

Para: Sr. Sergio Gusmão Suchodolski  
Presidente do BDMG

Referência: Licitação BDMG-24/2019 – serviços de advocacia tributária – julgamento de recurso – adjudicação do objeto e homologação

Sr. Presidente.

Trata-se da licitação eletrônica por menor preço, para participação exclusiva dos pré-qualificados no âmbito do edital de pré-qualificação BDMG-29/2018, visando a contratação dos serviços de contencioso judicial com a propositura, cumulativa ou alternativamente, de ação ordinária, mandado de segurança e embargos à execução fiscal, visando a defesa dos interesses do BDMG ante eventual publicação de decisão desfavorável terminativa no âmbito dos seguintes Processos Administrativos Fiscais: 1) nº15504.730409/2014-64; 2) nº15504.720368/2018-21 e 3) nº15504.724734/2018-11, segundo especificações contidas no Edital e em seus anexos.

No prazo de publicidade legal foi-nos apresentado questionamento acerca da possibilidade de interessados que se apresentaram extemporaneamente à pré-qualificação participarem do certame, ao qual respondi que esta licitação, cuja publicação foi feita conforme a prescrição do edital BDMG-29/2018, item 2.4.2, é para participação exclusiva dos pré-qualificados até 11/10/2019, não havendo que se falar em qualquer prejuízo ao princípio da obtenção de competitividade, vez que desde o dia 21/09/2018 é possível aos interessados se pré-qualificarem.

A sessão pública foi aberta no dia 05/11/2019, às 9h30, em ambiente virtual do portal Compras MG, com a participação dos licitantes Cescon, Barrieu, Flesch & Barreto Sociedade de Advogados; Rolim, Viotti & Leite Campos Advogados; Verissimo, Moreira & Simas Advogados; e Sacha Calmon Misabel Derzi Consultores e Advogados.

Analisadas, todas as propostas originalmente cadastradas foram consideradas válidas em relação aos requisitos formais do edital.

Concluída a fase de lances, classificaram-se em primeiro lugar a Sacha Calmon, com o desconto ofertado de 21,35%, que passou a 21,50% após negociação; em segundo lugar a Verissimo, Moreira, com o desconto de 21,30%; em terceiro lugar a Cescon, Barrieu, com o desconto de 10%; e em quarto lugar a Rolim, Viotti, com o desconto de 3%.

Empreendida a análise pertinente declarei habilitada e vencedora da licitação a licitante Sacha Calmon.

Concedida a oportunidade para interposição de recursos a Verissimo, Moreira & Simas Advogados manifestou-se, via a ferramenta de chat, nos seguintes e exatos termos: “apresentamos recurso em face da habilitação da licitante vencedora, em razão de constar em seu CRC certidões vencidas”. Embora não utilizada a funcionalidade específica do sistema, considerei supridos os requisitos de admissibilidade e recebi o recurso interposto, para privilégio do princípio do contraditório, aplicável aos processos administrativos nos termos da Constituição da República, art. 5º, inciso LV.

As razões e contrarrazões de recurso foram apresentadas tempestivamente, via e-mail, e publicadas no portal do BDMG na internet e no Compras MG.

Passo, então, à instrução da decisão de Vossa Senhoria.

#### **DAS RAZÕES E CONTRARRAZÕES RECURSAIS E DA ANÁLISE PERTINENTE**

As argumentações trazidas pela Recorrente e pela Recorrida foram analisadas em sua integralidade, mas serão consignadas sinteticamente, em itálico e entre aspas, e correspondem à literalidade dos textos específicos contidos nas respectivas peças.

Em suas razões de recurso a Recorrente expende que “*o Certificado de Registro Cadastral do Fornecedor - CRC apresentado pela licitante informa que a Certidão Negativa de Falência, Insolvência Civil ou Recuperação Judicial da Empresa, encontra-se vencida, e, por este motivo, o referido escritório merece ser inabilitado, uma vez que é vedada (sic) à Comissão de Licitação habilitar concorrente que, conforme se demonstrará, não observou os requisitos legais para tanto. Fazê-lo seria violar o princípio da legalidade, ao qual a Administração Pública, composta também pelas Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista, deve se ater, sendo-lhe vedado deixar de seguir o que a lei determina, sob pena de ilegalidade e invalidez do ato*”; que “*a lei exige expressamente a análise da qualificação econômico-financeira das licitantes para fins de sua habilitação, exigência dispensada apenas na hipótese em que o critério de julgamento for a maior oferta de preço*”; que “*embora a Lei no 13.303 e o Regulamento Interno de Licitações do BDMG não definam a documentação que deverá ser apresentada para fins de comprovação da capacidade econômico-financeira, sendo silente o edital a este respeito, era necessário que se utilizasse a previsão contida no artigo 31 da Lei nº 8.666/93*”; que “*não tendo sido nenhum outro dos documentos previstos no artigo 31 exigido das licitantes, e sendo a Certidão Negativa de Falência, Insolvência Civil ou Recuperação Judicial uma das informações contidas no CRC, impunha-se, por determinação legal, a análise do referido documento, que deveria estar válido no momento da abertura do certame*”; que “*não tendo apresentado a referida certidão válida no momento procedimental adequado, cabe a inabilitação da licitante SACHA CALMON MISABEL DERZI CONSULTORES E ADVOGADOS*”; que “*nem há de falar que tal irregularidade foi suprida pelo acesso tardio à certidão, feita pelo Presidente da Comissão*”

*de Licitação, sob pena de se ferir o princípio da igualdade entre as licitantes, expressamente previsto no artigo 31 da Lei 13.303”, trazendo excertos de jurisprudência; e que “é mandamental a inabilitação da licitante que injustificadamente apresentou certidão negativa de falência vencida, afrontando exigência expressa da Lei. Qualquer ato da comissão de licitação que beneficie ilegalmente concorrente deve ser corrigido para que, assim, se evite a nulidade do certame e eventual responsabilização pessoal do agente administrativo competente”. Ao final, pede que “seja reformada a decisão da Comissão de Licitação para inabilitar a licitante SACHA CALMON MISABEL DERZI CONSULTRES E ADVOGADOS em virtude da ausência de apresentação de Certidão Negativa de Falência, Insolvência Civil ou Recuperação Judicial da Empresa válida e da impossibilidade de apresentação posterior de documentos que deveriam constar, válidos, no CRC”, “sob pena de agir esta douta comissão em ilegalidade, obrigando a Recorrente a buscar, na via judicial, a garantia da legalidade administrativa”.*

*Em sede de contrarrazões, afirma a Recorrida que “o Edital nº 24/2019 não exige dos licitantes a apresentação da Certidão Negativa de Falência, Insolvência Civil ou Recuperação Judicial. Dessa forma, conforme previsão específica do Item 2.5.1 do Edital, apenas serão analisados os documentos exigidos especificamente para o certame”; que “a previsão editalícia é clara ao consignar que sequer serão examinados documentos que não sejam exigidos para a licitação, mesmo que estejam com a validade expirada”; que “uma vez que a Certidão Negativa de Falência não se encontra no rol taxativo da documentação obrigatória para a participação do certame, sua exigência (sobretudo com a finalidade de levar à inabilitação de licitante) é medida totalmente descabida, que não encontra amparo no Edital e na legislação de regência, como pretende fazer crer o Recorrente”; que “a exigência de requisitos não previstos no edital configura inquestionável ofensa ao princípio da vinculação editalícia, em contraposição à expressa previsão do art. 41 da Lei nº 8.666/1993, configurando-se, pois, exigência ilegal, além de desarrazoada”, citando jurisprudência do STJ; que “não há dúvida de que as exigências válidas, sob a ótica da Corte Superior, são tão somente aquelas constantes dos editais, que devem prever de modo expreso todos os critérios e todas as exigências”; que “a argumentação do Recorrente, que pugna pela exigência de Certidão alheia ao Edital não encontra amparo sequer nos julgados mencionados em suas razões recursais: MS 17.361/DF e Apelação Cível 0006072-18.2013.8.13..0290/TJMG, ambos pela vinculação apenas às exigências contidas no edital. A leitura das ementas e dos acórdãos em sua integralidade são incontroversas nesse sentido”; que “a inabilitação dos licitantes nos próprios casos utilizados pelo Recorrente fundamentou-se no descumprimento de requisitos previstos nos respectivos editais – e não em normas estranhas ao certame –, contexto totalmente opostos ao ora em análise”; que “ainda que se entenda pela possibilidade de exigência de documentação não elencada pelo edital que norteia a licitação, o que se admite apenas em atenção ao princípio da eventualidade, ainda assim a insurgência do Recorrente não encontra amparo algum”; que “o próprio*

*Presidente da Comissão de Licitação, valendo-se de suas prerrogativas, procedeu à obtenção da referida Certidão Negativa de Falência, de modo que não há que se falar em qualquer irregularidade na apresentação do documento, apto a demonstrar a capacidade econômico-financeira da Recorrida”; que “na hipótese de se entender pela inadequação da obtenção da Certidão Negativa de Falência, não se admite a sobreposição do excesso de formalismo, principalmente quando dele não decorre qualquer prejuízo ao Poder Público e aos licitantes”; que “a doutrina e a jurisprudência não coadunam com o rigorismo formal, mas, pelo contrário, privilegiam a habilitação e a classificação de concorrentes por fatos irrelevantes, que não afetam a objetividade e a efetividade de suas propostas perante o Poder Público e nem os põem em posição vantajosa em relação aos demais participantes, como ocorreu no presente certame”, fazendo remissão a julgados da Justiça Federal, do STJ e do TCU; e que “ao contrário do que argumenta o Recorrente, a violação ao princípio da legalidade e da igualdade seriam afrontados na hipótese de suas razões serem acatadas, com a inabilitação de licitante que cumpriu integralmente as exigências constantes do Edital nº 24/2019”. Ao final requer que “seja desprovido o Recurso Administrativo, mantendo-se a decisão impugnada, com a homologação do processo licitatório e a adjudicação do seu objeto à Recorrida, licitante vencedora, segundo Item 8.1 do Edital”.*

Entendo procedentes as afirmações da Recorrida, exceto em relação a remissão à Lei Federal 8.666/1993, não aplicável (GUIMARÃES, SANTOS, 2017, p. 202), nem subsidiariamente (NORONHA, FRASÃO, MESQUITA, 2018, p. 249), a este certame<sup>1</sup> e afirmo que a razão não assiste, em qualquer medida, à Recorrente.

#### **Da não incidência da Lei Federal 8.666/1993**

Preliminarmente, repiso que o alcance objetivo da Lei Federal 8.666/93 sobre esta licitação restringe-se ao que determina Lei Federal 13.303/2019 nos artigos 41 e 55, inciso III. Tal limite advém do estabelecimento de regimes licitatórios diferenciados, pela Constituição da República.

Na visão de Marçal Justen Filho<sup>2</sup>, a promulgação da Lei Federal 13.303/2016 deu efetividade à alteração trazida pela EC 19/1998 ao art. 22, inciso XXVII, mediante o qual o

<sup>1</sup> GUIMARÃES, Edgar. SANTOS, José Anacleto Abduch. Lei das estatais: comentários ao regime jurídico licitatório e contratual da Lei nº 13.303/2016. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

NORONHA, João Otávio de. FRAZÃO, Ana. MESQUITA, Daniel Augusto. Estatuto Jurídico das Estatais: análise da Lei 13.303/2016. 1. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

<sup>2</sup> JUSTEN FILHO, Marçal (Org.) Estatuto jurídico das empresas estatais. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016, p. 284 e 285.

disposto na Constituição da República, art. 37, XXI, passou de fato a vincular somente a Administração Pública direta, autárquica e fundacional, ficando as empresas públicas – como o BDMG – subordinadas ao que determina a Carta Magna, art. 173, §1º, inciso III.

