



PARECER JURÍDICO

Trata-se de parecer jurídico elaborado diante da interposição de recursos nos autos do Processo Licitatório n°. 090/2015 na modalidade de Concorrência Pública, cujo objeto é a contratação em regime de empreitada global para construção de um pavilhão industrial com área a ser construída de 2.000,00 m² em estrutura pré moldada, a ser edificado na área industrial localizada na Linha Fátima no Município de Mondai – SC, nos termos do Contrato de empréstimo n° 2013034401 firmado entre BADESC e o Município de Mondai - SC.

Na ATA DE RECEBIMENTO E ABERTURA DE DOCUMENTAÇÃO ocorreram os seguintes acontecimentos:

A Comissão, analisando as alegações e documentos, decidiu: Quanto à empresa Cleonor José Mahl & CIA LTDA ME: - Será inabilitada pelo fato de ter se declarado inidônea, bem como ter apresentado certidão negativa de débito com prazo de validade expirado. Tornando-se prejudicada a análise do acervo técnico ter sido assinado por pessoa física, eis que já se encontra inabilitada. (...) Em relação à empresa Construtora Bandera LTDA EPP: - Será inabilitada pelo fato de não apresentar a caução de 1% (um por cento), não apresentou o acervo técnico com a metragem mínima exigida, além de não apresentar prova de inscrição de contribuintes municipal e declaração de idoneidade exigidos no edital.

Das empresas inabilitadas apresentou recurso, tempestivamente, somente CLEONOR JOSÉ MAHL & CIA LTDA. – EPP.

Após o aporte recursal, a comissão de licitações comunicou os demais interessados para apresentação de impugnação. Ato contínuo a empresa CAIBI EMPREENDIMENTOS LTDA. apresentou “RECURSO ADMINISTRATIVO”.

Embora a denominação da peça recursal esteja equivocada – pois caso se tratasse de “recurso administrativo o mesmo seria intempestivo –, da análise do conteúdo do mesmo, se extrai que trata-se de impugnação. Sobre o caso, o entendimento que prevalece é o de que se deve aplicar a fungibilidade recursal.

A fungibilidade em última instância existe para fazer valer o princípio do devido processo legal. Isso porque, deve-se privilegiar o direito e a finalidade do instrumento chamado processo em relação à forma. Não se pode prejudicar a parte, ou retardar a prestação jurisdicional efetiva, tempestiva e eficiente em razão de apego exagerado aos rigorismos do procedimento. Não se pode permitir perecer um bem maior impondo-se a existência de formalismos que inclusive geram divergência, seja doutrinária, seja jurisprudencial.

Entretanto, não pode a Administração se furtar de analisar o pedido apresentado. Embora titulada erroneamente, não





reputamos maior gravidade ao equívoco por se tratar de mera falha de denominação, relevável plenamente, pelo princípio da fungibilidade dos recursos, conceito do processo civil plenamente aplicável ao procedimento administrativo, de acordo com a melhor linha de entendimento proferida pelo renomado processualista Humberto Theodoro Junior:

A jurisprudência evoluiu e hoje é predominante, até mesmo no STF, no sentido de que prevalece no sistema do Código atual, mesmo sem texto expresso, o princípio da fungibilidade dos recursos, desde que não tenha ocorrido preclusão (por esgotamento do prazo de recurso certo), nem seja grosseiro erro cometido na escolha da via recursal inadequada. (Curso de Direito Processual Civil/Vol. I, p/ 553).

Aliás, o Tribunal de Contas da União aceita a fungibilidade recursal. *Verbi gratia*:

TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. (...) Neste caso, o TCU em vez de arquivar este processo, poderia, em face do princípio da economia processual e do formalismo moderado, recebê-lo como representação, embora nominado "tomada de contas especial" - **analogamente ao que ocorre com a aplicação do princípio da fungibilidade das espécies recursais** - de forma a tornar possível a aplicação da sanção por mim sugerida." (grifo nosso) (AC-5209-27/15-2 - Relator MARCOS BEMQUERER - 11/08/2015)

Dessa forma, posiciona-se essa assessoria pelo recebimento do "recurso administrativo" apresentado pela empresa CAIBI EMPREENDIMENTOS LTDA. e seu processamento como IMPUGNAÇÃO, com base no princípio da fungibilidade.

Vista a questão do recebimento, passamos à análise do mérito recursal.

DO RECURSO DA EMPRESA CLEONOR JOSÉ MAHL & CIA LTDA.

A empresa CLEONOR JOSÉ MAHL & CIA LTDA. foi inabilitada pelos seguintes fatos: 1. ter se declarado inidônea; 2. ter apresentado certidão negativa de débito com prazo de validade expirado. Ademais, conforme consta na ATA DE RECEBIMENTO E ABERTURA DE DOCUMENTAÇÃO o acerto técnico fornecido é assinado por pessoa física, sendo que, contudo, tal fato não foi analisado visto que a empresa já se encontrava inabilitada.

Em suas razões recursais a recorrente alega:

A 'Declaração' da Recorrente, de 28.07.2015 - apresentada por exigência do item 5.7.1, letra "d" do Edital e elaborada com base no Anexo V do mesmo -, por óbvio contém (sic) equívoco material, pois se a empresa está participando do certame, certamente ela não pode dizer "...que foi declarada inidônea para licitar ou contratar com a Administração Pública" pois isso seria contrassenso, ilógico. Na verdade o que deveria ter sido escrito é que a empresa declarava "...que **não** foi declarada





inidônea para licitar com a Administração Pública.” Salta aos olhos que houve a omissão involuntária da expressão “não” em dita frase.

A razão da recorrente é rasa em sua fundamentação, posto que, afirmar que *“se a empresa está participando do certame, certamente ela não pode dizer “...que foi declarada inidônea para licitar ou contratar com a Administração Pública”* não é um contrassenso, nem tampouco ilógico. **Poderia muito bem ocorrer a situação na qual uma empresa que é declarada inidônea para licitar com a Administração Pública, por má-fé, se candidatar a participar de procedimento licitatório. Como a Administração Pública não tem como saber se a mesma é inidônea poderia permitir sua participação.**

A recorrente não buscou em suas razões demonstrar que não pesa sobre si declaração de inidoneidade, o que poderia muito bem ser feito através de diligências.

Não obstante, merece atenção especial em relação à omissão involuntária da partícula negativa “não”. Como dito acima, poderia a empresa omitir a mesma por má-fé numa tentativa de driblar eventual impossibilidade de participar de licitação. No entanto, no ordenamento jurídico vigente a má-fé necessita de prova sendo que, por regra, deve-se presumir a boa-fé.

Em consulta aos CADASTRO NACIONAL DE EMPRESAS INIDÔNEAS E SUSPENSAS (<http://www.portaldatransparencia.gov.br/ceis/?cpfCnpj=04517472000177&nome=&tipoSancao=>) o CNPJ da recorrente retornou como resposta que “não foram encontrados registros”.

Dessa forma, na ausência de prova em contrária, deve-se presumir válida a alegação de que a omissão da partícula “não” ocorreu de forma involuntária. Ademais, entende essa assessoria que o referido erro é de cunho formal e, pela forma do documento modelo, desculpável.

Sobre o tema, sopesar de forma distinta seria desconsiderar o Princípio do Formalismo Moderado que vige no procedimento licitatório, incidindo, conseqüentemente em **excesso de formalismo**, prática que é vedada pelo entendimento doutrinário, e jurisprudencial, tanto das cortes de contas quanto dos tribunais pátrios.

Sobre o tema:

(...) **Também na licitação têm incidência os princípios gerais do Direito Administrativo, dentre eles o do formalismo moderado, pelo qual ritos e formas não são fins em si mesmos, mas sim instrumentos para alcance das verdadeiras finalidades do procedimento administrativo, no caso da licitação a escolha da proposta mais vantajosa ao interesse público. Assim, mesmo que descumprida alguma formalidade, não há nulidade a reconhecer quando**





representativa de minúcia ou filigrana que se afaste da compreensão da finalidade dessa atuação estatal, colocando em segundo plano sua própria destinação, que é a seleção da proposta que melhor se molde ao interesse e às necessidades da Administração. (grifo nosso) (TJ-SC - AC 95697 SC 2009.009569-7, Relator: Cesar Abreu, Data de Julgamento: 29/06/2009, Segunda Câmara de Direito Público)

(...) **Licitação: irregularidade formal na proposta vencedora que, por sua irrelevância, não gera nulidade.** (grifo nosso) (STF - RMS: 23714 DF, Relator: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Data de Julgamento: 05/09/2000, Primeira Turma, Data de Publicação: DJ 13-10-2000 PP-00021 EMENT VOL-02008-02 PP-00226)

(...) **em homenagem ao princípio do contraditório, da ampla defesa e do formalismo moderado que regem o rito processual desta Corte de Contas (...).** (grifo nosso) (TCU - AC-2198-35/15-P, Relator: Marcos BEMQUERER. Plenário. Data de Julgamento: 02/09/2015)

(...) **A necessidade de aplicação de formalismo moderado nos procedimentos licitatórios de modo a não confranger o princípio da competitividade encontra jurisprudência firmada nesse Tribunal, conforme Acórdãos 695/1999-TCU-Plenário, 7334/2009-TCU-1ª Câmara e 2826/2009-TCU-Plenário.** (grifo nosso) (TCU - AC-1155-17-15-P, Relator: Benjamin Zymler. Plenário. Data de Julgamento: 13/05/2015)

Por tais razões, posiciona-se esta assessoria pela desconsideração da inabilitação pelo fato de ter apresentada declaração de que é inidônea para licitar com a Administração Pública com a omissão involuntária da partícula negativa “não”.

