

**ILUSTRÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DA COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÕES DA
PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**

Edital de Concorrência nº 001/2018

Ementa: Empresa vencedora em desconformidade com edital. Empate ficto. Licitante não preenche os requisitos da Lei Complementar 123/2006. Diligência efetuada pela comissão em benefício de terceiro. Discricionariedade da diligência não admitida em razão de documento novo apresentado. Documentação trazida pela beneficiada que não admitia complementação ou esclarecimento. Violação legal. Documento novo que deveria ter sido apresentado quando da entrega da documentação. Desídia da Licitante beneficiada que deve ser somente a ela prejudicada. Interesse de terceiros concorrentes prejudicados. Benefício ínfimo de R\$ 0,07 (sete centavos). Ato contrário aos princípios da legalidade, isonomia e publicidade. Pena de abusividade e improbidade administrativa no ato da diligência caso não reformada a decisão. Mandado de Segurança que se impõe em caso de não acolhimento.

JURISPRUDÊNCIA PARADIGMA

APELAÇÃO CÍVEL. LICITAÇÃO E CONTRATO ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. HABILITAÇÃO DE EMPRESA QUE NÃO APRESENTOU TODOS OS DOCUMENTOS E OU INFORMAÇÕES EXIGIDOS PELO EDITAL. DILIGÊNCIA DA COMISSÃO DE LICITAÇÃO POSSIBILITANDO A SUA JUNTADA EM MOMENTO POSTERIOR. ILEGALIDADE CONFIGURADA. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE DE TRATAMENTO DOS CONCORRENTES PRECONIZADA NO § 3º DO ART. 43 DA LEI DE LICITAÇÕES. APELAÇÃO DESPROVIDA, PREJUDICADO O REEXAME NECESSÁRIO. (Apelação 70044885754, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator Arno Werlang. Dj 11.04.2012)

ENGASTE PROJETOS, CONSTRUÇÕES E INCORPORAÇÕES LTDA, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ/MF sob nº 08.578.161/0001-79, com sede na Rua Anita Garibaldi, nº 270, Centro, na cidade de Concórdia, Estado de Santa Catarina, CEP nº 89700-126, através de seu representante legal qual este subscreve, vem respeitosamente a presença desta r. comissão, *tempestivamente*, apresentar

RECURSO ADMINISTRATIVO

em face a decisão proferida pela Comissão Permanente de Licitações da Procuradoria-Geral de Justiça Estado do Rio Grande Do Sul, com sede a Rua General Andrade Neves, nº 106, 18º andar, Centro, no município de Porto Alegre/RS, sob os seguintes fatos e fundamentos:



1. SÍNTESE DO PROCESSO LICITATÓRIO:

A empresa Recorrente participa do Processo Licitatório - modalidade Edital de Concorrência nº 001/2018, que tem como objeto a "Contratação de prestação de serviços de engenharia, com fornecimento de materiais, para construção do prédio sede das Promotorias de Justiça de Passo Fundo, com área total de 4.386,36m², sito na Rua Bororós, n.º 89, no município de Passo Fundo/RS, prevista para ser executada em 12 (doze) meses, conforme especificações constantes nos Anexos deste Edital."

Na data mencionada do processo *op cit*, aferiu-se os invólucros denominados "02" (Proposta de Preços), quais foram analisadas pelos participantes presentes e, por conseguinte, lavrada a ata de julgamento, classificando como vencedora a empresa **ENGASTE PROJETOS, CONSTRUÇÕES E INCORPORAÇÕES LTDA**, por ter apresentado a proposta mais vantajosa para a Administração Pública.

Em face ao suposto "empate ficto", nos termos da Lei Complementar nº 123/2006, a empresa KUPSKI CONSTRUTORA LTDA apresentou nova proposta, com valor inferior em R\$ 0,07 (sete centavos de reais) a proposta da ora melhor colocada.

Ocorre que a Comissão Julgadora de Licitação decidiu equivocadamente pela benesse em favor da empresa KUPSKI CONSTRUTORA LTDA, eis que esta não comprovou preencher os pressupostos requeridos para o enquadramento previsto no Item 2.2, alínea a, do Edital, eis que seu faturamento é superior aquele previsto na legislação vigente.

In casu, tal irregularidade foi aventada pela Recorrente, qual pugnou pelo desenquadramento da mesma, no que condiz ao processo licitatório, eis que detém faturamento superior a aquele previsto no artigo 3º, inciso II da Lei da Lei Complementar 123/2006.

Porém, esta r. comissão desconsiderou os apontamentos formalizados pela Recorrente, mantendo a empresa **KUPSKI CONSTRUTORA LTDA** como Empresa de Pequeno Porte e, conseqüentemente, sagrando-a vencedora do processo licitatório em *epígrafe!*

Pois bem, a **Recorrente não concorda com a decisão proferida pela Comissão de Licitação**, razão pela qual, interpõe *tempestivamente* o presente recurso, rebatendo os argumentos expendidos por esse órgão, para o fim de restabelecer seus direitos no certame.

2. RAZÕES RECURSAIS:

Senhores Julgadores! Estamos diante de um processo viciado, qual esta r. comissão descumpre veementemente os requisitos editalícios, bem como, a própria Lei Federal.

Ora, como já demonstrando durante o deslinde licitatório, a empresa KUPSKI CONSTRUTORA LTDA auferiu, no ano calendário de 2016, o valor superior a R\$ 3.600.000,00 (três

milhões e seiscentos mil reais)¹, ou seja, acarretando seu desenquadramento da opção de Empresa de Pequeno Porte. Tal apontamento foi efetuado pela Recorrente que, no intuito de resguardar seus direitos e deveres no certame, manifestou sua impugnação, vejamos:

desfavor de KUPSKI CONSTRUTORA LTDA. a licitante Engaste afirma que há contradição entre o credenciamento da empresa como EPP (datado de 2018) e o balanço patrimonial apresentado (datado de 2016), o qual teria receita bruta pertinente à empresa que não é ME/EPP

Após verificada a incompatibilidade da licitante em permanecer como empresa de pequeno porte junto ao processo licitatório, esta r. comissão optou em diligenciar a fim de que, na melhor forma de direito, fosse constatada a veracidade da declaração/enquadramento formalizado pela licitante.

Ocorre que, de maneira sub-reptícia, esta comissão se utilizou da diligência a fim de beneficiar a licitante, eis que trouxe informações do balanço patrimonial referente ao exercício de 2017, ou seja, documento novo, qual não compreendem aqueles instruídos no processo licitatório, vejamos:

Diante da divergência entre o enquadramento como empresa de pequeno porte e o valor da receita bruta constante do balanço patrimonial exigível à data da licitação (referente ao exercício de 2016), foi feita diligência junto à sociedade empresária impugnada, que mandou as informações de receita bruta entregues via SPED e o balancete relativo a 31 de dezembro de 2017. Nesses documentos, foi possível constatar a receita bruta anual de R\$ 1.776.997,54 (um milhão, setecentos e setenta e seis mil, novecentos e noventa e sete reais e cinquenta e quatro centavos) durante o ano de 2017. Por este valor, fica caracterizada a qualidade de empresa de pequeno porte. Outrossim, foi examinado também o índice de Capital Circulante Líquido com base no balancete de 31 de dezembro de 2017, tendo a empresa atendido o edital – possui 11,89% do orçamento estimado para a obra. É fundamental frisar que os documentos originalmente constantes do envelope de n.º 01 atendem ao edital. A documentação frute da diligência serviu apenas para certificar a qualidade de EPP questionada pelos demais competidores. Apontamento impropriedade.

In casu, a diligência detém o intuito/interesse de averiguar as situações que se encontram em dubiedade, a fim de que possa dirimir as situações aventadas no processo licitatório. Porém, a r. comissão foi além, trazendo informações/fatos novos ao processo licitatório, que beneficiam a empresa **KUPSKI CONSTRUTORA LTDA.** E, SABIDO É QUE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, DIRETA E/OU INDIRETA DEVE ZELAR PELO INTERESSE E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. A CONDUTA PERPETRADA PELA COMISSÃO DE MANEIRA ALGUMA PODE SER OBSERVADA COMO IMPARCIAL - COMO ENTÃO DEVERIA SER.

Veja-se que, como já dito alhures, a empresa consagrada como vencedora trouxe o balanço referente ao exercício de 2016, sendo que a data licitatória é de 23/04/2018. Quiçá, houve tempo suficiente para confeccionar e apresentar o balanço referente ao exercício de 2017, **PORÉM NÃO O FEZ!**

¹ A Lei complementar 155 de 27 de outubro de 2016 modificou o artigo 3º, inciso II da Lei Complementar 132/2006, onde a receita bruta anual passou de R\$ 3.600.000,00 para R\$ 4.800.000,00. Frisa-se que, tal modificação foi a efeito para o próximo ano calendário, ou seja, o exercício de 2017.



Inobstante o acima exposto, a própria comissão afirma que recebeu “BALANCETES” referente ao exercício de 2017, sendo que o mesmo é **VEDADO PELO PRÓPRIO TEXTO EDITALÍCIO**, nos termos do item 3.1.3.2.2. vejamos:

3.1.3.2.2 As demonstrações contábeis do último exercício social deverão (a) ser já exigíveis e apresentados na forma da lei, vedada sua substituição por balancetes ou balanço provisório, (b) assinados pelo contabilista e pelo representante legal da entidade, (c) podendo ser atualizadas por índices oficiais quando encerrados há mais de três meses da data de apresentação da proposta, (d) comprovando boa situação financeira da empresa, de acordo com os procedimentos e as instruções adotados, no âmbito da Administração Pública Estadual, pela Contadoria e Auditoria-Geral do Estado – CAGE, para a avaliação da capacidade financeira de licitantes, nos termos do Decreto Estadual n.º 36.601, de 10 de abril de 1996, complementado pela Instrução Normativa CAGE/RS n.º 02/1996, ambos disponíveis na página de licitações do MPRS na internet (www.mp.rs.gov.br/licitacao/legislacao).

Eis que o Ente Ministerial, qual detém a legitimidade para fiscalizar os atos inerentes a administração pública, de forma contrária a própria legislação, traz informações desconhecidas no processo licitatório, através de documentos formalizados posteriores a data limite de entrega da documentação licitatória, a fim de beneficiar a concorrente para que, como no caso em tela, oferte valor inferior a melhor proposta através da benesse da lei complementar 123/2006.

Não se pode admitir que o Ministério Público, órgão que busca sempre os interesses da sociedade, viole a legislação da forma como o fez. Inexiste qualquer ser ou entidade soberana ou que se escuse de cumprir a lei.

Vejamos as orientações a seguir, de forma a justificar a indignação da ora Recorrente.

A Comissão de Licitação ou o pregoeiro somente podem realizar diligências quando houver dúvida sobre algum ponto obscuro ou complementar a instrução do processo (art. 43, § 3º). Isto não quer dizer que a Administração tenha discricionariedade quanto a realização de uma diligência. Em havendo dúvida deve diligenciar. Todavia, não é todo e qualquer documento que pode ser juntado aos autos do processo licitatório.

Este mesmo dispositivo legal ressalva, de forma clara, que os documentos que deveriam constar originalmente da proposta e não foram carreados, não poderão ser juntados posteriormente (habilitação jurídica, regularidade fiscal e qualificação técnica).

No momento de apresentação dos envelopes, a licitante deve ter conhecimento em face das exigências legais e editalícias, bem como, quais documentos deve apresentar. Não os trazer junto ao processo, na data limite, caracteriza descumprimento à lei e ao próprio edital, devendo ocorrer sumariamente sua inabilitação e/ou desclassificação, conforme o caso. Como ministra o ilustre Jessé Torres (2009, p. 526), “...a proibição de serem aceitos posteriormente respeita o direito dos demais licitantes ao processamento do certame de acordo com as exigências do edital.”. Então, as r. comissões de licitação e/ou pregoeiros estão proibidos de ordenar

diligências que tenham como finalidade a inclusão de documentação que deveria acompanhar a documentação e proposta.

O Tribunal de Contas da União, de forma contundente, segue a mesma linha do Acórdão 220/2007- Plenário. *“Também contraria o § 3º do mesmo artigo, pois aceita a inclusão posterior de documentos e informações que deveriam constar originariamente da proposta, uma vez que a conformidade desses documentos e informações com os requisitos do edital são considerados para a classificação da proposta.”.*

Todavia, é possível a juntada posterior de documento, quando este tem por objetivo esclarecer alguma dúvida de documento já juntado ao processo, ou seja, comprovar o conteúdo de um outro documento. **LEIA-SE: COMPROVAR O CONTEÚDO DE UM OUTRO DOCUMENTO JÁ ACOSTADO. COMPROVAR NÃO SIGNIFICA ALTERAR A REALIDADE FÁTICA EM RAZÃO DE DOCUMENTAÇÃO QUE JÁ DEVERIA TER SIDO ACOSTADA DE FORMA CORRETA. OU SEJA, IMPOSSIVEL SE FALAR EM ERRO FORMAL SANÁVEL.**

Com brilhantismo e clareza Marçal Justen Filho leciona:

“A realização da diligência não é uma simples “faculdade” da Administração, a ser exercitada segundo juízo de conveniência e oportunidade. A relevância dos interesses envolvidos conduz à configuração da diligência como um poder-dever da autoridade julgadora. Se houver dúvida ou controvérsia sobre fatos relevantes para a decisão, reputando-se insuficiente a documentação apresentada, é dever da autoridade julgadora adotar as providências apropriadas para esclarecer os fatos. *Se a dúvida for sanável por meio de diligência será obrigatória a sua realização.”*
(Marçal Justen Filho, Comentários à Lei de Licitação e Contratos Administrativos, 16ª ed, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2014, pág. 804.)

No caso vertente, impossível se consignar que haviam dúvidas. A empresa habilitada e que foi beneficiada com a diligência prestada pela Comissão colocou documento notadamente válido, porém, tendo ensejado em prejuízo tão somente para sua condição. Não pode a Comissão, ao seu bel-prazer, oportunizar que seja adequada documentação para alterar a realidade já demonstrada e/ou também solicitada quando da apresentação da documentação no primeiro momento.

A omissão acerca do prazo para realização de diligência, não autoriza que a Administração Pública disponha de ampla liberdade para realizá-la a qualquer tempo. A diligência deve ser efetivada em prazo razoável, cabendo à autoridade competente estabelecer desde logo, considerando as peculiaridades *in casu*. Bem como, deve ser antecedida de comunicação a todos os interessados, para que esses possam acompanhá-la, em obediência ao princípio da Publicidade, ao devido processo legal e ao contraditório os quais está submetida.



Mister evidenciar que a realização de diligência não visa beneficiar licitante admitido em licitação após superada as dúvidas inicialmente existentes em seus requisitos de classificação ou habilitação, ou prejudicar aqueles em que a diligência conduziu a sua exclusão. O objetivo nuclear é ampliar o universo de competição daqueles que efetivamente preenchem os requisitos exigidos ou excluir do certame os competidores destituídos dos requisitos necessários. E assim sendo, mister a impossibilidade de se oferecer o benefício do desconto à empresa que não se demonstrou ME ou EPP, apresentando balanço e documentação totalmente destoante daquilo requerido para que a benesse fosse implantada.

Ademais, a suposta economicidade aos cofres públicos em preterição da ora Recorrente chega a vultuosa quantia de R\$ 0,07 (sete centavos de reais). Ora, conforme se verá a seguir, a Comissão corre risco de responder por ato de improbidade caso mantenha a decisão de acatar a diligência e manter no procedimento documento totalmente novo, de qual era incumbência tão somente da empresa licitante interessada. Não podem os demais licitantes serem prejudicados em razão de erro proposto por uma das partes interessadas.

O provimento deste apelo recursal decorre, inicialmente, do Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório. E tal instrumento fora, inclusive, já colacionado alhures – item 3.1.3.2.2.

O edital é lei interna do certame e que vincula as partes. Na lição de Maria Sylvia Di Pietro, em sua brilhante obra Direito Administrativo, 26 ed. Atlas, 2013, p. 420:

[...] costuma-se dizer que o **edital é a lei da licitação**; é preferível dizer que é a lei da licitação e do contrato, **pois o que nele se contiver deve ser RIGOROSAMENTE cumprido, sob pena de nulidade; trata-se da aplicação do princípio da vinculação ao instrumento convocatório**, previsto no art. 3º da Lei 8.666/93.

Não bastasse, José dos Santos Carvalho Filho, na obra Manual de Direito Administrativo, 25 ed. Atlas, 2012, p. 244:

A vinculação ao instrumento convocatório é garantia do administrador e dos administrados. **Significa que as regras traçadas para o procedimento devem ser fielmente observadas por todos. Se a regra fixada não é respeitada, o procedimento se torna inválido e suscetível de correção na via da administração ou judicial. O princípio da vinculação tem extrema importância. Por ele, evita-se a alteração de critérios de julgamento, além de dar a certeza aos interessados do que pretende a Administração.** E se evita, finalmente, qualquer brecha que provoque violação a moralidade administrativa, a impessoalidade e a probidade administrativa. [...] **Vedado a Administração e aos licitantes é o descumprimento das regras de convocação, deixando de considerar o que nele se exige como, por**

exemplo, a dispensa de documento ou a fixação de preço fora dos limites estabelecidos.

Em suma, ordenar que os licitantes preencham todos os itens/requisitos estabelecidos no ato convocatório, nada mais é do que resguardar os princípios da igualdade e da isonomia. Além disso, dizer que se trata de mero erro formal a apresentação equivocada de documentos solicitados pelo edital, o qual foi amplamente divulgado, significa aceitar e tornar superior a conduta da empresa perante o condicionamento das demais em respeitar as regras impostas, dando ensejo ao tratamento desigual entre os concorrentes. E, **TAL CONDUITA VIOLA VEEMENTEMENTE A IGUALDADE ENTRE OS PARTICIPANTES, ACARRETANDO PREJUÍZO AOS DEMAIS INTERESSADOS.**

Neste norte, o próprio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul já foi categórico:

APELAÇÃO CÍVEL. LICITACAO E CONTRATO ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANCA. HABILITACAO DE EMPRESA QUE NÃO APRESENTOU TODOS OS DOCUMENTOS E OU INFORMACOES EXIGIDOS PELO EDITAL. DILIGENCIA DA COMISSAO DE LICITACAO POSSIBILITANTO A SUA JUNTADA EM MOMENTO POSTERIOR. ILEGALIDADE CONFIGURADA. VIOLACAO AO PRINCIPIO DA IGUALDADE DE TRATAMENTO DOS CONCORRENTES PRECONIZADA NO § 3º DO ART. 43 DA LEI DE LICITAÇÕES. APELACAO DESPROVIDA, PREJUDICADO O REEXAME NECESSÁRIO. (Apelação 70044885754, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator Arno Werlang. Dj 11.04.2012)

Ao permitir que a empresa concedente do desconto, KUPSKI, trouxesse aos autos documentação posterior para que fosse beneficiada pela Lei Complementar 123/2006, houve notadamente atuação contrária aos ditames da igualdade, vinculação ao edital, bem como moralidade e isonomia que devem resguardar os atos administrativos. Caso assim fosse, a Comissão estaria sendo conivente com a atuação, em prejuízo dos demais licitantes que agiram em total boa-fé. Até porque, todos os participantes detiveram de tempo para se prepararem para os possíveis incidentes que pudessem advir de eventual empate ficto.

Seria mefistofélico manter, por parte de Órgão notadamente respeitado pela conduta ilibada que busca demonstrar, pela busca da justiça e interesses sociais – como é o Ministério Público, tamanha aberração jurídica, justificando-se em princípios de razoabilidade.

Ora, trata-se de veemente arbitrariedade.

Na obra Curso de Direito Administrativo, 4 ed. Fórum, 2013, pg. 328, Lucas Rocha Furtado dispõe que: *“o administrador não aplica recursos particulares, mas públicos. A partir desta premissa, a legislação procura disciplinar todo procedimento licitatório. Isso importa em que a*

licitação deve observar a forma, os prazos, as etapas e todos os demais requisitos definidos em lei e no edital que serviu de instrumento convocatório para o certame. É certo que se o instrumento convocatório de uma licitação impõe determinado requisito, deve-se reputar como relevante tal exigência. Essa é a regra. [...] efetivamente, a regra será a aplicação e cumprimento dos preceitos do edital. Se nele consta determinada exigência, impõe-se cumpri-la. Em nome da realização do interesse da Administração, não pode a Administração simplesmente descumprir as regras definidas no edital em nome de um informalismo desmedido.”

Assim sendo, a própria lei traz os benefícios dos descontos, sendo que era de notável saber da empresa beneficiada a necessidade de sua comprovação, caso assim fosse necessário. Ora, em seu balanço patrimonial e demonstrações contábeis do exercício de 2016 e demais documentos apresentados acabou por assumir o risco de desprezar o benefício legal. Não se trata de direito indisponível, tendo a mesma ceifado sua possibilidade de utilização. **Conceder-se diligência para juntada de documento que SEQUER FOI APRESENTADO ANTERIORMENTE (SEJA NO INTENTO DE SE EXPLICAR O ANTERIOR OU SE RETIRAR QUALQUER DÚVIDA SOBRE O DOCUMENTO ANTERIOR). TRATA-SE DE NOVO DOCUMENTO, DE ANO DISTINTO, NO INTENTO DE SUPRIR A FALTA DE TAL INFORMAÇÃO QUANDO DA JUNTADA QUE ERA NECESSÁRIA – DATA DA ENTREGA DA DOCUMENTAÇÃO.**

Não se trata de documentação inexistente na época da entrega de exigências. Portanto, a faculdade da apresentação de documento diverso – discricionariedade – fora tão somente da empresa que se beneficiou com a diligencia autorizada pela douta Comissão. E, como já mencionado e por várias vezes frisado, a mesma deve arcar com os ônus de suas omissões e escolhas.

Que nas próximas situações, atue a licitante com a atenção necessária. O Ministério Público, como fiscal da Lei, não pode ser desmoralizado como será caso mantenha a decisão da comissão. Fiscalizador da lei, assume obrigação precípua de evitar que prejuízos e até situações de improbidade advenham da manutenção da habilitação.

Como também já mencionado, esta se colocando risco em uma situação que envolve a vultuosa economia de R\$ 0,07 (sete centavos de reais)!

No sentido da doutrina acima exposta, o Superior Tribunal de Justiça assim ponderou:

Administrativo. Mandado de Segurança. Licitação. Concorrência. Atraso na entrega dos envelopes contendo propostas. Alegada infringência ao princípio da razoabilidade. Suposto rigorismo e formalismo. Improvimento do recurso face à inexistência do direito líquido e certo. 1 – **A inobservância do princípio da razoabilidade não restou demonstrada. Existe, na licitação, predominância dos**



princípios da legalidade e igualdade (CF, art. 5º, caput, inc. II) [...] Recurso ordinário improvido. (MS 10404-RS)

Quanto ao assunto, a própria Lei de Licitações diz que o artigo 43, § 3º, não pode ser interpretado de forma isolada, devendo ser levados em consideração todos os princípios relevantes à licitação, sobretudo o da igualdade, do qual decorrem os princípios da isonomia entre os licitantes e da competitividade, consoante artigo 3º, já colacionado.

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.

Para melhor compreensão, vejamos o que diz o dicionário online PRIBERAM, acerca das palavras “esclarecer” e “complementar”:

Esclarecer: es·cla·re·cer [ê]

1. Dar ou comunicar luz ou claridade a.
2. Iluminar.
3. Tornar claro (o obscuro ou duvidoso).
4. Explicar, elucidar.
5. Ilustrar.
6. Tornar-se límpido (o céu, o tempo).
7. Amanhecer.
8. Iluminar, alumiar.
9. Tornar-se claro (o obscuro ou desconhecido).
10. Elucidar-se.
11. Informar-se.
12. Ilustrar-se.

Complementar: com·ple·men·tar

1. Completar.
2. Que serve de complemento ou é relativo a complemento. = COMPLEMENTÁRIO
3. Diz-se do ângulo que, com outro, perfaz 90º.
4. Que completa.
5. Diz-se da cor que, junta a outra, forma a cor branca.

Após breve e simplória análise, resta claro que a diligência proporcionada pela r. Comissão não teve qualquer condão de esclarecer ou complementar as informações prestadas

pela empresa beneficiada. HOUVE JUNTADA DE NOVO DOCUMENTO QUE ALTEROU A REALIDADE FÁTICA.

Os verbos devidamente exemplificados não se encaixam em nenhum de seus significados no que ocorreu no processo licitatório objeto da presente impugnação.

É importante compreender que os documentos e as informações posteriores não podem corresponder a dados inéditos no certame. É preciso que se restrinjam a esclarecer e a complementar as informações que já foram apresentadas tempestivamente pelo licitante – QUE NO CASO CONCRETO, NÃO OCORREU.

Como já dito, exaustivamente, ao aceitar documentação em contenda, poderia estar a Comissão de Licitação praticando ato de improbidade administrativa que atenta contra os Princípios da Administração pública. E, como forma de demonstrar a veracidade de tal informação, sobretudo no intento de se evitar qualquer alegação de ameaça – o que certamente não é o objeto ou objetivo da presente – colaciona-se o disposto no artigo 11, da Lei 8.429/92:

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:
(...)

Portanto, para se preservar o princípio da igualdade entre os concorrentes, mister que seja acolhido o recurso ora proposto.

Neste toar, o Plenário do Tribunal de Contas Gaúcho, no Acórdão 357/2015 decidiu que *“A Administração Pública deve pautar-se pelo princípio do formalismo moderado, que prescreve a adoção de formas simples e suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados, promovendo, assim, a prevalência do conteúdo sobre o formalismo extremo”*.

Assim, em que pese pudesse ter considerado erro meramente formal a entrega de documentação que não permite o deferimento da benesse em razão de empate ficto, torna-se medida imperativa a adoção de reavaliação da *decisum*, por total erro no conteúdo, forma e requisito para a concessão.

Por fim, para qualquer cidadão de conhecimento médio, que atua no ramo das licitações, assim como exigido para a formação das Comissões de Licitações, não se pode admitir que erros grosseiros sejam supridos por medidas supostamente discricionárias da administração.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nesse feito, a pretensão de manter o empate ficto é incompatível com os princípios que norteiam a licitação pública Lei Federal n. 8.666/93, bem como, o próprio Tribunal de Contas da União, vejamos:

Orientações e Jurisprudência do TCU - Licitações e Contratos - Orientações e Jurisprudência do TCU - Tribunal de Contas da União

Princípios

[...]

• **Princípio da Isonomia, significa dar tratamento igual a todos os interessados. Além desses princípios, a Administração Pública deve obediência ainda, dentre outros, aos princípios contraditórios, segurança jurídica, interesse público e eficiência.**

Vale destacar o que preceitua o artigo 3º da Lei Federal nº 8.666/93, *in verbis*:

“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 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”.

Ademais, a pretensão da r. comissão inviabiliza o eficaz e correto andamento da licitação, já que é incompatível com os princípios que norteiam a Licitação Pública (artigo 3º da Lei Federal n. 8.666/93), restringindo o caráter competitivo da licitação e impossibilitando a escolha da proposta mais vantajosa para o licitante – diante da vinculação do edital aos termos da Lei.

Referida pretensão além de irregular é crime. O artigo 90 da Lei Federal nº. 8.666/93, prevê a penalidade de frustrar ou fraudar a licitação, por inviabilizar o caráter competitivo que deve nortear o certame. *in verbis*:

Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação: Pena – detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa. (grifo nosso)

MARÇAL² esclarece que para a concretização da conduta não é necessária a frustração ou fraude do certame:

A Lei refere-se expressamente ao ajuste ou combinação. Normalmente, essa hipótese concretiza-se quando diversos licitantes arranjam acordo para determinar

² JUSTEN FILHO, MARÇAL. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 13ª ed. São Paulo: Dialética, 2009. p. 870.

a vitória de um deles. **Porém, são criminalmente reprováveis também acordos 'parciais', nos quais os licitantes estabelecem condições "paralelas" às previstas no ato convocatório. Não é necessário que haja frustração ou fraude da eficácia total da licitação. É suficiente que alguns dos aspectos do certame sejam atingidos.** (grifo nosso)

Ademais, é premente que a vinculação do edital licitatório deve ser o documento hábil que impreterivelmente norteia a futura firma de contrato após encerrado o certame licitatório, **SENDO SUA CONTEXTUALIZAÇÃO DE FORMA CLARA E OBJETIVA, NÃO PODENDO ADUZIR QUESTÕES INCOMUNICÁVEIS COM A MESMA.**

Sendo assim, as razões que motivaram a classificação e habilitação da empresa KUPSKI CONSTRUTORA LTDA não devem prosperar, **EIS QUE SÃO QUIMÉRICAS AS ALUSÕES ARGUIDAS PELA R. COMISSÃO DE LICITAÇÕES.**

Na debatida diligência, finaliza-se com as colocações abaixo:

“O âmbito da diligência, portanto, não é de suprir qualquer deficiência das propostas, mas o de sanar dúvidas que venham a surgir durante o certame. Ainda que seja do interesse da Administração garantir a mais ampla competitividade, a possibilidade de diligências não pode funcionar para manter na disputa aquele que não atendeu, na inteireza, as cláusulas do Edital, sob pena de ofensa ao princípio da isonomia.” (Vieira, Evelise Pedrosa Teixeira Prado, Lei de licitações e contratos da administração pública comentada, 2ª Edição, São Paulo, Editora Verbatim, 2014, página 427)

As diligências e esclarecimentos consistem em atividades desenvolvidas diretamente pela autoridade julgadora, destinadas a eliminar imprecisões e confirmar dados contidos na documentação apresentada pelo licitante. Envolvem a prática de ato administrativo, consistente em verificação de situação fática, requerimento de informação perante outras autoridades públicas, confirmação de veracidade de documentos e assim por diante. A diligência é uma providência para confirmar o atendimento pelo licitante de requisitos exigidos pela lei ou pelo edital, seja no tocante à habilitação, seja quanto ao próprio conteúdo da proposta.

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 obedecer aos princípios constitucionais e administrativos supremos.

Para se extirparem quaisquer dúvidas acerca do aventado no presente recurso, colaciona-se decisão do TRF-1:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. LICITAÇÃO PARA AQUISIÇÃO DE EQUIPAMENTOS DE SUPORTE À OPERAÇÃO AERONÁUTICA. SISTEMA DE

expostos. Salienta-se que a inaplicabilidade dos institutos referidos acarretará medidas que postergarão o resultado do certame.

b) No mérito:

b.1) seja **REFORMADA A DECISÃO da Comissão Permanente de Licitações, a fim de declarar vencedora a empresa ENGASTE PROJETOS, CONSTRUÇÕES E INCORPORAÇÕES LTDA, eis que ofertou a melhor proposta e preencheu todos os requisitos previstos no edital e, por conseguinte, desconsiderar o "empate ficto", bem como, a proposta ofertada pela empresa KUPSKI CONSTRUTORA LTDA,** nos termos da fundamentação supra; Por consequência, considerar a argumentação supra para desconsiderar a diligência, eis que juntado novo documento – fato avesso aos ditames legais.

b.2) requer, no caso de inadmissibilidade do presente recurso, sejam as mesmas encaminhadas a análise de autoridade superior competente;

b.3) Requer ainda, que sejam tomadas todas as demais medidas elencadas na Lei 8.666/93, no intuito de que nenhuma ilegalidade maior seja apresentada em futuras argumentações.

Por fim, protesta provar o alegado por todos os meios de prova em direito admitidas, sem prejuízo de outros que se fizerem necessárias para a comprovação do integral cumprimento do edital pela empresa Recorrente.

Salienta-se que, como já mencionado alhures, o não atendimento dos princípios e da legislação acima abarcada serão objetos de impugnação judicial.

Nestes termos,

Pede deferimento.

De Concórdia (SC),

Para Porto Alegre (RS), 04 de junho de 2018.

(assinado digitalmente)

André Luís Faccin Colossi

OAB/SC 32.816

(assinado digitalmente)

Marcelo R. dos Santos

OAB/SC 44.308

**ANDRE LUIS
FACCIN
COLOSSI**

Digitally signed by ANDRE LUIS
FACCIN COLOSSI
DN: cn=BR, ou=ICP-Brasil,
ou=Autenticado por AR CertSign,
ou=ranaturata+lgau+sa,
ou=9010251425, ou=ADVOGADO,
ou=9392433, cn=ANDRE LUIS FACCIN
COLOSSI,
email=andre.colossi@hotmail.com
Date: 2018.06.02 10:41:53 -03'00'

ANDRE CARLOS PAGOTTO
CPF/MF nº 001.114.089-54
Sócio Administrador

**MARCELO
RIBEIRO DOS
SANTOS**

Assinado de forma
digital por MARCELO
RIBEIRO DOS SANTOS
Dados: 2018.06.02
10:50:06 -03'00'