A redação original da CF/1988 previa um regime jurídico geral e uniforme para as contratações administrativas. Toda a atividade contratual da Administração Pública, inclusive da Administração indireta com personalidade jurídica de direito privado, subordinava-se à regra do art. 37, XXI, da CF/1988. Até por isso e enquanto vigente esse modelo, foi editada a Lei 8.666/1993 – adotando um regime uniforme para todas as contratações administrativas.

A alteração superveniente, promovida pela EC 19/1998, acarretou a redução do âmbito de vigência do art. 37, XXI. Com a nova redação, o art. 22, XXVII, passou a determinar que o referido art. 37, XXI, aplicava-se apenas para a Administração Pública direta, autárquica e fundacional. Já as empresas públicas e sociedades de economia mista, exploradoras de atividade econômica, passavam a se sujeitar ao art. 173, §1º, III, da CF/1988.

...

A diferenciação consagrada constitucionalmente não pode ser negada. Não é admissível o argumento de que, em face da Constituição, admitir-se-ia a existência de um mesmo e único regime licitatório e contratual para todos os sujeitos integrantes da Administração Pública. Essa tese equivale a tornar inútil a EC 19/1998.

Os regimes jurídicos estabelecidos são antagônicos. Verifique-se:

- da Lei Federal 8.666/1993, “Art. 54. Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado”.
- da Lei Federal 13.303/2016, “Art. 68. Os contratos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas, pelo disposto nesta Lei e pelos preceitos de direito privado”.

Portanto, a subsunção às disposições da Lei Federal 8.666/1993, enxergada principalmente pela Recorrente, não existe. Conforme reconhece o Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais<sup>3</sup>, as licitações instauradas pelo Banco submetem-se “a regime jurídico próprio,

---

<sup>3</sup>MINAS GERAIS. Tribunal de Contas do Estado. Denúncia n. 1054240. Rel. Cons. Gilberto Diniz. Sessão do dia 14/03/2019. Disponibilizada no DOC do dia 05/04/2019. Disponível em: <<https://tcjuris.tce.mg.gov.br/Home/BaixarArquivoArq?arquivo=1822260>>

consagrado na Lei n. 13.303, de 2016, de modo que, ressalvadas as disposições legais em sentido contrário, não se aplicam à espécie as disposições da Lei n. 8.666, de 1993”.

Contudo, o BDMG pode, sim, valer-se da Lei Federal 8.666/1993 quando da formatação dos requisitos de habilitação determinados pela Lei Federal 13.303/2016, mas isso decorre não de vinculação legal, mas de conveniência e oportunidade, visto que as formas contidas naquela lei são consagradas pela literatura técnica e jurisprudência específicas (GUIMARÃES, SANTOS, 2017, p. 207).

Isso posto, passo à avaliação do recurso, no mérito.

**Da vinculação ao edital: impossibilidade de exigência de comprovação de requisito não expressamente previsto no instrumento convocatório**

O BDMG, conhecendo por antecipação os licitantes, vez que a licitação é para participação exclusiva dos pré-qualificados no âmbito do edital BDMG-29/2018, não definiu no instrumento convocatório requisito de habilitação econômico-financeira.

Nisso o Banco não cometeu qualquer afronta ao princípio da legalidade, considerada a referida situação pontual fática. Perceba-se que

Os requisitos de habilitação deverão ser previstos e regulamentados no instrumento convocatório, que somente poderá prever estes requisitos arrolados taxativamente pela Lei. A Lei prevê o máximo que o instrumento convocatório poderá estipular como requisito de habilitação e não o mínimo. Logo, não há obrigação legal para que se exija o cumprimento integral de cada um desses requisitos, que deverão ser escolhidos de acordo com o objeto da licitação (JUSTEN FILHO (org), 2016, 456, 457)<sup>4</sup>.

Asseveram Edgar Guimarães e José Anacleto Abduch Santos<sup>5</sup> que “na inexistência de risco para a execução contratual, não há sentido na exigência de prova de capacidade técnica ou de capacidade econômico-financeira”.

Desse modo, embora a Lei Federal 13.303/2016 afirme em seu art. 58, §1º, que o requisito

---

<sup>4</sup> JUSTEN FILHO, Marçal (Org.) Estatuto jurídico das empresas estatais. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016.

<sup>5</sup> GUIMARÃES, Edgar. SANTOS, José Anacleto Abduch. Lei das estatais: comentários ao regime jurídico licitatório e contratual da Lei nº 13.303/2016. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p.209.

de habilitação econômico-financeira poderá ser dispensado nas licitações por maior oferta de preço, há outros cenários nos quais é possível a não estipulação – por exemplo, em licitações visando o fornecimento de bens para pronta entrega.

É curiosa a posição em que se coloca a Recorrente.

O estabelecimento de requisitos de habilitação visa salvaguardar o interesse do órgão licitador, não dos licitantes (ZYMLER et al., 2019, p. 232). De fato, tais requisitos interferem negativamente na competitividade (ZYMLER et al., 2019, p. 233, 236) devendo limitar-se ao mínimo necessário para determinar a perfeita consecução do contrato advindo da licitação<sup>6</sup>.

Portanto, ao tentar estabelecer ao próprio alvitre condição de habilitação, a Recorrente usurpa competência do BDMG, porque não possui legitimidade para tanto<sup>7</sup>, e milita contra a competitividade e a razão precípua de instauração da licitação, a obtenção da melhor proposta para o Banco<sup>8</sup>, a apresentada pela Recorrida.

Tenha-se ainda que, na regra que engendrou, das três possibilidades elencadas nos incisos do art. 31 da Lei Federal 8.666/1993 a Recorrente escolheu justamente o critério ao qual satisfaz e o qual avaliou não cumprido pela Recorrida. Por que determinou a apresentação da certidão negativa de falência/recuperação judicial/insolvência civil – inciso II – e não do balanço patrimonial e demonstrações financeiras – inciso I – mais idôneo à comprovação da higidez econômica? Seria porque ela, Recorrente, não atenderia à condição, conforme se verifica no respectivo relatório CRC – em anexo – emitido na data da sessão pública?

Contudo, pelo princípio da vinculação ao edital, aplicável tanto no regime da Lei 8.666 – art. 3º, caput – quanto no da Lei 13.303 – art. 31, caput –, não é possível ao BDMG exigir a comprovação de condição não prescrita no edital, entendimento pacificado na literatura técnica e na jurisprudência<sup>9</sup>.

<sup>6</sup> ZYMLER, Benjamin (et tal.). Novo regime jurídico de licitações e contratos das empresas estatais: análise da Lei nº 13.303/2016 segundo a jurisprudência do Tribunal de Contas da União. 1. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

<sup>7</sup> Lei Federal 13.303/2016, art. 68, c/c Código de Processo Civil, art. 18.

<sup>8</sup> Lei Federal 13.303/2016, Art. 31. **As licitações realizadas e os contratos celebrados por empresas públicas e sociedades de economia mista destinam-se a assegurar a seleção da proposta mais vantajosa**, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto, e a evitar operações em que se caracterize sobrepreço ou superfaturamento, devendo observar os princípios da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da eficiência, da probidade administrativa, da economicidade, do desenvolvimento nacional sustentável, da vinculação ao instrumento convocatório, da obtenção de competitividade e do julgamento objetivo.

<sup>9</sup> **No curso de uma licitação, é vedado alterar os critérios e as exigências fixadas no instrumento convocatório**. (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 17. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 112.)

"Os licitantes, ao analisarem o instrumento convocatório, devem ter condições de precisar tudo o que serão obrigados a fazer, caso saiam vencedores do certame. E, por outro lado, a Administração Pública só pode exigir aquilo que efetivamente estiver no instrumento convocatório, salvo, futuramente, se alterar o contrato, dentro das balizas legais, restabelecendo o equilíbrio econômico-financeiro. Demais disso, o instrumento convocatório deve indicar os documentos a serem apresentados pelos licitantes para que eles sejam habilitados no certame". (NIEBUHR, Joel de Menezes. Licitação pública e contrato administrativo. 2. ed. rev. e amp. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 44.)

"Como em qualquer certame licitatório, deverão ser observados os princípios adotados pela Administração: impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, eficiência, probidade administrativa, economicidade, desenvolvimento nacional sustentável, vinculação ao instrumento convocatório, competitividade e julgamento objetivo". (BITTERN COURT, Sidney. A nova lei das estatais. Novo regime de licitações e contratos nas empresas estatais. Leme (SP): JH Mizuno, 2017)

Na hipótese dos autos, a Administração, ao alterar critérios previstos no edital, feriu não só o princípio da legalidade, pois não observou a determinação legal de estrita vinculação ao instrumento convocatório (art.41 da Lei de Licitações), como também o princípio da isonomia, porque classificou licitantes, com base nos critérios modificados, que não comprovaram, de forma efetiva, sua regularidade fiscal para participar do certame" (STJ. REsp 501.720/R5, 2ª T., rel. Min. Franciulli Netto, j. em 21.08.2003, DJ de 03.11.2003).

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 3/STJ. CONCURSO PÚBLICO. OUTORGA DE DELEGAÇÕES DE SERVENTIAS CARTORÁRIAS EXTRAJUDICIAIS NOTARIAIS E REGISTRARIAS. PROVA DE TÍTULOS. DOCUMENTAÇÃO APRESENTADA. COMPROVAÇÃO DE ATIVIDADE ADVOCATÍCIA. TEMPO MÍNIMO. CERTIDÃO DA OAB. CERTIDÃO DE OBJETO E PÉ. ACRÉSCIMO ULTERIOR DE EXIGÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. OFENSA AO PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO EDITALÍCIA. ILEGALIDADE FLAGRANTE. POSSIBILIDADE DE INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. RE 632.853/CE. 1. O edital do concurso público constitui lei entre as partes, gerando direitos e obrigações tanto para a Administração Pública quanto para o candidato, compelidos ambos à sua fiel observância. (...) 4. Não há coçar-se do acréscimo ulterior de exigência de outro requisito que não aqueles previstos originalmente, de sorte que o indeferimento no cômputo de parte dos títulos em razão disso viola o princípio da vinculação ao edital e ofende a compatibilidade entre o exame e o conteúdo editalício, a autorizar a intervenção do Poder Judiciário para a correção da ilegalidade flagrante. (...). (STJ. RMS 57.416/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/10/2018, DJe 31/10/2018 – sem destaques no original)

APELAÇÃO CÍVEL - MANDADO DE SEGURANÇA - LICITAÇÃO - HOMOLOGAÇÃO E ADJUDICAÇÃO SUPERVENIENTES - PERDA DO OBJETO DO MANDAMUS - INOCORRÊNCIA - INABILITAÇÃO DE EMPRESA PARTICIPANTE - IMPOSSIBILIDADE - PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO EDITAL - ORDEM CONCEDIDA - RECURSO DESPROVIDO - SENTENÇA CONFIRMADA.

(...) Tendo em vista que no presente caso os documentos coligidos revelam que a empresa impetrante atendeu ao comando do edital, resta configurada a ilegalidade do ato administrativo que a inabilitou do certame, havendo, de tal modo, direito líquido e certo a amparar a pretensão inaugural, notadamente porque em processo licitatório deve ser observado o disposto no edital, sob pena de prática discriminatória que compromete o caráter competitivo da licitação. (TJ-MG - Ap Cível/Rem Necessária 1.0335.16.000751-4/003, Relator(a): Des.(a) Ângela de Lourdes Rodrigues, 8ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 21/02/2019, publicação da súmula em 14/03/2019)

AÇÃO DE MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. INABILITAÇÃO DE PARTICIPANTE POR DESCUMPRIMENTO DE REQUISITO NÃO PREVISTO NO EDITAL. PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO. LESÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO CARACTERIZADO. SEGURANÇA DENEGADA. SENTENÇA CONFIRMADA.

1. O edital de concurso público é norma que vincula tanto a administração pública como o candidato. Pelo princípio da vinculação ao edital, os procedimentos e regras nele traçados deverão ser rigorosamente observados sob pena de violação dos princípios da legalidade e da publicidade. 2. Revela-se ilegal e lesiva ao direito líquido e certo do participante, a sua inabilitação por descumprimento de requisito não previsto no instrumento convocatório. 3. Remessa oficial conhecida. 4. Sentença que concedeu a segurança confirmada no reexame necessário. (TJ-MG - Reexame Necessário-Cv 1.0480.13.010434-6/001, Relator(a): Des.(a) Caetano Levi Lopes, 2ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 27/09/2016, publicação da súmula em 07/10/2016)

MANDADO DE SEGURANÇA - CONCURSO PÚBLICO - POLÍCIA MILITAR - CURSO DE FORMAÇÃO DE SOLDADOS - INDEFERIMENTO DA MATRÍCULA - DOCUMENTO NÃO PREVISTO NO EDITAL - CARTEIRA NACIONAL DE HABILITAÇÃO DEFINITIVA - SEGURANÇA CONCEDIDA. (TJ-MS - MS: 1772 MS 2007.001772-



**Da possibilidade do suprimento de informações no âmbito da licitação**

Demonstrada a impropriedade da argumentação da Recorrente acerca da obrigatoriedade de se exigir comprovação do respectivo requisito habilitatório econômico-financeiro, passo aos equívocos cometidos no teor das razões recursais referentes às minhas prerrogativas de superação de vícios relativos tanto a propostas comerciais quanto à habilitação de licitantes.

No regime jurídico da Lei 8.666/93 e segundo a literalidade do art. 43, §3º, o instituto da diligência prestaria-se a esclarecer ou instruir, não a suprir.

Porém, tal entendimento vem sendo há muito tempo mitigado, em razão da supremacia do interesse público consubstanciado na obtenção da melhor proposta no âmbito da licitação.

Tenham-se como exemplos manifestações do Tribunal de Contas da União na forma consignada nos Acórdãos nºs. 1.758/2003, onde se decidiu pela licitude de medida tomada por pregoeiro que, acessando o respectivo sítio na internet, verificara a regularidade do licitante o qual apresentara certidão negativa de débitos junto ao FGTS vencida; 6.571/2012<sup>10</sup>; e 2.468/2017, do qual entende-se relevante a transcrição do seguinte excerto.

---

1, Relator: Des. Atapoã da Costa Feliz, Data de Julgamento: 18/06/2007, 3ª Seção Cível, Data de Publicação: 05/07/2007)

APELAÇÃO CÍVEL - MANDADO DE SEGURANÇA - LICITAÇÃO - INABILITAÇÃO - DOCUMENTO NÃO PREVISTO NO EDITAL - DIREITO LÍQUIDO E CERTO CONFIGURADO - RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO - REMESSA PREJUDICADA. 1. Ao que tudo indica, o campo de discricionariedade de atuação conferida à Administração no âmbito da análise da habilitação da licitante prevista nos dispositivos legais de regência e no Edital que disciplina o certame foi exorbitado pelo ato administrativo que inabilitou à Apelante do prosseguimento do certame licitatório, ante a exigência de documento não previsto no edital. 2. In casu, resta configurado direito líquido e certo da Impetrante, bem como ato da Administração que possa ser identificado como ilegal ou abusivo. 3. Recurso conhecido e desprovido. (TJ-ES - Remessa Ex-officio: 00044820820098080024, Relator: MARIA DO CEU PITANGA PINTO, Data de Julgamento: 24/05/2011, SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 01/06/2011)

LICITAÇÃO. PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO. DESCLASSIFICAÇÃO. 1 - A LICITAÇÃO, PROCEDIMENTO VINCULADO, DEVE OBSERVAR, ENTRE OUTROS PRINCÍPIOS, O DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO (ART. 41, DA L. 8.666/93). 2 - ILEGAL A DESCLASSIFICAÇÃO DE LICITANTE COM FUNDAMENTO EM EXIGÊNCIA DE DOCUMENTO NÃO PREVISTO NO EDITAL. 3 - REMESSA OFICIAL NÃO PROVIDA. (TJ-DF - RMO: 27193920078070001 DF 0002719- 39.2007.807.0001, Relator: JAIR SOARES, Data de Julgamento: 07/07/2010, 6ª Turma Cível, Data de Publicação: 15/07/2010, DJ-e Pág. 111)

<sup>10</sup> “[...] 26. A embargante levanta as seguintes omissões quanto ao Acórdão 2.882/2012 - 2ª Câmara: - o ato do pregoeiro de juntar aos autos uma nova CNDT (documento que já deveria constar originariamente da proposta apresentada) violou o disposto no art. 43, § 3º, da Lei de Licitações; [...] No que se refere à primeira questão apontada, cabe transcrever o teor do art. 43, § 3º, da Lei 8.666/93: “§ 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

27. [...] **a licitante não enviou documento exigido no item 8.5.4 do edital para sua habilitação no prazo especificado**. Dessa forma, a adoção, por parte do gestor, de diligência para obter os certificados comprovatórios de CMMI nível 3 ou superior e MPS.BR nível C ou superior, em tese, não estaria respaldada pela legislação, que veda a inclusão de documento novo.

28. Entretanto, consultando-se a jurisprudência selecionada deste Tribunal, verifica-se que esta Corte de Contas se posicionou no sentido de considerar 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 8.666/1993, por representar formalismo exagerado, com prejuízo à competitividade do certame (enunciado do Acórdão 1.795/2015 – Plenário, da relatoria do Ministro José Mucio Monteiro). [...]

Considere-se ainda posicionamento do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, acerca de documento apresentado após o encerramento da sessão pública.

ADMINISTRATIVO - LICITAÇÃO - PRETENSÃO DE DESCLASSIFICAÇÃO DE CONCORRENTE AO FUNDAMENTO DE IRREGULARIDADE FORMAL - **APRESENTAÇÃO DE REGISTRO JUNTO AO CONSELHO REGIONAL DE ENGENHARIA E ARQUITETURA ANTES DA HOMOLOGAÇÃO DO CERTAME** - LEGALIDADE DA HABILITAÇÃO DECLARADA PELO PODER PÚBLICO - INTEGRAL ATENDIMENTO AOS OBJETIVOS DO EDITAL - INTERPRETAÇÃO DO PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO EDITAL - INTELIGÊNCIA DO POSTULADO DA RAZOABILIDADE - SEGURANÇA DENEGADA - RECURSO DESPROVIDO. 1 - O princípio da vinculação ao edital admite interpretação, no sentido de verificar se o objeto da exigência foi atendido, para eliminar exigências desnecessárias e de excessivo rigor. 2 - A Lei de Licitações, em seu art. 43, §3º, autoriza a comissão responsável pelo certame empreender diligências, em qualquer fase da concorrência, para esclarecer ou complementar a instrução do processo. 3 - **Se a licitante que ofereceu a melhor proposta à municipalidade apresentou, antes da homologação do certame, o adequado registro junto ao Conselho Regional de Engenharia e Arquitetura - CREA, conforme exigido pelo edital, resulta desarrazoada a pretendida desclassificação da**

originariamente da proposta'. 28. Da leitura do dispositivo acima transcrito, verifica-se que a vedação se refere à inclusão de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta. 29. De acordo com a empresa, a nova CNDT juntada aos autos pelo pregoeiro enquadrar-se-ia como documento novo, o que impossibilitaria sua inclusão. 30. Ocorre que a nova CNDT extraída do sistema do TST pelo pregoeiro não constitui um novo tipo de documento, mas apenas a versão atualizada de um dos itens requeridos pelo edital". 31. A tese levantada pela embargante só se aplicaria caso o pregoeiro tivesse juntado ao processo licitatório documento não exigido inicialmente pelo edital.

**vencedora tão somente porque o documento não foi entregue à Administração na data de realização da sessão do pregão. 4 - Atendidas as exigências editalícias, em benefício da melhor proposta lograda no certame, é legal o ato de habilitação da concorrente.**

Precedentes. (TJMG - Apelação Cível 1.0569.13.002239-9/004, Relator(a): Des.(a) Sandra Fonseca, 6ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 07/10/2014, publicação da súmula em 17/10/2014)

Ressalta Joel de Menezes Niebuhr<sup>11</sup> que

Por força da razoabilidade, a própria Administração deve sanear falhas ou defeitos na documentação ou proposta dos licitantes que, ainda que sejam relevantes, estejam disponíveis a ela nos próprios autos do processo de licitação, nos arquivos da própria Administração ou em sistemas eletrônicos utilizados por ela.

Sente-se em precedentes mais recentes significativo alargamento das hipóteses em que se admite o saneamento de defeitos nos documentos de habilitação e nas propostas. **O TCU, por exemplo, assentou o entendimento de que defeitos nas planilhas podem ser corrigidos. E, mais do que isso, considera que o pregoeiro comete ilegalidade quando não permite a correção<sup>12</sup>. O defeito havido em planilha de composição de custos não pode ser compreendido como meramente formal. Ao contrário, claramente, o efeito é substancial. No entanto, como dito, em direção mais flexível, o TCU pacificou o entendimento de que é obrigação do pregoeiro permitir a correção de defeitos nas planilhas.**

Reconheceu o próprio legislador, na forma do Decreto Federal 5.450/2005, em seu art. 25, §4º, que “para fins de habilitação, a verificação pelo órgão promotor do certame nos sítios oficiais de órgãos e entidades emissores de certidões constitui meio legal de prova”. O Decreto Federal 10.024/2019, que traz novo regulamento à mesma matéria, manteve a regra, no teor do art. 43, §3º. No âmbito de Minas Gerais, rege o Decreto Estadual 44.786/2008, art. 9º, §2º, que

“para fins de habilitação, é facultada ao pregoeiro a verificação de informações e o fornecimento de documentos que constem de sítios eletrônicos de órgãos e entidades das esferas municipal, estadual e federal, emissores de certidões, devendo tais documentos ser juntados ao processo”,

<sup>11</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. Pregão Presencial e Eletrônico. 8. ed. ver, ampl e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 386 e 387.

<sup>12</sup> GOVERNO FEDERAL, Tribunal de Contas da União, Acórdão nº 1.487/2019. Plenário. Rel. Min. André de Carvalho. Julg. 26.06.2019.

o que significa suprir a ausência de informação que deveria constar originalmente na documentação.

#### **O instituto da diligência no âmbito da Lei Federal 13.303/2016**

Em relação ao que determina a Lei Federal 13.303/2016, o instituto da diligência foi definido nos limites do art. 40, inciso IV, pelo no Regulamento Interno de Licitações e Contratos Administrativos do BDMG, art. 14, in verbis:

Art. 14. O Pregoeiro, o Agente de Licitação ou a Comissão Especial de Licitação poderão, a seu exclusivo critério, para privilégio do interesse do BDMG e em qualquer fase da licitação, promover diligência destinada a suprir, esclarecer ou complementar a instrução do processo, podendo ser consultados os respectivos emitentes de documentação bem como qualquer repositório de dados e informações válidos disponível, inclusive em meio eletrônico e nos autos de outros processos licitatórios do BDMG, devendo os documentos produzidos serem juntados ao processo.

§1º. Por dados e informações válidos tenham-se aqueles cuja autenticidade possa ser verificada pelo Pregoeiro, pelo Agente de Licitação ou pela Comissão Especial de Licitação.

§2º. Consideram-se autênticos os documentos apresentados em originais, cópias autenticadas em cartório e cópias autenticadas por comparação com os respectivos originais, inclusive mediante acesso ao pertinente sítio da internet, pelo Pregoeiro, pelo Agente de Licitação ou pela Comissão Especial de Licitação.

§3º. A indisponibilidade do respectivo sítio da internet, quando da aferição de validade das cópias de documentos digitais, não importará na imediata inabilitação do licitante, cuja contratação ficará condicionada à comprovação específica.

Portanto, a rigidez atribuída pela Recorrente não resiste ao caráter instrumental das normas específicas, cuja finalidade não está no processo administrativo em si, está na obtenção da proposta mais vantajosa à Administração.

#### **Da ampla possibilidade de saneamento de vícios**

Nesse interim, são passíveis de saneamento praticamente todos os vícios que se refiram ao

rito formal, como é o aludido pela Recorrente, equivocadamente, tendo a Recorrida atendido a todas as exigências expressas no ato convocatório.

Tal expediente é possível em razão do cunho meramente declaratório (PEREIRA JUNIOR apud VARESCHINI, 2012, p. 151) da documentação de habilitação, por exemplo, para comprovação da capacidade econômico-financeira. Uma certidão negativa de falência e recuperação judicial ou de insolvência civil não constitui a condição fática a que se refere, apenas atesta essa condição<sup>13</sup>.

Com efeito, vez que a forma não é um fim em si mesmo<sup>14</sup> (MARÇAL, 2016, p.125) e a razão de licitar é, reitero, a obtenção da proposta mais vantajosa ao BDMG, princípio que prevalece sobre qualquer outro<sup>15</sup> (OLIVEIRA, 2017, p. 378), o que se busca não é verificar a capacidade de obediência estrita a regras editalícias, mas a efetiva aptidão à prestação dos serviços licitados.

Portanto, o exercício da prerrogativa fixada pelo edital, item 4.5.3, não contraria qualquer princípio norteador das licitações do BDMG, visto que galgado na legalidade e no interesse público objetivado, o interesse do Banco.

### **Da não infringência ao princípio da igualdade**

Sobre a igualdade, definem Jessé Torres Pereira Junior, Juliano Heinen, Marinês Restelatto Dotti e Rafael Maffini<sup>16</sup> que

<sup>13</sup> "Auspicioso aperfeiçoamento vem avançando no quadro normativo e na jurisprudência dos tribunais de contas quanto à possibilidade de admitir-se o suprimento de documentos de habilitação não apresentados no envelope ou apresentados com prazo vencido. A índole meramente declaratória das certidões admitiria tal situação, porém, o direito positivo e a jurisprudência das cortes de controle se opunham a tal reconhecimento. Como se dá com todo ato declaratório, da certidão não decorre o direito, que preexiste a ela e dela independe. O documento apenas certifica a existência do dado depositado em registro público. Se o dado lá estiver, a certidão desatualizada não inibe o direito, que decorre do registro, não da certidão. Assim, se venceu o prazo de validade de uma certidão do INSS, inadvertidamente apresentada pelo licitante, mas, ingressando-se no sítio eletrônico do Instituto, se verifica que o licitante encontra-se em dia com suas contribuições, motivo jurídico algum há para considera-lo em situação irregular perante a seguridade social, à conta de estar vencida a certidão, e inabilitá-lo para o certame com fulcro na certidão vencida". (VARESCHINI, Julieta Mendes Lopes. Coleção JML Consultoria. Licitações Públicas. Regime Jurídico da Licitação: Fase Interna e Externa; Pregão Presencial e Eletrônico; Lei Complementar 123/06; Sistema de Registro de Preços. Curitiba: JML Editora, 2012)

<sup>14</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 16ª ed. rev. at. amp. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

<sup>15</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 5ª ed. rev. at. ampl. São Paulo: Editora Método, 2017.

<sup>16</sup> PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres et al. Comentários à Lei das Empresas Estatais: Lei nº 13.303/16. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 230.

desdobra-se em duas obrigações impostas ao agente público: a primeira, de não admitir, prever, incluir ou tolerar cláusulas ou condições capazes de frustrar, restringir ou direcionar o caráter competitivo do procedimento licitatório, bem como de especificações excessivas, irrelevantes ou desnecessárias; a segunda, de tratar isonomicamente todos os que afluírem ao certame.

Depreende-se do exposto até aqui que a primeira obrigação definida no excerto de bibliografia técnica acima foi perfeitamente cumprida pelo BDMG e assim também a segunda obrigação, embora isso tenha escapado ao entendimento da Recorrente, que ignora o princípio da igualdade estar jungido ao viés material constitucional<sup>17</sup> (CARVALHO FILHO, 2016, p. 254). Preconizam Bernardo Strobel Guimarães, Leonardo Coelho Ribeiro, Carlos Vinícius Alves Ribeiro, Isabella Bittencourt Mäder Gonçalves Giublin e Juliana Bonacorsi de Palma que

A participação de particulares nos procedimentos de compra das estatais lhes assegura tratamento isonômico, sem que se instalem distinções entre eles. Evidente, contudo, é que a igualdade se faz a partir de um critério de comparação, pois é um conceito de relação. **Assim, a igualdade existe dentro de um certo critério de comparação.** Muitas vezes as estatais podem criar critérios de comparação próprios. Neste caso, apenas aqueles que se achem acobertados pelo referido critério devem ser tratados de modo isonômico. **Como diz a máxima, tratar desigualmente os desiguais é prestigiar a isonomia**<sup>18</sup>.

Desde o estabelecimento da classificação das propostas comerciais advindas da fase de lances, Recorrente e Recorrida ocupam posições absolutamente dispare, encontram-se em situações jurídicas diversas, não havendo, portanto, que se aventar ter havido qualquer tratamento diferenciado ilegal.

Dito de outra forma, fosse a Recorrente a detentora da melhor proposta, a si seria dispensada a atenção necessária para a consecução do melhor interesse do BDMG, nos limites da legalidade estabelecidos pela Constituição da República, o Estatuto Jurídico das Estatais, o Regulamento Interno de Licitações e Contratos do BDMG e o edital.

---

<sup>17</sup> "O princípio da igualdade, ou isonomia, tem sua origem no art. 5º da CR, como direito fundamental, e indica que a Administração deve dispensar idêntico tratamento a todos os administrados **que se encontrem na mesma situação jurídica**". (CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 30. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016)

<sup>18</sup> GUIMARÃES, Bernardo Strobel (et al.). Comentários à Lei das Estatais. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 208.

**CONCLUSÃO**

Em razão de a Recorrente se posicionar de confronto ao entendimento incontroverso dos órgãos administrativos de controle e do judiciário, conforme demonstrado, e aos princípios primevos e basilares

- a) **da legalidade** – todas as decisões tomadas por mim têm previsão expressa no edital e no Regulamento de Licitações do BDMG, elaborado em observância às disposições da Lei Federal 13.303/2016, e embora se vinculem ao regime jurídico específico estabelecido pela Constituição da República, coadunam com o regime geral da Lei Federal 8.666/1993;
- b) **da vinculação ao edital** – o que exige a Recorrente consiste em regra estabelecida injustificadamente por ela própria, sem previsão no ato convocatório da licitação;
- c) **da razoabilidade** – ainda que se pudesse considerar formalmente válida a regra elaborada pela Recorrente, afronta o entendimento do homem médio a inabilitação fundamentada em descumprimento de formalidade por licitante o qual cumpre materialmente o requisito;
- d) **da igualdade** – a inabilitação do licitante então melhor classificado e para o qual se comprovou o cumprimento dos requisitos de habilitação, os do edital e ainda o indevidamente prescrito pela Recorrente, é impor um tratamento diferenciado que afronta a isonomia constitucional;
- e) **da verdade material** – as decisões administrativas têm de se conciliar à realidade objetiva, no caso, o cumprimento pela Recorrida de todas as condições estabelecidas no instrumento convocatório e a detenção pela Recorrida da aptidão econômico-financeira objeto do recurso interposto;
- f) **do formalismo moderado e da instrumentalidade das formas** – atender ao pleito da Recorrente é sobrepor forma em detrimento de substância, é atribuir ao procedimento licitatório a finalidade precípua de cumprir ritualística processual, o que não é possível, não somente porque já se demonstrou a improcedência do pedido, mas também porque a lei determina a supremacia do interesse público como o objetivo final do certame; e
- g) **do interesse público, razão de ser do processo administrativo de licitação e de cuja satisfação depende a aplicabilidade dos demais princípios** – configurado na obtenção da melhor proposta, a da Recorrida, cuja inabilitação pleiteia faltosamente a Recorrente,

**CORRESPONDÊNCIA INTERNA**

LC-02-2019-I

21/11/2019

pugno pelo conhecimento e não provimento do recurso interposto e que Vossa Senhoria adjudique o objeto ao licitante vencedor, Sacha Calmon Misabel Derzi Consultores e Advogados, pelo custo total referencial de honorários de R\$ 398.387,45, correspondente ao desconto ofertado de 20,50% sobre os valores máximos estabelecidos no edital, acrescidos das despesas com transporte, hospedagem e alimentação que se fizerem indispensáveis ao acompanhamento e defesa dos interesses do BDMG, R\$45.000,00, importando no valor global máximo de R\$443.387,45 para a contratação advinda da licitação.

Respeitosamente,

Sergio Vieira de Souza Junior  
Agente de Licitações

Concordo com o aduzido nesta correspondência em relação à manutenção das decisões do Pregoeiro e recomendação pelo não provimento ao recurso interposto pela Verissimo, Moreira & Simas Advogados.

Em 25 / 11 / 19

Janaina Aparecida Rezende  
Gerente de Direito Administrativo do BDMG

Nos termos da legislação específica, nego provimento ao recurso interposto pela Verissimo, Moreira & Simas Advogados, mantenho as decisões do Pregoeiro, adjudico o objeto à vencedora o Sacha Calmon Misabel Derzi Consultores e Advogados e homologa a presente licitação.

Em 25 / 11 / 2019

Sergio Gusmão Suchodolski  
Presidente do BDMG