PARECER JURÍDICO Nº 009/2016 – CAU/RJ

EMENTA: Recurso interposto por licitante contra a análise das propostas técnicas. Rejeição do recurso. Princípio da autotutela. Apreciação como mera petição. Reforma parcial. Remeter à autoridade superior.

1) Relatório:

Trata-se de recurso administrativo interposto pela pessoa jurídica Ideorama Comunicação - EIRELI, no âmbito do procedimento licitatório constante do processo administrativo nº 2016-5-0121, realizado na modalidade Tomada de Preços, sob o nº 001/2016.

A recorrente insurge-se contra a análise das propostas técnicas de fls. 1.147/1.159, comunicada aos licitantes na sessão realizada no dia 30/08/2016, conforme ata de fls. 1.162/1.163, expondo os seguintes argumentos:

a) Em preliminar de mérito informa, em síntese, que esta Administração tem o poder-dever de rever seus próprios atos para anular os que apresentam vício de legalidade, em respeito ao princípio da autotutela, aduzindo, ainda, que houve infração ao princípio da publicidade, do contraditório e da ampla defesa, bem como desrespeito ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório.
b) No mérito, aduz a ilegalidade da habilitação das pessoas jurídicas LGA Comunicação LTDA. e Ex-Libris LTDA. pelo não atendimento dos requisitos de habilitação referente à qualificação econômica - financeira, bem como o não atendimento dos requisitos de habilitação referente à qualificação técnica pela pessoa jurídica Approach Comunicação Integrada LTDA.

Doravante, a pessoa jurídica LGA Comunicação LTDA. apresentou suas contrarrazões ao recurso às fls. 1.190/1.192, alegando a intempestividade do recurso.

Adiante a pessoa jurídica Approach Comunicação Integrada LTDA. também apresentou suas contrarrazões às fls. 1.194/1.198, alegando, em suma, que o requerimento de sua inabilitação com base na ausência de autenticação de um documento seria exemplo de excesso de formalismo, com ofensa aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Diante do exposto, passamos a proferir nosso entendimento.

2) Dos pressupostos recursais

São pressupostos recursais do processo administrativo a legitimidade, o interesse recursal, a existência de ato administrativo decisório, a tempestividade recursal, a forma escrita, a fundamentação e o pedido de nova decisão.

Nesta temática, depreende-se a intenção da recorrente para que sejam desclassificadas as pessoas jurídicas recorridas, em razão de vício na análise da documentação na fase de habilitação.

Contudo, afere-se dos autos a ausência de manifestação do interesse em recorrer da decisão prolatada na fase de habilitação (fls. 1.144/1.146), tendo ocorrido a decadência no seu direito, donde se conclui que o presente recurso é intempestivo.

Ademais, constata-se a manifesta ausência de interesse de agir no recurso interposto quanto aos trâmites da fase de habilitação, visto ter-se concluída sem impugnações, pelo que deve ser rejeitado o presente recurso.

Pelo exposto, deve ser rejeitado o recurso interposto, posto que verificada a intempestividade recursal, bem como a ausência de interesse de agir da recorrente.

3) Princípio da autotutela. Apreciação do recurso como mera petição

Ainda que o recurso seja intempestivo, possui esta Administração o poder-dever de revisar seus próprios atos para sanar os defeitos eivados de ilegalidade, em respeito ao princípio da autotutela, que se entende como o poder dever de a Administração Pública em anular seus atos quando eivados de ilegalidade, ou, revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade.

Corrobora com este entendimento as súmulas 346 e 473 do STF, que neste sentido dispõem:

> "Súmula 346
>
> A administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos."
>
> "Súmula 473
>
> A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque dêles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial."

Assim, ainda que o recurso mostre-se inadequado, o mesmo pode ser apreciado como mera petição, visto a alegação de supostas irregularidades no procedimento licitatório.

