

**À COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÕES DO CONSELHO REGIONAL
DE MEDICINA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - CREMERJ.**

PROCOLO CREMERJ
10196119

13:58:51
03/12/2013



Ref.: Concorrência Pública nº 01/2013

CDN COMUNICAÇÃO CORPORATIVA LTDA. ("CDN"), com sede na Avenida Brigadeiro Faria Lima, nº 2.601, 9º andar, Bairro Jardim Paulistano, Cidade de São Paulo, Estado de São Paulo, CEP: 01451-001, vem, por seu representante legal abaixo assinado, com fundamento no artigo 109, inciso I, 'a', da Lei Federal nº 8.666/93 e no item 13.1 do Edital ("Edital") da Concorrência Pública nº 01/2013 ("Concorrência Pública"), interpor

RECURSO ADMINISTRATIVO

com efeito suspensivo, nos termos do artigo 109, §2º, da Lei Federal nº 8.666/93, contra a decisão que inabilitou a CDN no âmbito da Concorrência Pública em referência, pelas razões de fato e de direito aduzidas adiante.

01. A D. Comissão Permanente de Licitações da Concorrência Pública em tela, na sessão pública realizada no dia 02/12/2013, **inabilitou** a CDN, por não ter apresentado a declaração exigida no item 5.1.4, letra “d” do Edital (“Declaração”)¹.

02. No entanto, tal decisão viola a legislação aplicável aos procedimentos licitatórios e os princípios que norteiam a Administração Pública, como a seguir se demonstrará.

1. DO DEVER DE PROMOVER DILIGÊNCIA E DO EXCESSIVO RIGOR FORMAL

03. O artigo 43, §3º da Lei Federal nº 8.666/93 e o item 5.2 do Edital preveem a promoção de diligências, em qualquer fase da licitação, para esclarecer ou complementar a instrução do processo licitatório. Veja-se:

“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.” (D/n)

*“5.2) O CONTRATANTE poderá promover visita às dependências da Licitante e **consulta às entidades competentes**, a fim de comprovar a exatidão das informações contidas nos documentos requeridos.” (D/n)*

04. Cumpre observar que, a despeito de os dispositivos mencionados acima fazerem referência à diligência como mera faculdade da Comissão Permanente de Licitação, **MARÇAL JUSTEN FILHO** ensina que a realização de diligência não corresponde a *mera faculdade* do ente condutor do procedimento licitatório, **mas sim a uma obrigação**. Veja-se:

*“A autorização legislativa para a realização de ‘diligências’ acaba despertando dúvidas. **Em primeiro lugar, deve destacar-se que não existe uma***

¹ “d – Comprovação de registro no CONRERP – Conselho Regional das Empresas de Relações

competência discricionária para escolher entre realizar ou não a diligência. Se os documentos apresentados pelo particular ou as informações neles contidas envolverem pontos obscuros – apurados de ofício pela Comissão ou por provocação de interessados –, **a realização de diligências será obrigatória.** **Ou seja, não é possível decidir a questão (seja para desclassificar o licitante, seja para reputar superada a questão) mediante uma escolha de mera vontade.** **Portanto, a realização da diligência será obrigatória se houver dúvidas relevantes.**² (D/n)

05. Os entendimentos de **ADILSON ABREU DALARI; ANDRÉ GUSKOW CARDOSO;** e **FERNANDO VERNALHA GUIMARÃES** também são no sentido de que a promoção de diligências corresponde a uma *obrigação* do ente condutor do procedimento licitatório. Confira-se:

*“Evidentemente não se pode aceitar que o agente administrativo possa decidir livremente se deseja ou não promover uma diligência esclarecedora. **Se assim fosse, sempre haveria risco de tratamento não igualitário; de condescendência com relação a algum licitante e de rigor em relação a outro. Portanto, a previsão legal estabelece um dever de promover diligências esclarecedoras, e não uma faculdade. Esclarecer eventual dúvida quanto a sua proposta é um direito do licitante.**”³ (D/n)*

“2. O cabimento das diligências: a interpretação adequada do art. 43, §3º, da Lei 8.666/93

O art. 43, §3º da Lei 8.666/93 estabelece que ‘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’. Trata-se de norma geral, aplicável a todas as modalidades licitatórias e a todas as esferas da federação.

² JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 12ª. Ed., São Paulo: Dialética, 2012, pp. 691/692.

³ DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos Jurídicos da Licitação*. 6ª. Ed., São Paulo: Saraiva, 2003,

A redação do referido dispositivo leva alguns a indicar que a realização de diligências seria facultativa, mera faculdade discricionária da Administração promotora do certame. Há, inclusive, acórdão do E. STJ que defende que 'A promoção de diligência é uma faculdade da Comissão de licitação, constituindo, portanto, medida discricionária do administrador' (REsp 102.224/SP, 2ª T, rel. Min. CASTRO MEIRA, j. 5.4.2005, DJU 23.5.2005).

2.1 O dever de produzir diligências

Contudo, esse entendimento não é compatível com o regime licitatório consagrado pela Constituição e pelas Leis 8.666/93 e 10.520/2002. Essa norma, apesar de ter prescrito ser 'facultada' à Administração a promoção de diligências para sanar dúvidas atinentes à documentação, deve ser interpretada no sentido de atribuição de um dever jurídico de assim proceder quando se verificar a hipótese contemplada pela Lei.

Afinal, em virtude do princípio da legalidade, **a Administração não tem 'faculdade' para agir. Tem, na realidade, o dever jurídico de atingir a finalidade normativa pré-determinada.** Em conseqüência, o licitante tem direito a exigir que a Administração promova diligências para o esclarecimento de dúvidas a respeito de sua documentação ou proposta.⁴

"Trata-se de reconhecer a aplicação do princípio da instrumentalidade dos poderes públicos, impedindo-se a conclusão de que a Administração 'poderá', segundo sua vontade, determinar ou não a realização de diligências de molde a atender a prescrição do art. 43 da Lei nº 8.666/93."⁵ (D/n)

06. Ressalte-se que a jurisprudência do E. Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais ("TCE-MG") também reconhece que a promoção de diligências é obrigatória, conforme se depreende do trecho transcrito abaixo:

⁴ CARDOSO, André Guskow. *As diligências produzidas nos processos licitatórios e a necessidade de respeito ao contraditório e à ampla defesa.* In Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, nº 15, mai. 2008, disponível em <http://www.justen.com.br/informativo.php?l=pt&informativo=16&artigo=811>, acessado em 24.5.2013.

⁵ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Promoção de Diligências pela Comissão para Esclarecimento Sobre a Documentação – Aplicação do § 3º do Art. 43 da Lei nº 8.666/93 – A Relativização Do Formalismo no Processo Licitatório.* Informativo de Licitações e Contratos da Consultoria Zênite. Doutrina – 440/123/MAI/2004

*“Devidamente citados, os gestores municipais **alegaram que a realização de diligência pela CPL é facultativa.** Afirmaram, ainda, que os preços apresentados pela Denunciante são inferiores ao (sic) de mercado e que em contratos anteriores celebrados com a referida empresa houve várias reclamações quanto à qualidade da carne ofertada.*

*(...) O art. 43, §3º da Lei 8.666/93 estabelece que é facultada à CPL a realização de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo. No entanto, se houver dúvidas nas informações prestadas pelos licitantes e essas se derem sobre pontos importantes, **a CPL tem o dever de realizar as diligências.***

Nesse sentido, estabelece Marçal Justen Filho:

Se os documentos apresentados pelo particular ou as informações neles contidas envolverem pontos obscuros – apurados de ofício pela Comissão ou por provocação de interessados – a realização de diligência será obrigatória. Ou seja, não é possível decidir a questão (seja para desclassificar o licitante, seja para reputar superada a questão) mediante uma escolha de mera vontade. Portanto, a realização de diligência será obrigatória se houver dúvidas relevantes.

Embora a CPL tenha agido de acordo com as regras editalícias, coaduno com o Parquet de Contas, tendo em vista que essa poderia ter realizado diligências para sanar a dúvida quanto à identificação do signatário da proposta de preços, conferindo na própria sessão de abertura das propostas se a assinatura era a mesma do representante qualificado na fase de credenciamento.

*Tal atitude não se afigura razoável, tendo em vista que **a CPL agiu com formalismo exagerado, ao invés de realizar diligências para identificar a pessoa que assinara a proposta de preços, antes de desclassificar a Denunciante.**⁶ (D/n)*

07. No presente caso, o dever de diligência se mostra ainda mais claro quando nos atentamos para o fato de que a falha na documentação da CDN diz respeito a uma simples declaração, cujas informações são de fácil acesso junto ao CONRERP.

⁶ TCE-MG – Processo nº 838920 – Relator Conselheiro Presidente Cláudio Terrão – D.J. 7.8.2012.

08. Ora, diante disto, resta certo que, a despeito da falta de apresentação da Declaração, **simples diligência** perante o CONRERP **poderia esclarecer/comprovar que a CDN** possui registro regular perante o Conselho Regional das Empresas de Relações Públicas.

09. Ademais, repita-se o Edital é claro em seu item 5.2, página 7, ao afirmar:

“5.2 O Contratante poderá promover visita às dependências da Licitante e consulta às entidades competentes, a fim de comprovar a exatidão das informações contidas nos documentos requeridos.”

10. Assim, fica claro no presente caso a possibilidade e efetividade de uma mera diligência ou consulta ao CONRERP para sanear a falha apontada pela D. Comissão Permanente de Licitações, a qual, ao assim não proceder, incorreu em nova violação ao ordenamento, por excessivo rigor formal, algo que o ordenamento jurídico pátrio não tolera.

11. Sobre este ponto, traz-se a lição de **CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO**, a qual é firme no sentido de que durante a fase de habilitação a entidade que conduz a licitação pública deve abster-se de exigências ou rigorismos inúteis. Veja-se:

“Na fase de habilitação a promotora do certame deve se abster de exigências ou rigorismos inúteis. Isto bem se entende à vista das considerações enunciadas em acórdão que, no dizer do eminente Adílson Dallari, já se tornou clássico: ‘**Visa a concorrência pública fazer com que o maior número de licitantes se habilitem para o objetivo de facilitar aos órgãos públicos a obtenção de coisas e serviços mais convenientes a seus interesses. Em razão deste escopo, exigências demasiadas e rigorismos inconstitucionais com a boa exegese da lei devem ser arredados. Não deve haver nos trabalhos nenhum rigorismo e na primeira fase da habilitação deve ser de absoluta singeleza o procedimento licitatório.**”⁷ (D/n)

12. Ressalte-se que a jurisprudência do E. Tribunal de Contas da União (“TCU”) e do E. Superior Tribunal de Justiça (“STJ”) também reconhece que o

⁷ BANDFIRA DE MELLO. Celso Antônio. *Op. cit.* p. 595.

apego a formalismos exacerbados não pode ser aceito em matéria de licitações públicas. Veja-se:

“(...) 19. o apego a formalismos exagerados e injustificados é uma manifestação perniciosa da burocracia que, além de não resolver apropriadamente problemas cotidianos, ainda causa dano ao Erário, sob o manto da legalidade estrita. Esquece o interesse público e passa a conferir os pontos e vírgulas como se isso fosse o mais importante a fazer. Os princípios da proporcionalidade e razoabilidade acarretam a impossibilidade de impor conseqüências de severidade incompatível com a irrelevância de defeitos. Sob esse ângulo, as exigências da Lei ou do edital devem ser interpretadas como instrumentais.”⁸ (D/n)

“ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. ALEGADA VIOLAÇÃO DO ART. 41 DA LEI 8.666/93. NÃO-OCORRÊNCIA. SESSÃO PÚBLICA DE RECEBIMENTO DOS ENVELOPES. ATRASO NÃO-VERIFICADO. DOCTRINA. PRECEDENTE. DESPROVIMENTO.

1. A Administração Pública não pode descumprir as normas legais, tampouco as condições editalícias, tendo em vista o princípio da vinculação ao instrumento convocatório (Lei 8.666/93, art. 41).

2. A recorrida não violou o edital, tampouco a regra constante do art. 41 da Lei 8.666/93, porquanto compareceu à sessão pública de recebimento de envelopes às 8h31min, ou seja, dentro do prazo de tolerância (cinco minutos) concedido pela própria comissão licitante. Com efeito, não houve atraso que justificasse o não-recebimento da documentação e da proposta.

3. Rigorismos formais extremos e exigências inúteis não podem conduzir a interpretação contrária à finalidade da lei, notadamente em se tratando de concorrência pública, do tipo menor preço, na qual a existência de vários interessados é benéfica, na exata medida em que facilita a escolha da proposta efetivamente mais vantajosa (Lei 8.666/93, art. 3º).

4. Recurso especial desprovido.⁹ (D/n)

⁸ TCU - Decisão nº 695/99 - Plenário - Relator Ministro Marcos Vinícios Vilaça.

⁹ STJ – Recurso Especial nº 797.179/MT – Ministra Relatora Deise Arruda – D.J. 19.10.2006.

13. Fica claro, portanto, que a D. Comissão Permanente de Licitações, ao inabilitar a CDN, sem promover qualquer diligência, incorreu em **formalismo exacerbado**, acabando por violar os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, o que justifica a reforma da decisão ora combatida.

2. PEDIDO

14. Ante ao exposto acima, restou demonstrado que a decisão da D. Comissão Permanente de Licitações de inabilitar a CDN, no âmbito da Concorrência, não merece prosperar, porquanto:

- (i) a D. Comissão Permanente de Licitações tinha a obrigação de promover a referida diligência para sanear a falha objeto da inabilitação;
- (ii) simples diligência perante o CONRERP poderia comprovar o atendimento, pela CDN, ao item 5.1.4, letra "d" do Edital, a despeito da falta de apresentação de Declaração;
- (iii) a decisão de inabilitação da CDN corresponde a ato de formalismo exacerbado, em violação aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

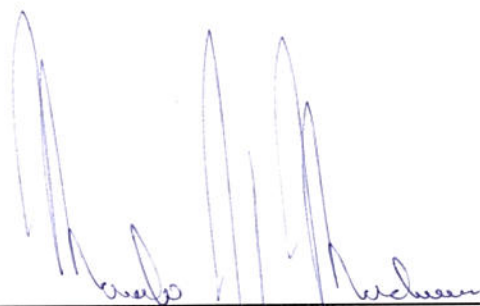
15. Diante disto, a CDN requer que o presente Recurso Administrativo seja recebido e provido por essa D. Comissão Permanente de Licitações, para reconsiderar a decisão ora recorrida, habilitando-se a CDN no âmbito da Concorrência Pública em referência.

16. Caso assim não ocorra, requer-se que o Recurso Administrativo seja remetido à análise da D. Autoridade Superior, a quem desde já se requer seja

recebido e provido, para reformar a decisão proferida pela D. Comissão Permanente de Licitações, habilitando-se a CDN no âmbito da mencionada Concorrência.

Termos em que,
Pede deferimento.

São Paulo, 03 de dezembro de 2013.

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Marcelo', is written over a horizontal line.

CDN COMUNICAÇÃO CORPORATIVA LTDA. | CNPJ: 57.863.854/0001-19
Marcelo José de Godoy Madureira | Diretor Administrativo e Financeiro
RG nº 15.783.981-3 SSP/SP | CPF/MF sob o nº 101.226.038-00



CREMERJ

Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio de Janeiro

*Do Setor de Contratos
e Licitações*

04/12/13

N.º _____ / _____

Data ____ / ____ / ____ Fis. ____

Rúbrica

Recebido pelo Setor de Contratos

em 10 / 12 / 13 às 16:30