ATA DE PUBLICAÇÃO DE PARECER, JULGAMENTO DE RECURSO E CONVOCAÇÃO

Referente ao Edital Concorrência nº135/2023

Trata-se de recurso interposto pela empresa **GOLDEN ALIMENTÍCIOS CONGELADOS LTDA** em 03/05/2023. O documento está disponível no site www.sesc-sc.com.br/sobre-o-sesc/licitacoes, em atenção à Concorrência 135/2023, tipo Menor Preço por Lote, cujo objeto é "**REGISTRO DE PREÇOS PARA AQUISIÇÃO DE SALGADOS CONGELADOS PARA AS UNIDADES DO Sesc/SC EM FLORIANÓPOLIS (PRAINHA E HOTEL CACUPÉ), SÃO JOÃO BATISTA, BLUMENAU (HOTEL), JARAGUÁ DO SUL, TIJUCAS, JOINVILLE, ITAJAÍ, BRUSQUE, ARARANGUÁ, TUBARÃO, BALNEÁRIO CAMBORIÚ, CRICIÚMA (ESCOLA E EDUCAÇÃO INFANTIL) PALHOÇA RIO DO SUL E LAGES (POUSADA RURAL)"**.

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

PARECER JURÍDICO

Ref. **CONCORRÊNCIA Nº 135/2023 – REGISTRO DE PREÇOS PARA AQUISIÇÃO DE SALGADOS CONGELADOS – RECURSO DA EMPRESA GOLDEN ALIMENTÍCIOS CONGELADOS LTDA.**

A empresa Golden Alimentos Congelados Ltda. insurgiu-se contra a decisão que a inabilitou do certame por não ter anexado a Certidão de Regularização do FGTS junto com os documentos de habilitação. Aduz que não conseguiu obter a certidão pelo site, devido inconsistência cadastral da autoridade competente (Caixa Econômica Federal), tendo que se dirigir, através de representante legal, ao órgão, motivo pelo qual apresentou a documentação fora do prazo determinado.

A comissão de licitação decidiu pela inabilitação da empresa, argumentando o descumprimento do item 6.2.3 do edital – "Certidão de Regularidade Fiscal (CRF) junto ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS, no cumprimento dos encargos sociais instituídos em lei", que estabelece que todos os documentos solicitados no item 6 deverão estar inseridos dentro do envelope da Documentação de Habilitação.

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, em uma interpretação analógica com a própria lei de licitações, esta 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 recepcionada 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).

O edital da licitação é o instrumento convocatório que estabelece as regras, os critérios e os prazos para a participação no certame. No presente caso, o item 6.2.3 do edital prevê expressamente que a certidão do FGTS deveria estar inserida dentro do envelope da documentação de habilitação, ou seja, ser apresentada até a abertura destes. Tal exigência, aliás, é legítima, pois busca garantir a isonomia entre os participantes, a lisura do procedimento licitatório e a segurança jurídica.

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.

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 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.

No que toca à alegação da empresa de que a certidão não foi possível de ser obtida por meio do site e que precisou comparecer presencialmente com representante legal à Caixa Econômica Federal para obtê-la, ratifica-se o já salientado pela Comissão de Licitação no sentido de que, em 15/04/2023, houve a publicação do certame no Jornal ND, sendo que a abertura dos envelopes com os documentos de habilitação dos participantes se deu em 03/05/2023, havendo, portanto, tempo hábil da recorrente de providenciar a documentação de habilitação, inclusive de sanar eventuais dificuldades operacionais enfrentadas na emissão destes documentos.

Cabia à empresa demonstrar as causas que a teriam impossibilitado de obter a certidão dentro do prazo estabelecido dentro do período entre 15/04 e 03/05/2023, em vez de deixar de apresentá-lo no momento adequado e fundamentar-se apenas na mencionada “inconsistência cadastral”. A própria recorrente refere que teve de diligenciar presencialmente para regularizar a situação junto à Caixa Econômica Federal, e, nesse sentido, mostra-se pouco crível que o período supracitado não tenha sido suficiente para tanto.

Assim, não foram apresentados elementos suficientes que demonstrem a existência de uma situação excepcional que justifique a aceitação da documentação fora do prazo estabelecido. **Alegações genéricas de dificuldades na obtenção da certidão não são o suficiente para justificar a reversão da inabilitação.**

Veja-se, sobre este tema, a jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo:

APELAÇÃO CÍVEL – MANDADO DE SEGURANÇA – LICITAÇÃO – PREGÃO ELETRÔNICO – DESCLASSIFICAÇÃO DA EMPRESA IMPETRANTE SOB A ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE APRESENTAÇÃO DE CERTIFICADO DE REGULARIDADE DO FGTS – DOCUMENTO EXIGIDO NO EDITAL – INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO ***- O edital do certame não deixa dúvidas quanto à exigência do certificado de regularidade do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), razão por que, não apresentada oportunamente, ocasionou a desclassificação da impetrante – Inabilitação devidamente motivada e que respeitou as regras do edital - Princípio da vinculação ao ato convocatório*** *- Ausente direito líquido e certo - Precedentes - Sentença reformada – Denegação da segurança – Recursos de apelação e reexame necessário providos. (TJ-SP - APL: 10021711920218260246 SP 1002171-19.2021.8.26.0246, Relator: Ponte Neto, Data de Julgamento: 31/10/2022, 9ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 31/10/2022).* – grifou-se.

Com base nas análises jurídicas apresentadas, conclui-se que a inabilitação da empresa Golden Alimentos Congelados Ltda., em decorrência da ausência da apresentação da certidão do FGTS dentro do prazo estabelecido pelo edital está em conformidade com as disposições legais aplicáveis.

Por todo o exposto, à luz da legislação e jurisprudência pertinente, entende-se pela rejeição do recurso apresentado pela Empresa Golden Alimentos Ltda., para manter a decisão da Comissão de Licitação que a inabilitou para a próxima etapa do certame.

Florianópolis, 17 de maio de 2023.

Júlia Tresoldi **Simone Dorneles Peres**
Diretoria Jurídica Sesc – DJU

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 parecer, e manter a inabilitação da empresa GOLDEN ALIMENTÍCIOS CONGELADOS LTDA. A Comissão de Licitação convida as empresas habilitadas para abertura das propostas comerciais, às 08h00min de 24/05/2023 no Departamento Regional do Sesc-SC. Estando por encerrado o julgamento do recurso, daremos continuidade no certame.

Florianópolis, 22 de maio de 2023.

COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO