apresentou a Certidão de Regularidade Fiscal junto ao FGTS, inabilitando a empresa HERO TRANSFORMADORES DE AMBIENTES, por não atender ao item 6.2.3 de edital, conforme Ata publicada em 24/10/2022.

Florianópolis, 26 de outubro de 2022.

Silene Montardo
Presidente da Comissão de Licitação

Dando continuidade, o certame foi encaminhado à **Diretoria Jurídica** que emitiu o seguinte parecer:

"Ref. ***CONCORRÊNCIA Nº 53/2022 – CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA EM AQUISIÇÃO DE ACERVO RECREATIVO PARA AS BRIQUEDOTECAS DO SESC/SC– MANIFESTAÇÃO DA EMPRESA HERIVELTO JOSE MERLI 03091579948.***

A Empresa ***HERIVELTO JOSE MERLI 03091579948*** *insurgiu-se contra a decisão que a inabilitou do certame por não ter anexado a Certidão de Regularidade do FGTS junto com os documentos de habilitação. Aduz que, por se tratar de microempreendedor individual e não possuir funcionários, entende ser desnecessária a apresentação da referida certidão, não podendo a sua ausência ser utilizada como fator de desclassificação.*

Passa-se à análise.

Primeiramente importa registrar que o direito não é uma ciência exata, tendo por característica justamente a diversidade de ideias. Assim, não raras vezes são encontrados posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais divergentes.

Com o passar dos anos, doutrina e jurisprudência consolidaram entendimento de que as Comissões de Licitação detêm o "poder dever" de realizar diligências sempre que houver necessidade de esclarecer ponto obscuro nos documentos apresentados pelos licitantes, contanto que não se trate de documento ou informações que deveriam constar originalmente da documentação apresentada.

Nesse sentido, a própria lei de licitações, aplicada de forma subsidiária, expressamente veda a inclusão de novos documentos que deveriam ter sido entregues por ocasião da proposta, exceto na possibilidade de realização de diligências. Tal previsão estava expressa no art. 43, § 3º, da revogada Lei nº 8.666/1993, e foi recepcionado pela Nova Lei de Licitação, no artigo 64. Veja-se:

Art. 64. Após a entrega dos documentos para habilitação, não será permitida a substituição ou a apresentação de novos documentos, salvo em sede de diligência, para:
I - complementação de informações acerca dos documentos já apresentados pelos licitantes e desde que necessária para apurar fatos existentes à época da abertura do certame;
[...]
§ 1º ***Na análise dos documentos de habilitação, a comissão de licitação poderá sanar erros ou falhas que não alterem a substância dos documentos e sua validade jurídica, mediante despacho fundamentado registrado e acessível a todos****, atribuindo-lhes eficácia para fins de habilitação e classificação. Grifou-se.*

Sobre o tema, o Tribunal de Contas da União já manifestou que:

Não cabe a inabilitação de licitante em razão de ausência de informações que possam ser supridas por meio de diligência, facultada pelo art. 43, § 3º, da Lei 8.666/93, desde que não resulte inserção de documento novo ou afronta à isonomia entre os participantes. (Acórdão 2873/2014 – Plenário)

Ainda assim, cumpre verificar se a ausência da certidão poderia ser suprida por diligência, por tratar-se de documento complementar que se restringe a confirmar ou esclarecer determinado dado constante em outro documento apresentado oportunamente, ou se a sua inserção afrontaria a isonomia e o princípio da vinculação ao edital tendo em vista tratar-se de documento que deveria constar originalmente do envelope de habilitação.

Tal distinção não é fácil, tendo em vista estarmos diante de conceitos jurídicos subjetivos, que permitem interpretações diversas, tais como "vicio sanável" e "formalismo exacerbado", dentre outros.

No presente caso, verifica-se que a Certidão de Regularidade do FGTS, que deveria ter sido apresentada pela empresa com os documentos de habilitação, seria acessível mediante simples consulta pela Comissão de Licitação.

Todavia, é juridicamente inviável (conforme art. 64, § 1º, da Lei 14.133/2021) a realização de diligência tendente a sanear irregularidade essencial de determinado documento, alterar a substância das propostas ou documentos de habilitação, ou, ainda, acarretar na juntada de documento ou informação que, originalmente, deveria constar da proposta, como é o caso destes autos (nesse sentido também são os acórdãos nº 918/2014 e 300/2016, ambos do Plenário TCU).

Assim, de qualquer forma, para sanar o vício em questão, seria necessária a inclusão de novo documento, o que é vedado pela legislação e jurisprudência. Admitir a inserção de documento novo, neste caso, fragilizaria o próprio princípio da isonomia que prevê o tratamento igualitário entre todos os licitantes que participam do certame.

Cabe ressaltar que, no caso da Empresa Oficina do Aprendiz Ltda. EPP, esta anexou com os documentos de habilitação a referida certidão, embora estivesse vencida; portanto, neste caso, coube a diligência pela CPL para sanar o vício, sem que tal tenha implicado alteração substancial do documento e a sua validade jurídica, nos termos estabelecidos pela legislação.