Este é também o entendimento do ilustre professor Marçal Justen Filho ao lecionar o seguinte:

> "Os pressupostos do recurso administrativo são apreciados com maior largueza do que se passa no Direito Processual. Assim se impõe porque vigora, no Direito Administrativo, o poder-dever de a Administração revisar os próprios atos e de sanar, até mesmo de ofício, os defeitos encontrados. Por isso, o vício apontado em um recurso defeituosamente formulado pode (deve) ser decretado pela

> Administração mesmo quando o recurso não preencha os requisitos legais. O recurso defeituoso pode ser apreciado como mero exercício de direito de petição" (Justen Filho, Marçal. Comentários à Lei de licitações e contratos administrativos. Ed. Dialética. Edição 15. Ano 2012.Página 1055).

Por possuir esta Administração o poder-dever de rever, a qualquer tempo, seus atos praticados quando eivados de vícios que possam ferir o princípio da legalidade, no intuito de saná-los, deve o recurso ser apreciado, porém como mero exercício do direito de petição.

4) Fundamentação:

Da preliminar de mérito

Em preliminar de mérito, requer a recorrente que seja recebido e apreciado o presente recurso, sob o argumento de que, pelo princípio da autotutela, esta Administração Pública deve, de ofício ou mediante provocação, controlar seus atos, anulando aqueles que apresentem vício de legalidade, pois destes não se originam direitos, e ainda, porque houve desrespeito ao contraditório, à ampla defesa e ao princípio da publicidade, tendo em vista que, pela ausência de uma licitante quando da decisão da fase de habilitação, deveria ter sido esta publicada na imprensa oficial, o que, segundo informa a recorrente, não ocorreu.

Visto as alegações recursais, inócuo procedermos novamente à análise do princípio da autotutela, haja vista a fundamentação supra a seu respeito, cabendo, neste instante, analisar tão somente a alegação, em preliminar de mérito, de desrespeito ao princípio da publicidade, e, consequentemente o desrespeito ao contraditório e à ampla defesa.

Por princípio da publicidade, orientamo-nos segundo o entendimento do ilustre mestre José dos Santos Carvalho Filho ao lecionar o seguinte:

> "Outro princípio mencionado na Constituição é o da publicidade. Indica que os atos da Administração devem merecer a mais ampla divulgação possível entre os administrados, e isso porque constitui fundamento do princípio propiciar-lhes a possibilidade de controlar a legitimidade da conduta dos agentes administrativos" (Dos Santos Carvalho Filho, José. Manual de Direito Administrativo. Ed. Atlas. Edição 30. Ano 2016.Página 26).

Neste aspecto, os atos administrativos devem ser publicados, a fim de que os administrados tenham ciência do ato praticado.

Assim, em análise da alegação da recorrente de que houve desrespeito ao contraditório, à ampla defesa e ao princípio da publicidade, visto a não publicação na imprensa oficial da decisão da fase de habilitação, afigura-se nos autos que realmente não houve a publicação do ato, mesmo com a ausência de uma licitante, contrariando o

disposto no § 1º, do artigo 109, da lei nº 8.666/93. Porém, comprova-se nos autos às fls. 1.203 e 1.204, que as atas foram devidamente encaminhadas, via e-mail, para a licitante ausente, o que convalida a ausência de publicação, tendo em vista que com o conhecimento efetivo da ata, não ocorreu prejuízo à licitante ausente.

Este é também o entendimento do Ilustre jurista Marçal Justen Filho, ao lecionar o seguinte:

> "A Lei determina que os atos indicados nas alíneas "a", "b", "c" e "e" do inc. I devam ser objeto de intimação através da imprensa oficial. O descumprimento dessa imposição não acarreta maiores consequências, no âmbito estrito da faculdade recursal, quando a prática do ato tiver chegado efetivamente ao conhecimento dos interessados." (Justen Filho, Marçal. Comentários à Lei de licitações e contratos administrativos. Ed. Dialética. Edição 15. Ano 2012.Página 1058).

Insta salientar que todos os atos do certame licitatório foram devidamente publicados no sítio eletrônico - portal de transparência - deste Conselho, conforme comprovado às fls. 1.229/1.230, dando ciência aos administrados dos atos praticados, em total respeito ao princípio da publicidade.

Assevera-se, ainda, que com a comunicação das atas à licitante ausente, convalidou também a ausência da suspensão dos trabalhos para eventual interposição de recursos, conforme dispõe o item 11.2.5. do Edital, pois tem-se que o prazo para recorrer da decisão iniciou-se da data da comunicação, ressaltando que a licitante ausente não recorreu, o que demonstra sua total ausência no interesse de recorrer.

Tendo em vista que, conforme demonstrado, não houve prejuízo à licitante ausente, bem como sua ausência de manifestação recursal, e também, que todos os atos foram devidamente publicados no portal de transparência desta Administração, não convém anular o ato, em respeito primordial ao princípio da eficiência o qual encontra-se vinculado este Conselho.

Conforme demonstrado, constata-se que não houve infração ao princípio da publicidade, e, consequentemente, ao contraditório e à ampla defesa, pois todos os licitantes foram devidamente cientificados da decisão constante na ata, pelo que não há necessidade de desfazer o ato ora praticado.

Do mérito

No mérito, alega a recorrente a ilegalidade da habilitação pelo não preenchimento dos requisitos de habilitação referente à qualificação econômica - financeira das pessoas jurídicas LGA Comunicação LTDA. e Ex-Libris LTDA., bem como o não preenchimento dos requisitos de habilitação referente à qualificação técnica da licitante Approach Comunicação Integrada LTDA.

Passemos, a seguir, à análise quanto à primeira alegação referente às pessoas jurídicas LGA Comunicação LTDA. e Ex-Libris LTDA.:

A pessoa jurídica LGA Comunicação LTDA., apresentou a escrituração contábil digital devidamente com o comprovante de recebimento, conforme se comprova à fl. 666, sendo certo que, conforme o § 1º, do artigo 1º da Instrução Normativa RFB nº 1420, que regula a matéria, dispõe que a ECD (escrituração contábil digital) deverá ser transmitida, pelas pessoas jurídicas obrigadas a adotá-la, ao Sistema Público de Escrituração Digital (Sped), instituído pelo Decreto nº 6.022, de 22 de janeiro de 2007, **e será considerada válida após a confirmação de recebimento do arquivo** que a contém e, quando for o caso, após a autenticação pelos órgãos de registro, o que demonstra cabalmente que o documento apresentado pela recorrida é legítimo, e, logo, válido, pelo que infundada as alegações da recorrente.

Em relação à pessoa jurídica Ex-Libris LTDA., a recorrente alega que a mesma não apresentou a documentação na forma de ECD (escrituração contábil digital), e, portanto, infringiu o disposto na alínea "a", do item 8.4 do Edital.

A Instrução Normativa RFB nº 1420, que dispõe sobre a Escrituração Contábil Digital (ECD), ordena, em seu artigo 3º, o seguinte:

> "Art. 3º Ficam obrigadas a adotar a ECD, nos termos do art. 2º do Decreto nº 6.022, de 2007, em relação aos fatos contábeis ocorridos a partir de 1º de janeiro de 2014:
>
> I - as pessoas jurídicas tributadas com base no lucro real;
>
> II - as pessoas jurídicas tributadas com base no lucro presumido, que distribuírem, a título de lucros, sem incidência do Imposto sobre a Renda Retido na Fonte (IRRF), parcela dos lucros ou dividendos superior ao valor da base de cálculo do Imposto, diminuída de todos os impostos e contribuições a que estiver sujeita; e
>
> III - as pessoas jurídicas imunes e isentas que, em relação aos fatos ocorridos no ano calendário, tenham sido obrigadas à apresentação da Escrituração Fiscal Digital das Contribuições, nos termos da Instrução Normativa RFB nº 1.252, de 1º de março de 2012.
>
> IV – as Sociedades em Conta de Participação (SCP), como livros auxiliares do sócio ostensivo."

Nesta lógica, verifica-se que, conforme e-mail de fl. 1.236, a representante legal da Ex-Libris LTDA., declara que o regime de tributação da mesma é lucro presumido, e, portanto, enquadrada entre aquelas obrigadas a apresentar escrituração contábil digital.

Assim, visto a obrigatoriedade desta pessoa jurídica entregar a ECD (escrituração contábil digital), como ora fundamentado, conclui-se pela não possibilidade de recepção da sua escrituração contábil através de documento físico autenticado, assentando-se, doravante, a irregularidade de sua habilitação.

Pelo exposto, tem-se pelo preenchimento dos requisitos de habilitação referente à qualificação econômica – financeira da pessoa jurídica LGA Comunicação LTDA. e pelo não preenchimento da pessoa jurídica Ex-Libris LTDA., devendo, portanto, ser

esta inabilitada no presente certame.

Em relação à alegação de que a pessoa jurídica Approach Comunicação Integrada LTDA. não preencheu os requisitos de habilitação referentes à qualificação técnica, haja vista o argumento de que a mesma teria apresentado os atestados de capacidade técnica em cópia simples, e, destarte, em desacordo com o item 8.7.4 do Edital, não deve prosperar, pois resta demonstrado nos autos que houve a suspensão, pelo Presidente da Comissão Permanente de Licitação, da reunião para a abertura dos envelopes de "proposta técnica" e "proposta de preços", conforme ata acostada aos autos às fls. 777/779, e que, na reabertura da mesma reunião, a pessoa jurídica Approach Comunicação Integrada LTDA. apresentou os originais dos referidos documentos, conforme certificado em ata acostada aos autos às fls. 1.144/1.146.

Salienta-se que, neste caso, a Comissão Permanente de Licitação, com base no permissivo do subitem 8.7.5 do Edital, suprimiu a irregularidade encontrada neste documento, visto ser um vício sanável, com o único intuito de viabilizar a ampla competitividade.

Mister destacar também que, como bem fundamentado pela recorrida nas suas contrarrazões ao recurso, a inabilitação desta ensejaria excesso de formalismo que prejudicaria a ampla competitividade no certame, ainda mais com a possibilidade de suprimir o vício.

Neste sentido, agiu bem a Comissão Permanente de Licitação em oportunizar à recorrida a apresentar o original do referido documento, suprimindo, como exaustivamente informado, o vício encontrado.

Assim, resta comprovado que a pessoa jurídica Approach Comunicação Integrada LTDA. cumpriu com o disposto no item 8.7.4 do Edital, haja vista estarem todos os seus documentos devidamente autenticados, conforme se comprova às fls. 464/622 dos autos, bem como pela apresentação dos originais dos atestados de capacidade técnica, restando, deste modo, regular e apta a prosseguir no procedimento licitatório.

Por todo o exposto, e visto a fundamentação ora exarada, deve esta Administração desabilitar a pessoa jurídica Ex-Libris LTDA. do presente certame licitatório, mantendo habilitadas as pessoas jurídicas LGA Comunicação LTDA. e Approach Comunicação Integrada LTDA.

Do requerimento de cópia do processo administrativo

Solicita a recorrente que esta Administração Pública lhe forneça cópia do processo administrativo.

Inicialmente, informamos que o processo administrativo em questão é público, acessível a todos os interessados e administrados, e, portanto, disponível para vista na sede desta autarquia.

Asseveramos que este Conselho fornece cópia dos autos mediante solicitação por escrito em formulário disponível no Setor de Atendimento e fornecimento de folhas

tamanho A4, conforme disposto no item 10 e subitens seguintes da Instrução Normativa nº 006/2015 do CAU/RJ.

Neste sentido, pode a recorrente solicitar as cópias mediante o fornecimento de folhas tamanho A4.

5) Conclusão:

Face ao exposto, conclui-se pela rejeição do recurso interposto, devendo, no entanto, ser apreciado como mera petição para, de ofício, anular os atos irregulares eivados de ilegalidade ora apontados neste parecer.

Salienta-se, ainda, que a recorrente pode obter cópia dos autos, caso cumpridas as exigências do item 10 e subitens seguintes da Instrução Normativa nº 006/2015 do CAU/RJ.

Por fim, encaminhe-se à Comissão Permanente de Licitação, para adotar as medidas que entender cabíveis, salientando que deverão obedecer aos trâmites dispostos no artigo 109 da Lei nº 8.666/93, principalmente quanto ao §4º, com o encaminhamento da decisão do Presidente da Comissão Permanente de Licitação à autoridade competente dentro do prazo de cinco dias.

É o parecer.

Rio de Janeiro, 21 de setembro de 2016.

Stefano Guimarães Klappoth de Morais
Especialista Jurídico
OAB/RJ 132.557

De acordo

Carla Dias Belmonte
Assessora-Chefe do Jurídico
OAB/RJ 155.185-CAU/RJ