

ILMO SR AGENTE DE CONTRATAÇÃO DO FUNDO MUNICIPAL DE SAÚDE DO MUNICÍPIO DE RIO DA ANTAS – SC

ILMA. AUTORIDADE SUPERIOR DO FUNDO MUNICIPAL DE SAÚDE DO MUNICÍPIO DE RIO DA ANTAS – SC

PROCESSO LICITATÓRIO Nº 0017/2024 - FMS

AVISO DE DISPENSA ELETRÔNICA Nº 0012/2024 – FMS

DOKTO TECNOLOGIA LTDA, já devidamente cadastrada no portal eletrônico BLL, inscrita sob o CNPJ 40.508.728/0001-43, com sede na AV PORTUGAL, nº 1148, SALA C2505 EDIF ORION BUSINESS E HEA, SET MARISTA, GOIANIA/GO, CEP: 74.150-030, por intermédio de seu/sua Representante Legal, Sr(a) RODRIGO FRAGA TROIAN, inscrito(a) no CPF sob o nº 952.900.361-72, vem, à presença de Vossa Senhoria, com fulcro no art. 5º, inciso LV da Constituição Federal, art. 2º, caput, da Lei Federal nº 9.784/99, art. 165, da Lei Federal nº 14.133/2021, pelas razões de fato e de direito abaixo transcritas, ofertar

CONTRARRAZÕES AOS RECURSOS

Ofertados pelas Recorrentes TELE VIDA TELEMEDICINA LTDA e TEMPO MEDICINA DE FAMÍLIA LTDA

I – DOS FATOS

No dia 05/06/2024 foi aberta a sessão da dispensa em referência, da qual participou a Recorrida.

Realizada a etapa de lances, foi habilitada e declarada vencedora a Recorrida.

No dia 11/06/2024 foi comunicada a interposição de recursos, com disponibilização dos arquivos.

Assim, o prazo final para apresentação das contrarrazões é dia 14/06/2024, às 23:59h, sendo as presentes contrarrazões tempestivas.

Será visto adiante, consoante sólida fundamentação, que os recursos não merecem prosperar.

II – DOS FUNDAMENTOS

DAS CONTRARRAZÕES RECURSAIS - Recurso TELE VIDA TELEMEDICINA LTDA

Em apertada síntese, a Recorrente alega em seu Recurso "*Ocorre que, como dito, toda a documentação de habilitação deveria ter sido juntada no momento do cadastro da proposta na plataforma eletrônica. Não há, no instrumento convocatório, previsão de inclusão posterior de documentos que deveriam acompanhar a proposta.*"

Trata-se de uma tentativa de impor uma ilegalidade ao Agente que bem agiu em conformidade com a Lei Federal nº 14.133/21.

A Lei nº 14.133/2021 é expressa em dispor que os documentos de habilitação serão exigidos somente do licitante vencedor:

Art. 63. Na fase de habilitação das licitações serão observadas as seguintes disposições:

II - será exigida a apresentação dos documentos de habilitação apenas pelo licitante vencedor, exceto quando a fase de habilitação anteceder a de julgamento;

Ressalvada a hipótese de ocorrer a inversão de fases (habilitação antes do julgamento de propostas), o que não se verifica no caso em análise.

Logo, de acordo com a hierarquia das normas do ordenamento jurídico brasileiro, por óbvio, o edital não pode dispor de forma contrária à Lei.

Importante frisar que tal dispositivo é uma inovação da 'lei nova', em comparação com a antiga Lei Federal nº 10.520/02, de sorte que se tratou de uma vontade expressa e específica do legislador.

Mesmo que o sistema utilizado permita a inclusão dos documentos de habilitação junto com a proposta, a empresa vencedora não pode ser penalizada por não apresentar tais documentos juntamente com a proposta, por expressa determinação legal, podendo apresentar os documentos de habilitação após sua declaração como vencedora.

A Recorrente alega também que "*Inclusive, a Certidão de regularidade no CRM foi obtida pela empresa Recorrida dia 05/06/2024, às 12h01min11seg, ou seja, após o encerramento da disputa. Ou seja, quando encerrada a etapa de lances, a empresa inicialmente vencedora nem sequer preenchia as exigências editalícias.*"

Outro erro crasso da empresa Recorrente, demonstrando total desconhecimento da jurisprudência pacífica que rege as licitações.

Acerca do tema, vale registrar, ainda, trecho do Acórdão 1211/2021 - Plenário/TCU:

A vedação à inclusão de novo documento, prevista no art. 43, § 3º, da Lei 8.666/1993 e no art. 64 da Lei 14.133/2021 (nova Lei de Licitações), não alcança documento ausente, comprobatório de condição atendida pelo licitante quando apresentou sua proposta, que não foi juntado com os demais comprovantes de habilitação e da proposta, por equívoco ou falha, o qual deverá ser solicitado e avaliado pelo pregoeiro.

Igualmente, temos de 2021:

Acórdão 2443/2021 Plenário TCU (Representação, Relator Ministro-Substituto Augusto Sherman)

Licitação. Habilitação de licitante. Documentação. Diligência. Documento novo. Vedação. Abrangência.

A vedação à inclusão de novo documento, prevista no art. 43, § 3º, da Lei 8.666/1993 e no art. 64 da Lei 14.133/2021 (nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos), não alcança documento destinado a atestar condição de habilitação preexistente à abertura da sessão pública, apresentado em sede de diligência.

Esta mesma orientação foi reafirmada em 2022:

Acórdão 988/2022 Plenário - TCU

Na falta de documento relativo à fase de habilitação em pregão que consista em mera declaração do licitante sobre fato preexistente ou em simples compromisso por ele firmado, deve o pregoeiro conceder-lhe prazo razoável para o saneamento da falha, em respeito aos princípios do formalismo moderado e da razoabilidade, bem como ao art. 2º, caput, da Lei 9.784/1999.

Em 2023, novamente, foi afastado o princípio do formalismo exagerado, com determinação de observância do formalismo apenas moderado, em situação ainda mais grave que a tratada neste recurso:

Acórdão 2509/2023 2ª Câmara - TCU

É possível, em caráter excepcional, conhecer de recurso interposto fora do prazo quando a intempestividade verificada for mínima, de apenas um dia útil, em homenagem aos princípios do contraditório, da ampla defesa, do formalismo moderado e da busca da verdade real.

Vejamos acórdão pretérito, como o Acórdão 357/2015 - Plenário/TCU:

No curso de procedimentos licitatórios, a Administração Pública deve pautar-se pelo princípio do formalismo moderado, que prescreve a adoção de formas simples e suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados, promovendo, assim, a prevalência do conteúdo sobre o formalismo extremo, respeitadas, ainda, as praxes essenciais à proteção das prerrogativas dos administrados.

Assim, verifica-se que o que tem que ser pré existente são os fatos, não necessariamente os documentos. A base jurídica do Acórdão TCU 1211/2021 é a aplicação do princípio da verdade real no processo administrativo. Ou seja, o que importa é a verdade dos fatos e não os documentos ou a forma destes. Se os FATOS já eram pré-existentes, os documentos podem ser produzidos e juntados posteriormente. Veja-se:

Licitação. Proposta. Desclassificação. Erro formal. Diligência

Acórdão 1217/2023 Plenário TCU

É irregular a desclassificação de proposta vantajosa à Administração por erros formais ou vícios sanáveis por meio de diligência, em face dos princípios do formalismo moderado e da supremacia do interesse público, que permeiam os processos licitatórios.

Embora suficientemente farta a jurisprudência do TCU acima transcrita, deve-se registrar que o **E. Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina - TCE/SC** já se manifestou sobre o tema no mesmo sentido:

Consulta. Licitação. Propostas. Falhas. Omissões. Baixa materialidade. Competitividade. Seleção mais vantajosa.

O TCE/SC respondeu Consulta acerca da interpretação do art. 43, §3º, do art. 44 caput e §3º, e do art. 45 da Lei Federal nº 8.666/93 nos processos de concorrência pública para contratação de empresas para execução de obras e serviços de engenharia, com o seguinte entendimento: "É possível a utilização da diligência prevista no art. 43, § 3º da Lei Federal n. 8.666/93 para o saneamento de propostas de falhas e omissões formais e de baixa materialidade, a fim de ampliar a competitividade e na busca da seleção mais vantajosa, desde que o preço global ofertado inicialmente não seja majorado".

Trata-se de Consulta formulada pelo Diretor Presidente do Hospital Municipal São José e Secretário Municipal da Saúde de Joinville com os seguintes questionamentos: "Para adequada interpretação do art. 43, § 3º, do art. 44, caput e 3º, e do art. 45 da Lei Federal n. 8.666/93, quais limites e parâmetros devem ser adotados pela Comissão de Licitação para promover diligências em relação ao saneamento e à adequação de eventuais erros constatados em propostas de preços – aí incluídos o orçamento detalhado e a planilha de composição de custos – apresentadas pelos licitantes?; 2. É possível a realização de diligência pela Comissão de Licitação para adequação de irregularidades, inconsistências ou omissões eventualmente identificados pela área técnica, a exemplo das seguintes hipóteses: a. Quando a planilha de composição de custos apresentada pelo licitante está incompleta, faltando materiais ditos como essenciais para execução de alguns serviços; b. Quando a planilha de composição de custos é apresentada com inconsistências na quantificação de itens, por exemplo com unidades de medida zeradas; c. Quando o licitante apresenta somente planilha de composição de custos própria e não referenciada, porém acompanhada de planilha orçamentária que contemple além da composição própria, a referenciada; d. Quando não apresentada a planilha de composição de custos, somente a planilha orçamentária; e e. Quando o licitante apresenta planilha orçamentária/orçamento detalhado com itens cujos valores de mão-de-obra são negativos".

Inicialmente, o Relator citou os artigos o 43 e 44 da Lei nº 8.666/93, e explicou que "[...]a diligência é um procedimento facultativo da Comissão de Licitação quando entende necessária a compreensão ou complementação de alguma informação constante na proposta. Aliás, essa é a única vedação expressa constante no dispositivo supracitado, qual seja: é vedada a inclusão

posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta".

O Relator relacionou os julgados: Acórdão 357/2015 – Plenário. Relator Ministro Bruno Dantas; Acórdão 2742/2017 - Plenário. Relator Ministro Aroldo Cedraz; Acórdão 2.239/2018 - Plenário. Relatora Ana Arraes; Acórdão 719/2018 - Plenário. Relator Bruno Dantas; Acórdão 370/2020 - Plenário. Relator Marcos Bemquerer, e Acórdão 906/2020 – Plenário. Relator Weder de Oliveira.

E concluiu que: "interesse público é a finalidade primordial dos atos administrativos e, salvo melhor juízo, o núcleo duro de qualquer interpretação legal no âmbito do Direito Administrativo. Assim, entendo que não seria do interesse público eventual inabilitação de um licitante por erros formais ou aqueles de baixa materialidade, quando passível de serem sanados. O instrumento para isso é justamente a diligência prevista no art. 43, §3º da Lei de Licitações, de modo a preservar a melhor e mais vantajosa proposta para a Administração. Por esse motivo, corroboro com o entendimento exarado pelo Corpo Instrutivo, e endossado pela Procuradoria Geral, no sentido de que todas as hipóteses trazidas pelo Consulente são passíveis de saneamento". @CON 20/00564172. Relator Conselheiro Wilson Rogério Wan-Dall.

Sobre a Certidão do CRM ser provisória, nada impede que seja exercida a atividade. Emitir uma certidão provisória que não autoriza o exercício da atividade seria inútil, sendo muito melhor não entregar nenhuma certidão e sim um simples protocolo até que o documento final ficasse pronto.

Como a Certidão definitiva possui um prazo de até 90 dias de elaboração, é concedida a Certidão provisória, com os mesmos efeitos da Certidão Definitiva.

A Recorrente olvida-se, a título de exemplo, de que a CNH provisória também permite que os motoristas guiem seus veículos, não sendo obrigados a ficarem 1 ano 'estáticos' até a vinda da CNH definitiva. A lógica é similar.

E impende registrar que mesmo antes do prazo final da certidão provisória, foi apresentado pela Recorrida, Vencedora da disputa, a Certidão Definitiva, que corroborou completamente a situação fática anterior de capacitação plena do exercício da atividade.

Sobre o FGTS, pouco a comentar, pois a Recorrida está regular:

Certificado de Regularidade do FGTS - CRF

Inscrição: 40.508.728/0001-43
Razão Social: MESTRAR TECNOLOGIA LTDA
Endereço: AVENIDA T 4 619 EDIF BUENA VISTA OFFICE SALA 1613 / SETOR BUENO / GOIANIA / GO / 74230-035

A Caixa Econômica Federal, no uso da atribuição que lhe confere o Art. 7, da Lei 8.036, de 11 de maio de 1990, certifica que, nesta data, a empresa acima identificada encontra-se em situação regular perante o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS.

O presente Certificado não servirá de prova contra cobrança de quaisquer débitos referentes a contribuições e/ou encargos devidos, decorrentes das obrigações com o FGTS.

Validade: 21/05/2024 a 19/06/2024

Note-se que a certidão que abrange 30 dias tem seu início muitos dias antes do início da disputa, e ainda está válida no dia de hoje. Assim, é apenas mais um argumento que deve ser rejeitado.

De igual modo, a CND federal:

CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITOS RELATIVOS AOS TRIBUTOS FEDERAIS E À DÍVIDA ATIVA DA UNIÃO

Nome: DOKTO TECNOLOGIA LTDA
CNPJ: 40.508.728/0001-43

Ressalvado o direito de a Fazenda Nacional cobrar e inscrever quaisquer dívidas de responsabilidade do sujeito passivo acima identificado que vierem a ser apuradas, é certificado que não constam pendências em seu nome, relativas a créditos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB) e a inscrições em Dívida Ativa da União (DAU) junto à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN).

Esta certidão é válida para o estabelecimento matriz e suas filiais e, no caso de ente federativo, para todos os órgãos e fundos públicos da administração direta a ele vinculados. Refere-se à situação do sujeito passivo no âmbito da RFB e da PGFN e abrange inclusive as contribuições sociais previstas nas alíneas 'a' a 'd' do parágrafo único do art. 11 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.

A aceitação desta certidão está condicionada à verificação de sua autenticidade na Internet, nos endereços <<http://rfb.gov.br>> ou <<http://www.pgfn.gov.br>>.

Certidão emitida gratuitamente com base na Portaria Conjunta RFB/PGFN nº 1.751, de 2/10/2014.

Emitida às 08:59:03 do dia 29/02/2024 <hora e data de Brasília>.

Válida até 27/08/2024.

Código de controle da certidão: **29DF.6FEA.5586.D58E**

Qualquer rasura ou emenda invalidará este documento.

A certidão foi emitida em fevereiro/2024, com validade até agosto/2024, não havendo nada a ser debatido sobre inabilitação neste ponto.

Inegável e inconteste o atendimento aos requisitos de habilitação e que foi cumprida a legislação federal, lei 14.133/21, sobre o tempo e modo de entrega dos documentos.

DAS CONTRARRAZÕES RECURSAIS - Recurso TEMPO MEDICINA DE FAMÍLIA LTDA

A Recorrente TEMPO MEDICINA DE FAMÍLIA LTDA alega a ausência de CNAE para a atividade. Trata-se de erro crasso da empresa Recorrente, demonstrando total desconhecimento da jurisprudência e doutrina sobre o tema. Outrossim, trata-se de erro crasso ou má-fé da Recorrente, pois a Recorrida possui referido CNAE.

Inicialmente, destacamos que embora o título do capítulo do recurso seja sobre CNES, a fundamentação foi toda para utilização de CNAE - tema que será aqui abordado.

É pacífico que o CNAE não pode ser critério para inabilitação da licitante. A jurisprudência, de longa data, afirma que deve ser levado em consideração o contrato social e a doutrina enfatiza os atestados de capacidade técnica:

Acórdão 1203/2011 Plenário - TCU

Impedir que uma empresa participasse do certame com base nesse detalhe cadastral é levar a norma extravagante a limites muito além do necessário e diminuir a competitividade do certame, o que configura irregularidade grave. Além disso, e principalmente, a empresa [...] apresentou seu Contrato Social onde fica bastante claro que atua no ramo de transporte de passageiros e de cargas.

Entendemos que o cadastro de atividades na Receita Federal do Brasil não é motivo suficiente para impedir a participação da empresa, ainda mais que tal cadastro não era totalmente discrepante do objeto do certame. É certo que esse cadastro é uma imposição legal e deve estar atualizado, porém em nenhum momento há previsão legal de impedir uma empresa de participar em virtude de uma discrepância desse cadastro.

Acórdão 42/2014 Plenário - TCU

Considerando que diante do decidido no precedente Acórdão 1.203/2011 – Plenário, segundo o qual o CNAE não deveria, sozinho, constituir motivo para a inabilitação em processo licitatório, havendo outros meios de comprovação da compatibilidade do ramo de atuação da empresa com o objeto da licitação, a exemplo o contrato social, o Relator determinou a realização de diligência ao Senac/MG, com vistas à obtenção de cópia do contrato social da licitante vencedora da licitação, bem assim, objetivando o envio de outras informações.

Joel de Menezes Niebuhr: (...) a Lei nº 8.666/93, pelo menos no que tange à habilitação jurídica, não exige que o documento constitutivo preveja expressamente que o licitante se dedique especificadamente à atividade correspondente ao objeto da licitação. (...)

(em Licitação Pública e Contrato Administrativo. Curitiba: Editora Zênite, 2008. p. 222.)

Marçal Justen Filho: " (...) se uma pessoa jurídica apresenta experiência adequada e suficiente para o desempenho de certa atividade, a ausência de previsão expressa desta mesma atividade em seu contrato social não pode ser empecilho a sua habilitação "

(em Comentários à Lei de licitações e Contratos Administrativos. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 553)

Adite-se que a 'nova' lei de licitações nada trouxe a se referir sobre o CNAE, não podendo o agente público condutor da licitação inovar neste ponto, restringindo o certame além do que o legislador previu.

Porém, mesmo que assim não fosse, demonstrando quiçá má-fé da Recorrente em suas alegações, a Recorrida possui o CNAE da atividade licitada:

82.20-2-00 - Atividades de teleatendimento
85.50-3-02 - Atividades de apoio à educação, exceto caixas escolares
85.99-6-99 - Outras atividades de ensino não especificadas anteriormente
86.30-5-03 - Atividade médica ambulatorial restrita a consultas

CÓDIGO E DESCRIÇÃO DA NATUREZA JURÍDICA
206-2 - Sociedade Empresária Limitada

LOGRADOURO
AV PORTUGAL

NÚMERO
1148

Outro argumento trazido no recurso é quanto à ausência de resposta da impugnação ofertada.

O Ilmo Agente de Contratação informou que "*o setor responsável não me respondeu o seu questionamento, assim entendo que o mesmo não foi reconhecido*", sendo então resposta suficiente para a impugnação.

A impugnação ofertada possuía o cunho protelatório e de direcionamento da licitação, tentando tornar o certame mais restrito em suas exigências.

No nosso ordenamento jurídico vigora o princípio do '*pas de nullité sans grief*', assim explicado pelo STF:

1. A orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal (STF) é no sentido de que o "princípio do pas de nullité sans grief exige, em regra, a demonstração de prejuízo concreto à parte que suscita o vício, podendo ser ela tanto a nulidade absoluta quanto a relativa, pois não se decreta nulidade processual por mera presunção" (HC 132.149-AgR, Rel. Min. Luiz Fux).

(AG.REG. NO HABEAS CORPUS 221.838/PE - RELATOR: MIN. ROBERTO BARROSO)

Realizada a disputa, a Recorrente não ficou em primeiro lugar e a empresa vencedora, ora Recorrida, possui documentação regular.

A declaração de nulidade da disputa seria inócua. Dar a resposta negativa à impugnação, anular a disputa, reabrir a disputa, para ao final serem praticados os mesmos preços, é uma perda de tempo incompatível com o princípio constitucional da eficiência, aplicável à Administração Pública.

Lembremos que o princípio constitucional da eficiência foi adicionado ao art. 37, CF, através da Reforma Administrativa do Estado Brasileiro, trazida à baila pela EC 19/98. Não pode o agente público desprezar a eficiência sob pena de sua conduta ser considerada inconstitucional.

III - DOS PEDIDOS

Portanto, requer a Empresa Recorrida que o Senhor Agente de Contratação mantenha sua decisão, pois bem agiu ao habilitar a Empresa DOKTO TECNOLOGIA LTDA, e que a Autoridade Superior julgue os recursos interpostos

NEGANDO-LHES provimento, *in totum*, mantendo a Recorrida como vencedora do Pregão Eletrônico em referência.

Nestes Termos,
Pede deferimento.

Goiânia/GO, 14 de junho de 2024

DOKTO TECNOLOGIA LTDA
CNPJ 40.508.728/0001-43