No tocante a Certidão Negativa de Débitos com prazo de validade expirado a recorrente alega em suas razões que:

A CND da empresa Recorrente fora (sic) tirada da internet com antecedência, e estava indicando que a empresa não tinha débitos federais pendentes, no entanto ela tinha uma limitação temporal (própria deste tipo de Certidão) até a data de 27.07.2015, mas isso não significa que no dia 28.07.2015 ela não seria emitida. Tanto é verdade que atualmente ela existe.

Em relação a tal ponto, deve-se, novamente, levar em consideração o Princípio do Formalismo Moderado. Ainda é preciso lembrar que quando da abertura do procedimento licitatório e entrega da documentação, a certidão apresentada estava dentro do prazo legal. Quando da emissão do CERTIFICADO DE REGISTRO CADASTRAL NR. 1281 (22/07/2015) a certidão encontrava-se válida. Assim não é condizente se exigir do licitante que venha renovar as certidões que vencem no decorrer do certamente.

A recorrente, anexou às suas razões nova Certidão Negativa de Débitos vigente.

Sobre o tema:





ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. TOMADA DE PREÇOS. CERTIDÃO NEGATIVA DE FALÊNCIA E CONCORDATA VENCIDA. **IRREGULARIDADE SANADA COM O OFERECIMENTO DE UMA OUTRA CERTIDÃO DEVIDAMENTE ATUALIZADA**, ANTES DA ABERTURA DAS PROPOSTAS. INABILITAÇÃO DESARRAZOADA. ATENDIMENTO AO REQUISITO DA QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA. 1. (...) 2. Desarrazoado o ato da impetrada que excluiu a impetrante do certame, pelo fato de ter apresentado a aludida certidão vencida, mesmo tendo, posteriormente, antes da abertura das propostas, oferecido uma outra certidão devidamente atualizada; tal irregularidade não tem o condão de obstar o atendimento da exigência quanto à capacidade econômico-financeira da impetrante, podendo, em princípio, concorrer em igualdade de condições com as demais licitantes. 3. Apelação e Remessa oficial improvidas. (TRF-5 - AMS: 82169 RN 2001.84.00.010099-2, Relator: Desembargadora Federal Joana Carolina Lins Pereira (Substituto), Data de Julgamento: 24/11/2005, Terceira Turma, Data de Publicação: Fonte: Diário da Justiça - Data: 17/02/2006 - Página: 890 - Nº: 35 - Ano: 2006)

Ademais, a verificação da situação fiscal do requerente poderia ter sido facilmente verificada com consulta na internet e emissão da respectiva certidão, nos termos do artigo 43, §3º da Lei 8.666/93 que assim dispõe:

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.

Além de tudo isso, é preciso considerar ainda que por se tratar de empresa de pequeno porte (EPP) a requerente goza da benesse prevista no artigo 43, §1º da Lei Complementar 123/06, cuja redação é a seguinte:

Art. 43. As microempresas e empresas de pequeno porte, por ocasião da participação em certames licitatórios, deverão apresentar toda a documentação exigida para efeito de comprovação de regularidade fiscal, mesmo que esta apresente alguma restrição.

§ 1º **Havendo alguma restrição na comprovação da regularidade fiscal, será assegurado o prazo de 5 (cinco) dias úteis, cujo termo inicial corresponderá ao momento em que o proponente for declarado o vencedor do certame**, prorrogável por igual período, a critério da administração pública, para a **regularização da documentação, pagamento ou parcelamento do débito e emissão de eventuais certidões negativas ou positivas com efeito de certidão negativa**.
(grifo nosso)

Ou seja, a requerente por disposição legal, tem a possibilidade de regularização da documentação relativa a regularidade fiscal após a data em que for declarado vencedor¹.

¹ Sobre o tema: REEXAME NECESSÁRIO. LICITAÇÃO E CONTRATO ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PREGÃO PRESENCIAL. INABILITAÇÃO DE LICITANTE VENCEDOR. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. **CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITO VENCIDA. POSSIBILIDADE DE REGULARIZAÇÃO DA SITUAÇÃO FISCAL**. ART. 43, § 1º, DA LC Nº 123/2006. Não tendo sido oportunizado o prazo previsto no art. 43, § 1º, da LC 123/06 para comprovação da regularidade fiscal, resta configurada a ilegalidade perpetrada pela Comissão de Pregão ao considerar a impetrante, empresa de pequeno porte inabilitada, violando-lhe o direito líquido e certo, merecendo ser mantida, portanto,





Portanto, posiciona-se esta assessoria pela desconsideração da inabilitação pelo fato de apresentação da Certidão Negativa de Débitos vencida.

Como nos posicionamos contrariamente à inabilitação pelos motivos acima já tratados, cumpre-nos analisar o registro na ATA DE RECEBIMENTO E ABERTURA DE DOCUMENTAÇÃO acerca da empresa CLEONIR JOSÉ MAHL & CIA LTDA. – EPP ter apresentado acervo técnico assinado por pessoa física.

Compulsando os autos, verifica-se que a Certidão de Acervo Técnico N° 03542/2012 foi emitida com base no ATESTADO TÉCNICO fornecido por ANDREA SECCHI – CPF 905.058.679-15.

Nas razões recursais, sobre o tema, a recorrente alega que:

E quanto à Certidão do Acervo Técnico (do CREA/SC), ele (sic) fora apresentado em nome do engenheiro civil Cleonor José Mahl, que é sócio e também responsável técnico da empresa Recorrente, e portanto tem que ser admitido como válido, até porque ele indica uma metragem (de 1.387,74 m²) superior à metragem da obra em licitação (2.000,00 m²), atendendo completamente o item 5.7.4, letra 'T', do Edital, que, diga-se de passagem, não diz que tal Acervo deveria ser de empresa.

No entanto, as razões da recorrente não devem prosperar visto que a CERTIDÃO DE ACERVO TÉCNICO apresentada, baseia-se em ATESTADO TÉCNICO fornecido por pessoa física, em total afronta ao disposto no artigo 30, II e §1° da Lei 8.666/93 que assim dispõe:

Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

(...)II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;

§ 1° **A comprovação de aptidão referida no inciso II do "caput" deste artigo, no caso das licitações pertinentes a obras e serviços, será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado,** devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, limitadas as exigências a (...).

a sentença que concedeu a ordem. SENTENÇA MANTIDA EM REEXAME NECESSÁRIO. (Apelação e Reexame Necessário N° 70061404646, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marilene Bonzanini, Julgado em 25/09/2014). (TJ-RS - REEX: 70061404646 RS, Relator: Marilene Bonzanini, Data de Julgamento: 25/09/2014, Vigésima Segunda Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 02/10/2014)





Embora o edital não faça menção expressa, no item tocante à comprovação da capacidade técnico-operacional, a que a CAT seja decorrente de ATESTADO TÉCNICO emitido por pessoa jurídica, tal exigência decorre de lei e, portanto, é implícita, visto que, nos termos do artigo 3º do Decreto-Lei nº 4.657/1942 (Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro), **ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece.**

A recorrente não juntou em suas razões recursais documento que pudesse sanar o referido vício. Ademais, a possibilidade de regularização posterior de que gozam as microempresas e empresas de pequeno porte refere-se tão somente à regularidade fiscal.

Assim, vedada a juntada de novos documentos, o entendimento desta assessoria é de que a empresa CLEONOR JOSÉ MAHL & CIA LTDA. – EPP deve ser inabilitada pelo fato de que não satisfaz as exigências legais acerca da comprovação relativa à qualificação técnica, por apresentar CERTIDÃO DE ACERVO TÉCNICO emitida com base em ATESTADO TÉCNICO fornecido por pessoa física.

DO RECURSO (RECEBIDO COMO IMPUGNAÇÃO) APRESENTADO PELA EMPRESA CAIBI EMPREENDIMENTOS LTDA.

O recurso apresentado pela empresa CAIBI EMPREENDIMENTOS LTDA merece acolhimento somente no que toca a combater a habilitação da empresa CLEONOR JOSÉ MAHL & CIA LTDA. – EPP, visto que a empresa CONSTRUTORA BANDERA LTDA não apresentou recurso acerca de sua inabilitação.

Em relação ao mérito do recurso, recebido como impugnação, o mesmo prospera tão somente no tocante a inabilitação do impugnado pela falta de apresentação de acervo técnico emitido por pessoa jurídica.

CONCLUSÃO

Por todo o exposto, no entender desta assessoria, o recurso da empresa CLEONOR JOSÉ MAHL & CIA LTDA. – EPP merece acolhimento em parte, mas ao final, a mesma deve ser considerada **INABILITADA** para o presente certame, pelo fato de que não apresentou CERTIDÃO DE ACERVO TÉCNICO na forma exigida pelo artigo 30, §1º da Lei 8.666/93.

Eis o parecer, para a apreciação devida.
Mondai, 03 de novembro de 2015.

ALEXANDRE OSCAR WILHELMS
Advogado – OAB/SC 25.034