O STJ entende que somente é indevida a inabilitação de licitante, em virtude da ausência de informações que possam ser supridas por diligência, sem que essa pesquisa importe em inserção de documento novo ou afronta à isonomia, o que não ocorre no presente caso, como visto. Nesse sentido, segue decisão recentíssima do Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. FALTA DE APRESENTAÇÃO DE GARANTIA EXIGIDA PELO EDITAL, NA DATA PREVISTA PELO EDITAL DE LICITAÇÃO. ART. 43, § 3º, DA LEI 8.666/93. APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTO NOVO APÓS A FASE DE HABILITAÇÃO. DESCABIMENTO. IMPOSSIBILIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA, EM MANDADO DE SEGURANÇA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.
I. Trata-se de Agravo interno aviado contra decisão que julgara recurso interposto contra acórdão publicado na vigência do CPC/2015.
II. Na origem, trata-se de Mandado de Segurança impetrado pela ora recorrente contra ato do Secretário de Infraestrutura e Logística do Estado de Mato Grosso, consubstanciado na decisão que negara provimento ao

recurso administrativo da impetrante, mantendo sua desclassificação na Concorrência Pública para o Sistema de Transporte Coletivo Intermunicipal de Passageiros - STCRIP 02/2019. [...]

V. ***No caso, o acórdão recorrido considerou que, "de fato, a impetrante teria apresentado tão somente minuta de carta de fiança e não o original da garantia, que pudesse demonstrar a efetiva contratação da fiança bancária, consoante está posto na ata de sessão pública data de 13 de novembro de 2019". Assim, tal como constou na decisão ora combatida, a impetrante não se desincumbiu de demonstrar a apresentação da garantia, exigida pelo edital, na data prevista pelo edital de licitação, de forma a evidenciar o seu direito líquido e certo.***

VI. O princípio da igualdade, um dos postulados que norteiam a licitação, impõe ao Poder Público a observância de tratamento isonômico àqueles que se encontrem na mesma situação jurídica.

VII. Nesse contexto, a apresentação de documento novo, consubstanciado na carta de fiança – em substituição à minuta da carta de fiança apresentada no prazo previsto no edital –, não se enquadra na hipótese autorizada pelo art. 43, § 3º, da Lei 8.666/93, que admite à Comissão de Licitação apenas "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".

VIII. Na forma da jurisprudência do STJ, "nos termos do art. 43, § 3º, da Lei 8.666/1993, 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 de ofensa ao princípio da vinculação ao edital" (STJ, REsp 1.717.180/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 13/11/2018).

IX. Agravo interno improvido. (STJ, AgInt no RMS nº 64824/MT, Rel. Ministra Assusete Magalhães, SEGUNDA TURMA, DJe de 06/05/2021) – grifou-se.

Infere-se do supracitado que o edital tem força vinculante a todos os licitantes, não sendo facultado ao Sesc usar de discricionariedade para desconsiderar determinada exigência do instrumento convocatório.

Não se desconhece que o procedimento licitatório não deve ser pautado em formalismo exacerbado que desvirtue sua finalidade; todavia, deve-se prezar também pela segurança jurídica, de modo que a não apresentação de documentos no momento da habilitação, pelo recorrente, constitui erro substancial cujo vício é insanável.

Acatar o pedido da empresa desclassificada, de se admitir a juntada de documento posterior ao momento em que deveria tê-lo feito, colocaria em xeque o próprio princípio da isonomia que prevê o tratamento igualitário entre todos os licitantes que participam do certame.

Por fim, quanto à alegação no sentido de que, por se tratar de microempreendedor individual e não possuir funcionário, seria desnecessária a comprovação de regularidade do FGTS, e que a sua ausência não poderia ser utilizada como fator de desclassificação, tal não subsiste.

Primeiro, porque não há como o Sesc presumir se a empresa possui, ou não, um empregado, pois, caso afirmativo, a Certidão de Regularidade de FGTS já se mostraria exigível; por segundo, o edital vincula a todos, não cabendo aos licitantes julgar a pertinência ou não da documentação exigida, assumindo o risco decorrente da sua não apresentação. Convém destacar que o item 13.11 do edital possibilita aos participantes o envio de qualquer pedido de esclarecimentos em relação a dúvidas de interpretação das regras contidas no instrumento.

Pelo exposto, à luz da legislação e jurisprudência pertinente, rejeita-se o recurso apresentado pela Empresa ***HERIVELTO JOSE MERLI 03091579948****, para manter a decisão da Comissão de Licitação que a inabilitou para a próxima etapa do certame.*

Florianópolis, 7 de novembro de 2022.

Júlia Tresoldi **Carla da Rosa Moreira**
Diretoria Jurídica do Sesc/SC

.

A Comissão Permanente de Licitação encaminhou o processo para manifestação da autoridade competente, a qual decidiu pela improcedência do recurso. Diante dos fatos apresentados, a Comissão Permanente de Licitação acatando a decisão da Autoridade Competente, decide ratificar a inabilitação da empresa HERO TRANSFORMADORES DE AMBIENTES – HERVELTO JOSE MERLI. A Comissão Permanente de Licitação convoca para abertura do envelope da proposta comercial às 11h00min de 11 de novembro de 2022.

Florianópolis, 09 de novembro de 2022.

COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO