

GRUPO I – CLASSE VII – Plenário

TC 022.085/2023-8

Natureza(s): Representação

Órgão/Entidade: Senat Serviço Nacional de Aprendizagem do Transporte - ARACAJU/SE - JOSE LAURO MENEZES SILVA - UNIDADE B N 49

Interessado: Novi Comunicacao Estrategica Ltda (20.401.554/0001-08).

Representação legal: Maria Fernanda Gregio Ronchesel, representando Arkus Propaganda Ltda; Maria Aline Soares de Souza Ribeiro (7577/OAB-SE), representando Novi Comunicacao Estrategica Ltda; Fabiano Augusto Martins Silveira (31440/OAB-DF), representando Serviço Nacional de Aprendizagem do Transporte - Conselho Nacional.

SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO. INDÍCIOS DE IRREGULARIDADES OCORRIDAS NA CONCORRÊNCIA 15/2022, PROMOVIDA PELO SEST/SENAT – UNIDADE B049 PARA CONTRATAÇÃO DE AGÊNCIA DE PUBLICIDADE E PROPAGANDA. ADOÇÃO DE MEDIDA CAUTELAR PARA SUSPENDER ATOS DO PROCEDIMENTO. OITIVAS. PROCEDÊNCIA. DETERMINAÇÃO. CIÊNCIA. ARQUIVAMENTO.

RELATÓRIO

Adoto, como Relatório, a instrução da Unidade de Auditoria Especializada em Contratações (peça 43), com pareceres convergentes dos dirigentes daquela unidade (peças 44 e 45).

1. Trata-se de representação a respeito de possíveis irregularidades ocorridas na Concorrência 15/2022, sob a responsabilidade do SEST/SENAT - Unidade B049, cujo objeto é a contratação de agência de publicidade e propaganda, com valor estimado de R\$ 320.000,00 (peça 5, p. 1 e 3).
2. Seguem abaixo informações adicionais sobre o certame:
 - a) Situação: homologado (peça 35, p. 3).
 - b) A licitação em tela não envolve registro de preço.
 - c) Houve assinatura do contrato decorrente da licitação, sem início da prestação dos serviços (peça 35, p. 3 e 17).
 - d) Não houve pedido de impugnação do edital.

HISTÓRICO

3. O representante alegou, em suma, a ocorrência das seguintes irregularidades (peça 11, p. 1):
 - a) sua inabilitação em razão de vício sanável, diante da apresentação de nova certidão, sem a realização de diligência, seria irregular, tendo em vista que:
 - a.1) não teria conseguido a reemissão da certidão negativa no dia 18/5/2023 em razão de falhas no site da Receita Federal, apesar das várias tentativas e diversas telas de erro do sítio eletrônico;
 - a.2) a mencionada certidão teria sido emitida no dia seguinte, às 8h18 do dia 19/5/2023;
 - a.3) o prazo de até dez dias úteis para regularização de documentação de Micro e Pequenas Empresas (ME),

nos termos do art. 43, § 1º, da Lei Complementar (LC) 123/2006, não foi respeitado pela comissão de licitação;

a.4) afronta o princípio da seleção mais vantajosa para a administração, disposto no art. 3º, caput, da Lei 8.666/1993 e no art. 11, inc. I, da Lei 14.133/2021; e

a.5) o SEST/SENAT, apesar de serem instituições privadas, são obrigadas a seguir as diretrizes do TCU como o Acórdão 2.443/2021-TCU-Plenário, relator Ministro-Substituto Augusto Sherman, que reforçou o entendimento do Acórdão 1.211/2021-TCU-Plenário, relator Ministro Walton Alencar Rodrigues, que consolidou diretrizes para o tema diligências em sede de licitações públicas; e

b) todos os balanços apresentados pelas licitantes estariam vencidos uma vez que os documentos de habilitação teriam sido abertos mais de seis meses após sua entrega, assim, a comissão deveria ter solicitado, em sede de diligência, a apresentação de novos documentos.

4. A instrução inicial desta unidade técnica concluiu que a inclusão de documento novo que ateste condição pré-existente, além de não afrontar o princípio da isonomia entre os licitantes, homenageia o princípio do formalismo moderado, permitindo, assim, a obtenção da proposta mais vantajosa obtida no certame e o alcance do interesse público (peças 11-13).

5. Assim, propôs deferir o pedido de concessão de medida cautelar e realizar a oitiva das entidades, além de solicitar manifestação da empresa Novi Comunicação Estratégica (Novi) e comentários dos gestores, proposta aceita pelo relator (despacho - peça 14).

6. A medida cautelar foi referendada por meio do Acórdão 1.755/2023-TCU-Plenário, relator Ministro Aroldo Cedraz, assim como as demais medidas acessórias (peça 17).

EXAME TÉCNICO

I.1. Exame das oitivas realizadas:

7. Foram encaminhados em 31/8/2023 e 5/9/2023 os ofícios de oitiva à empresa Novi (Ofício 41171/2023-TCU/Seproc - peça 16) e às unidades jurisdicionadas (oitiva - Ofício 41168/2023-TCU/Seproc e comentários do gestor - Ofício 41169/2023-TCU/Seproc, respectivamente, peças 20 e 21) acerca dos indícios de irregularidades apontados nesta representação e para a obtenção de informações adicionais àquelas já existentes nestes autos.

8. Em resposta, as unidades jurisdicionadas apresentaram manifestação (peça 35), com cópia dos e-mails enviados aos licitantes acerca da sessão de abertura dos envelopes de habilitação (peça 36), e a empresa Novi apresentou manifestação (peça 30), com procuração advocatícia e pedido de sua juntada (peças 31 e 32).

9. Segue a análise do ponto questionado (peça 14, p. 2).

Item 9.1: inabilitação da primeira classificada, Arkus Propaganda Ltda (CNPJ 20.491.368/0001-07), em razão de inconformidade da documentação com a exigência do item 8.8.2 do edital, diante da apresentação de documento novo, sem a realização de diligência, em afronta ao princípio do formalismo moderado e do entendimento consubstanciado no Acórdão 1.211/2021-TCU-Plenário

Manifestação das unidades jurisdicionadas sobre o indício de irregularidade (peça 35):

a) iniciam argumentando que, ao contrário do alegado pelo representante, as entidades teriam oportunizado, mediante a realização de diligências posteriores, a regularização dos vícios na apresentação dos documentos - 1ª diligência (peça 8, p. 59) e nova diligência (peça 8, p. 69);

b) aduzem que as respostas do representante às diligências indicavam a sua irregularidade fiscal junto à Receita Federal do Brasil (RFB) e à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, tendo em vista que não teria sido possível atestar a autenticidade da certidão emitida antes da sessão de abertura dos envelopes de habilitação;

c) alegam que, ainda que a certidão disponibilizada pelas licitantes no envelope de habilitação estivesse vencida, a emissão de nova certidão, válida ao tempo da abertura dos envelopes, seria satisfatória para sanear o vício concernente à validade do documento;

d) assim, ressaltam que, apesar de todas as licitantes teriam sido convidadas, no dia 17/5/2023, a comparecer à sessão de abertura dos envelopes de habilitação, com a disponibilização da data e o horário de início da sessão (18/5/2023, às 15h30min), bem como do ingresso por intermédio da plataforma Microsoft Teams, o representante não teria comparecido à sessão nem atualizado a certidão de regularidade fiscal junto ao

fisco federal;

e) alegam que a comissão permanente de licitações (CPL), ao constatar o vencimento da certidão negativa de débitos, não teria inabilitado o representante instantaneamente, porém, teria, por conta própria, consultado no sítio eletrônico da RFB a existência de certidão negativa válida, vinculada ao CNPJ do representante, em conformidade com o item 8.10 do edital;

f) aduzem que a certidão disponibilizada pelo representante não seria negativa, mas positiva com efeitos de negativa, o que, segundo o TCU (Acórdão 478/2015-TCU-Plenário, relator Ministro Benjamin Zymler), exigiria do gestor diligência maior que a habitual; e

g) por fim, alegam razoabilidade na decisão de inabilitar o representante diante: (i) da previsão editalícia de consulta acerca das certidões vencidas; (ii) da relação expressa no edital dos documentos e certidões válidos de regularidade a serem apresentados pelas licitantes; (iii) da inércia do representante apesar da informação formal e do convite para a participação da sessão de abertura dos envelopes de habilitação; e (iv) da certidão apresentada ser positiva com efeitos de negativa.

Análise:

10. A observância dos princípios do formalismo moderado e da razoabilidade nos procedimentos licitatórios, principalmente com relação ao julgamento das propostas e à análise da documentação de habilitação dos licitantes, é entendimento sedimentado neste Tribunal.

11. Com efeito, a inclusão de documento novo que ateste condição pré-existente, além de não afrontar o princípio da isonomia entre os licitantes, homenageia o princípio do formalismo moderado, permitindo, assim, a obtenção da proposta mais vantajosa obtida no certame e o alcance do interesse público. **Afastada, portanto, a alegada razoabilidade da decisão de inabilitar o representante.**

12. Assim, resta evidenciado que a certidão de regularidade fiscal vencida à época da abertura sessão de abertura dos envelopes de habilitação poderia ter sido considerada um vício sanável. Levando-se em consideração o longo período decorrido desde o recebimento dos envelopes (16/11/2022 - 18/5/2023) e que se tratava da oferta mais vantajosa, **não se vislumbra justificativa para as entidades se recusarem a aceitar a nova certidão apresentada.**

13. Pelo contrário, ainda que se chegue ao formalismo exagerado de pontuar que a nova certidão foi emitida no dia seguinte da sessão, não se pode afirmar que o representante se encontrava em situação irregular junto à RFB e à PGFN como querem fazer crer as contratantes. Ressalta-se a cronologia dos fatos: (i) 18/5/2023, 17h30, a licitante Arkus é declarada inabilitada pela comissão de licitação; (ii) mesmo dia, 20h36, a comissão encaminha ata da sessão via correio eletrônico; e (iii) 19/5/2023, 8h18, emissão da nova certidão.

14. As alegadas diligências realizadas pelas entidades já foram informadas anteriormente e analisadas na instrução anterior no sentido de que o gestor teria focado tão somente no documento que informaria a existência de uma certidão válida até 28/9/2023, ignorando completamente a nova certidão positiva com efeitos negativos de débitos relativos aos tributos federais e à dívida ativa da União, apresentada pelo representante conjuntamente no teor do recurso administrativo interposto contra sua inabilitação no dia seguinte à sessão de abertura dos envelopes (peça 11, p. 4).

15. Vale lembrar que o certame licitatório não representa um fim em si mesmo, mas um meio que busca o atendimento das necessidades públicas. Nas palavras do professor Adilson Dallari, a “licitação não é um concurso de destreza, destinado a selecionar o melhor cumpridor de edital”.

16. Ao ignorar a nova certidão apresentada e optar por não diligenciar sua autenticidade, as entidades contrariaram o objetivo de selecionar a proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para si mesmas e afrontaram os princípios da economicidade, do interesse público, da razoabilidade e da proporcionalidade.

17. Um exemplo semelhante de atuação legítima de agentes públicos no saneamento de documentos de habilitação pode ser demonstrado pela situação tratada no Acórdão 1758/2003-TCU-Plenário, relator Ministro Walton Alencar Rodrigues, em que o pregoeiro admitiu a inclusão de Certidão Negativa da Dívida Ativa da União extraída da internet durante a sessão pública, tecendo as seguintes considerações:

Ressalto, preliminarmente, que o edital não constitui um fim em si mesmo. Trata-se de instrumento para a consecução das finalidades do certame licitatório, que são assegurar a contratação da proposta mais

vantajosa e a igualdade de oportunidade de participação dos interessados, nos precisos termos do art. 3º, caput, da Lei 8.666/93.

Assim, a interpretação e aplicação das regras nele estabelecidas deve sempre ter por norte o atingimento das finalidades da licitação, evitando-se o apego a formalismos exagerados, irrelevantes ou desarrazoados, que não contribuem para esse desiderato.

No presente caso, não se afigura que o ato impugnado tenha configurado tratamento diferenciado entre licitantes, ao menos no grave sentido de ação deliberada destinada a favorecer determinada empresa em detrimento de outras, o que constituiria verdadeira afronta aos princípios da isonomia e da impessoalidade.

Ao contrário, entendo que foi dado fiel cumprimento ao citado art. 4º, parágrafo único, do Decreto 3.555/2000, no sentido de que "as normas disciplinadoras da licitação serão sempre interpretadas em favor da ampliação da disputa entre os interessados, desde que não comprometam o interesse da administração, a finalidade e a segurança da contratação".

Não se configura, na espécie, qualquer afronta ao interesse público, à finalidade do procedimento licitatório nem à segurança da contratação, uma vez que venceu o certame empresa que, concorrendo em igualdade de condições, ofereceu proposta mais vantajosa e logrou comprovar, na sessão, a aptidão para ser contratada.

18. A partir de 2021, com a experimentação da sistemática de habilitação no pregão eletrônico disciplinada pelo Decreto 10.024/2019, a jurisprudência do TCU se consolidou no sentido das conclusões da ementa do paradigmático Acórdão 1211/2021-TCU-Plenário, relator Ministro Walton Alencar, já mencionado na instrução anterior:

Admitir a juntada de documentos que apenas venham a atestar condição pré-existente à abertura da sessão pública do certame não fere os princípios da isonomia e igualdade entre as licitantes e o oposto, ou seja, a desclassificação do licitante, sem que lhe seja conferida oportunidade para sanear os seus documentos de habilitação e/ou proposta, resulta em objetivo dissociado do interesse público, com a prevalência do processo (meio) sobre o resultado almejado (fim).

19. Vê-se, assim, que a vedação à inclusão de novo documento 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/ou da proposta, por equívoco ou falha, o qual deverá ser solicitado e avaliado pelo pregoeiro/comissão de licitação.

20. No mesmo sentido, podem ser citados, entre outros, os Acórdão 2.443/2021-TCU-Plenário, relator Ministro-Substituto Augusto Sherman; 988/2022-TCU-Plenário, relator Ministro Antonio Anastasia; e Acórdão 2351/2023-TCU-Plenário, relator Ministro Benjamin Zymler.

21. Quanto à alegação de que, apesar de o representante ter sido convidado a comparecer à sessão de abertura dos envelopes de proposta e de habilitação, optou por não comparecer, constata-se a ausência de cláusula editalícia exigindo que sua presença na sessão fosse obrigatória. Logo, não pode ser considerada um demérito. Aliás, segundo registro na Ata da Sessão, nenhum licitante credenciado ingressou na sessão transmitida por videoconferência (peça 8, p. 1).

22. Em relação à alegação de que a certidão disponibilizada pelo representante não seria negativa, mas positiva com efeitos de negativa, e que o TCU exigiria do gestor cautela maior do que a habitual, ao compulsar o voto condutor do acórdão mencionado, nota-se a constatação da seguinte falha (item 42, 'd'): "habilitação da licitante vencedora mesmo com a apresentação de certidão tributária vencida" (pesquisa.apps.tcu.gov.br, acesso em 28/11/2023).

23. Como o próprio nome diz, a certidão é positiva com efeitos de negativa, ou seja, tem o mesmo valor de uma certidão negativa de débitos, sendo apta a comprovar a regularidade do contribuinte.

24. Na verdade, o mérito deste processo se resolve pela simples aplicação dos princípios do formalismo moderado e da seleção da proposta mais vantajosa. A comissão de licitação deveria ter saneado a habilitação da licitante que estava provisoriamente classificada em primeiro lugar, aceitando a nova certidão apresentada em sede recursal, que atestava condição pré-existente, e consultando o site da RFB para diligenciar sua autenticidade.

25. Conclui-se, portanto, **procedente** o item de oitiva no sentido de que a inabilitação da primeira classificada, em razão de inconformidade da documentação com a exigência do item 8.8.2 do edital, afronta o princípio do formalismo moderado e do entendimento consubstanciado no Acórdão 1.211/2021-TCU-Plenário,

diante da apresentação de documento novo, sem a realização de diligência.

Manifestação da empresa Novi (peça 30):

a) alega que o representante não teria apresentado provas das supostas inconsistências no site da RFB que o teriam impedido de emitir nova certidão no dia 18/5/2023;

b) esclarece que a comissão de licitação teria conseguido a comprovação de sua regularidade fiscal e da empresa Crafit, o que comprovaria que o representante estaria com problema fiscal e, por isso, só teria conseguido emitir uma nova certidão em 19/5/2023;

c) alega ausência de ilegalidade no edital no tocante ao impedimento de juntada extemporânea de documentos (novos);

d) aduz que a diligência estaria limitada a complementar ou esclarecer a instrução do processo, desde que não gerasse a inclusão de novos documentos, mesmo que atualizados, por expressa vedação legal (art. 43, § 3º, da Lei 8.666/1993);

e) alega que o representante teria descumprido o edital e que não teria impugnado o edital no prazo legal;

f) aduz que inexistiria o suposto amparo na LC 123/2006, uma vez que a licitação seria regida por regulamento próprio do SEST/SENAT; e

g) assim, defende a manutenção da decisão da comissão de licitação uma vez que teria havido descumprimento das regras do edital, em respeito ao princípio da isonomia e da vinculação ao edital.

Análise:

26. Conforme exaustivamente demonstrado na análise da oitiva das entidades contratantes, admitir a juntada de documentos que apenas venham a atestar condição pré-existente à abertura da sessão pública do certame não fere os princípios da isonomia e igualdade entre as licitantes e o oposto, ou seja, a desclassificação do licitante, sem que lhe seja conferida oportunidade para sanear os seus documentos de habilitação e/ou proposta, resulta em objetivo dissociado do interesse público, com a prevalência do processo (meio) sobre o resultado almejado (fim).

27. Nesse contexto, não se mostram aptas a afastar o entendimento deste Tribunal as alegações da empresa de ausência de (i) comprovação da suposta instabilidade do site da RFB no dia da sessão de abertura dos envelopes; (ii) certidão válida do representante quando da consulta da comissão de licitação; e (iii) impugnação do edital por parte do representante, que não teria cumprido as regras do edital.

28. Por fim, conforme instrução anterior, a LC 123/2006 mostrou-se não aplicável ao caso concreto (peça 11, p. 4).

29. Assim, reitera-se que o mérito deste processo se resolve pela simples aplicação dos princípios do formalismo moderado e da seleção da proposta mais vantajosa.

I.2. Manifestação das unidades jurisdicionadas sobre a construção participativa de deliberações (peça 35, p. 16-17):

a) alegam que não seria necessária a anulação do certame, tendo em vista que não foi apontada irregularidade apta a macular todo o processo de licitação;

b) afirmam que, caso o entendimento preliminar do TCU seja mantido, seria possível reconhecer a habilitação do representante, o que implicaria no cancelamento do contrato com a empresa Novi e no retorno do processo de licitação à fase de habilitação;

c) ressaltam que, como a prestação dos serviços de publicidade contratados não teria sido iniciada, não seriam registradas consequências negativas atreladas ao cancelamento do contrato; e

d) alegam que o maior prejuízo às entidades seria a permanência da cautelar que determinou a suspensão do processo de licitação, tendo em vista a necessidade dos serviços de publicidade orçados.

Análise:

30. De fato, não se mostra necessária a anulação do certame, sendo suficiente, caso assim entendam, apenas a anulação da desclassificação da empresa Arkus Propaganda no âmbito da Concorrência 15/2022, bem como dos atos dela decorrentes, e o retorno à fase imediatamente anterior.

31. Registra-se que, embora tivessem conhecimento acerca da existência da presente representação e de que o certame era objeto de análise do TCU antes da elaboração e conclusão da instrução inicial (conforme contato telefônico com o Sr. Jenesson dos Santos Menezes Anjos - peça 11, p. 3), as entidades alegaram que, até a ciência a respeito do teor da medida cautelar adotada em 15/9/2023, o certame já teria avançado às últimas fases e sido finalizado. Não obstante, as reuniões de ajustes de trabalhos com a contratada teriam sido suspensas (peça 35, p. 3).

32. Assim, no tocante ao cancelamento do contrato firmado com a empresa Novi, que decorre da anulação do ato que desclassificou a empresa Arkus Propaganda, em que pese não haver necessidade de se indenizar aquela contratada, nos termos do art. 49, § 1º, da Lei 8.666/1993, uma vez que as entidades informaram que a prestação dos serviços de publicidade contratados **não teve início** (peça 35, p. 17), as entidades deverão observar o direito constitucional ao contraditório e à ampla defesa.

33. Nesse sentido, cita-se a jurisprudência deste tribunal:

Acórdão 1.904/2008-TCU-Plenário, relator Ministro Raimundo Carreiro (grifado)

9.1. conhecer da presente **consulta**, uma vez que preenche os requisitos de admissibilidade, nos termos do art. 264, inciso VI, do Regimento Interno do TCU, e esclarecer ao consulente que:

9.2. é possível, nos termos do art. 49 da Lei nº 8.666/93, a anulação de ato ou fase da licitação, inquinado de vício **que não afete a totalidade do certame**, bem como dos atos e fases subsequentes, operada pela autoridade competente para a homologação, a qualquer tempo. Como consequência, o procedimento licitatório deverá ser devolvido para a comissão de licitação, a fim de que refaça os atos anulados, aproveitando-se os atos regulares e não afetados pelo vício já praticados;

9.3. caso a anulação **ocorra posteriormente à assinatura do contrato, este deverá ser anulado**, visto que a nulidade da licitação induz à nulidade do contrato, nos termos do art. 49, § 2º, da Lei nº 8.666/93, garantido o direito ao contraditório e à ampla defesa dos interessados, de acordo com o § 3º do citado artigo. Deve ser observada, também, a necessidade de se indenizar o contratado, cuja avença foi anulada, pelo que houver executado e demais prejuízos que não lhe sejam imputáveis, como preceitua o art. 59 da referida lei;

Acórdão 3.344/2012-TCU-Plenário, relatora Ministra Ana Arraes (grifos originais e posteriores)

Para delinear a solução que entendo mais adequada para este feito sustento-me na tese defendida quando da prolação do Acórdão 2264/2008-TCU-Plenário. Naquela assentada, a partir de consulta formulada ao TCU, fixou-se entendimento no sentido da **possibilidade de anulação parcial de procedimento licitatório**. Transcrevo excerto do julgado que bem esclarece a questão:

9.2. é possível, nos termos do art. 49 da Lei nº 8.666/93, a anulação de ato ou fase da licitação, inquinado de vício que não afete a totalidade do certame, bem como dos atos e fases subsequentes, operada pela autoridade competente para a homologação, a qualquer tempo. Como consequência, o procedimento licitatório deverá ser devolvido para a comissão de licitação, a fim de que refaça os atos anulados, aproveitando-se os atos regulares e não afetados pelo vício já praticados;

9.3. caso a anulação ocorra posteriormente à assinatura do contrato, este deverá ser anulado, visto que a nulidade da licitação induz à nulidade do contrato, nos termos do art. 49, § 2º, da Lei nº 8.666/93, garantido o direito ao contraditório e à ampla defesa dos interessados, de acordo com o § 3º do citado artigo. Deve ser observada, também, **a necessidade de se indenizar o contratado**, cuja avença foi anulada, pelo que houver executado e demais prejuízos que não lhe sejam imputáveis, como preceitua o art. 59 da referida lei;

9.4. não há óbice para que a comissão de licitação, no decorrer do procedimento, caso possua delegação de competência da autoridade superior, **anule parcialmente o certame e o refaça**, aproveitando os atos regularmente praticados. Inexistindo delegação de competência, caberá à comissão de licitação declarar a invalidade dos atos eivados de vício e submeter à prévia decisão da autoridade superior proposta quanto à invalidade parcial do certame e ao refazimento dos pertinentes procedimentos;

Importa frisar que a possibilidade de anulação parcial de procedimento licitatório eivado por vício insanável, aproveitando-se os atos praticados regularmente, tem sido admitida na jurisprudência. Este Tribunal já exarou determinações no sentido de que fossem adotadas medidas visando à anulação de atos constituintes de licitação e o seu refazimento, a partir da fase em que ocorreu o vício identificado, **ainda que a licitação já houvesse sido encerrada e o contrato assinado**. É o caso dos Acórdão 267/2006-TCU-Plenário e 2.389/2006 - Plenário.

34. Ante o exposto, com fundamento na citada jurisprudência deste Tribunal, propõe-se **determinar** a anulação do ato que desclassificou a empresa Arkus Propaganda no âmbito da Concorrência 15/2022, bem como dos atos dele decorrentes, além do retorno à fase imediatamente anterior (habilitação), nos termos delineados na proposta de encaminhamento adiante, considerando que a medida atende ao interesse público e

que não seria razoável anular o certame.

CONCLUSÃO

35. Diante do exposto, reitera-se a proposta de **conhecimento** da representação, nos termos do exame de admissibilidade de peça 11 e do despacho de peça 14.

36. A **desclassificação** da proposta da primeira colocada no certame por inconformidade da documentação com a exigência do item 8.8.2 do edital **foi indevida**, tendo em vista que, conforme precedentes deste Tribunal, admitir a juntada de documentos que apenas venham a atestar condição pré-existente à abertura da sessão pública do certame não fere os princípios da isonomia e igualdade entre as licitantes e o oposto, ou seja, a desclassificação do licitante, sem que lhe seja conferida oportunidade para sanear os seus documentos de habilitação e/ou proposta, resulta em objetivo dissociado do interesse público, com a prevalência do processo (meio) sobre o resultado almejado (fim).

37. Assim, propõe-se, desde já, a avaliação quanto ao **mérito** da presente representação como **procedente**, motivo pelo qual será proposta **confirmação** do fundamento da medida cautelar **determinação** para: (i) **anulação** do ato que desclassificou a empresa Arkus Propaganda no âmbito da Concorrência 15/2022, bem como dos atos dele decorrentes; e (ii) **retorno** à fase imediatamente anterior (habilitação).

38. Por fim, diante dos encaminhamentos propostos, entende-se que o impacto relevante na unidade jurisdicionada e/ou na sociedade traduz-se na obtenção da proposta mais vantajosa obtida no certame e no alcance do interesse público.

INFORMAÇÕES ADICIONAIS

39. O pedido de ingresso aos autos formulado pelo representante (peça 24) foi examinado por esta unidade técnica, com proposta pelo seu **indeferimento** (peça 33), que contou com a concordância do relator (peça 37).

40. Não houve pedido de vista e/ou cópia.

41. Não houve pedido de sustentação oral.

42. Não há processos conexos e apensos.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

43. Em virtude do exposto, propõe-se:

43.1. **conhecer** da representação, satisfeitos os requisitos de admissibilidade constantes no art. 113, § 1º, da Lei 8.666/1993, c/c os arts. 235 e 237, VII, do Regimento Interno deste Tribunal, e no art. 103, § 1º, da Resolução - TCU 259/2014;

43.2. no **mérito**, considerar a presente representação **procedente**, bem como **confirmar** o fundamento da medida **cautelar** referendada por meio do Acórdão 1.755/2023-TCU-Plenário;

43.3. **determinar** ao SEST/SENAT - Unidade B049, com fundamento no art. 4º, inciso I da Resolução - TCU 315/2020, que, no prazo de **quinze dias** a contar da ciência do acórdão que vier a ser proferido, adote providências com vistas à **anulação** do ato que desclassificou a empresa Arkus Propaganda Ltda (CNPJ 20.491.368/0001-07) no âmbito da Concorrência 15/2022, bem como dos atos subsequentes, e ao **retorno** à fase imediatamente anterior;

43.4. **informar** ao SEST/SENAT - Unidade B049, à empresa Novi Comunicação Estratégica Eireli (CNPJ 20.401.554/0001-08) e ao representante o acórdão que vier a ser proferido, destacando que o relatório e o voto que fundamentam a deliberação ora encaminhada, caso existentes, podem ser acessados por meio do endereço eletrônico www.tcu.gov.br/acordaos; e

43.5. **arquivar** os presentes autos, nos termos do art. 169, II, do Regimento Interno/TCU, sem prejuízo de que a AudContratações monitore a determinação supra.

É o relatório.

VOTO

Trata-se de representação contra supostas irregularidades ocorridas na Concorrência 15/2022, sob a responsabilidade do SEST/SENAT - Unidade B049 (Aracaju/SE), cujo objeto é a contratação de agência de publicidade e propaganda, com valor estimado de R\$ 320.000,00.

2. A empresa Arkus Propaganda, ora representante, alega ter sido inabilitado em razão de certidão negativa para ateste de regularidade fiscal obtida junto à Receita Federal vencida, que advoga ser vício sanável com realização de mera diligência, o que possibilitaria a emissão de nova certidão válida.

I

3. Em sua instrução à peça 11, a AudContratações constatou que a certidão apresentada originalmente provavelmente estaria vencida em razão do longo período entre o recebimento da aludida documentação e a etapa de abertura dos envelopes, inicialmente marcada para 16/11/2022, mas que ocorreria somente em 18/5/2023, e ponderou que a certidão emitida em 19/5/2023 e anexada ao recurso da licitante desclassificada seria medida apta a sanar o vício originário.

4. No despacho da peça 14 conheci da presente e, com base na verossimilhança das alegações, adotei medida cautelar, referendada por meio do Acórdão 1.755/2023 – TCU – Plenário, no sentido de suspender o andamento da Concorrência inquinada até decisão de mérito da matéria e determinei a realização de oitiva na Unidade Jurisdicionada.

II

5. Em resposta à oitiva, as Unidades Jurisdicionadas SEST e SENAT – Unidade B049, em resumo, alegaram que a inabilitação da empresa ora representante seria razoável uma vez que, atuando com base em previsões editalícias: i) teriam oportunizado a regularização dos vícios na apresentação dos documentos por meio de duas diligências posteriores; ii) não teria sido possível atestar a autenticidade da certidão emitida antes da sessão de abertura dos envelopes; iii) a representante não teria comparecido à sessão de abertura de envelopes, nem atualizado a certidão de regularidade fiscal junto ao fisco federal; iv) a comissão permanente de licitações não teria inabilitado instantaneamente a representante, mas teria antes consultado o sítio da RFB em busca de certidão negativa válida e que a certidão disponibilizada pela representante não seria negativa, mas positiva com efeitos de negativa, que, segundo sustenta, o Acórdão 478/2015-TCU-Plenário, relator Ministro Benjamin Zymler, exigiria maior diligência que a habitual.

6. Em sua instrução técnica à peça 43, a AudContratações considerou os argumentos insuficientes para afastar os fundamentos da adoção da medida cautelar e propõe a sua confirmação com a determinação de anulação do ato de desclassificação da empresa Arkus Propaganda e dos atos subsequentes, bem como o retorno do certame à fase imediatamente anterior.

7. A AudContratações afastou os argumentos das Unidades Jurisdicionadas, ponderando que as diligências anteriormente realizadas (peça 8, pp. 59 e 69), teriam focado apenas no documento que informaria a existência de uma certidão válida até 28/9/2023, ignorando por completo a nova certidão positiva com efeitos negativos de débitos relativos aos tributos federais e à dívida ativa da União, entregue pelo representante no âmbito do recurso administrativo interposto contra sua inabilitação no dia seguinte à sua inabilitação.

8. A unidade técnica frisa o caráter de rigor formal excessivo pela desconsideração de que a certidão positiva tem efeitos negativos e reforça a jurisprudência estabelecida pelo TCU no sentido de que documento novo que ateste a condição pré-existente não afronta o princípio da isonomia entre os licitantes, homenageia o princípio do formalismo moderado e permite a obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração.

9. A unidade instrutiva aduz que não havia qualquer previsão editalícia que obrigasse as licitantes a comparecerem à sessão de abertura de envelopes de proposta e de habilitação e faz consignar que, conforme registro da ata da sessão, nenhum licitante credenciado teria ingressado na sessão transmitida por videoconferência.

III

10. Anuo às análises e conclusões, bem como à proposta alvitada pela unidade instrutiva, razão pela qual incorporo os seus fundamentos como minhas próprias razões de decidir, sem prejuízo dos breves comentários que faço a seguir.

11. Como bem pontuou a AudContratações, o certame licitatório não representa um fim em si mesmo, mas um meio para o atendimento das necessidades públicas e deve o gestor, em respeito ao interesse público, envidar esforços no sentido de lograr êxito na obtenção da proposta mais vantajosa e, no presente caso, fazê-lo amparado no princípio do formalismo moderado.

12. Nesse sentido há o suporte da doutrina do Direito Administrativo pátrio e da própria jurisprudência desta Corte, para a qual a admissão da juntada de documentos que apenas venham a atestar a condição pré-existente à abertura da sessão pública do certame não fere os princípios da isonomia e igualdade entre os licitantes.

13. Outrossim, não posso acolher o argumento de que a certidão apresentada não era negativa, pelo mesmo princípio do formalismo moderado, ferramenta essencial na busca do interesse público, uma vez que a certidão apresentada em sede de recurso seria positiva com efeitos de negativa, pelo que cumpre igualmente o objetivo fazer prova da condição exigida.

14. Reitero que não se pode desprezar a diferença de valores das propostas envolvidas. As duas primeiras colocadas, ambas desclassificadas, apresentaram coeficiente de preço de 0,004 e 0,008, respectivamente, ao passo que a terceira colocada, licitante declarada vencedora do certame, apresentou coeficiente de preço de 0,417.

15. Por fim, registro que, em sede de manifestação de construção participativa de deliberações, as Unidades Jurisdicionadas informaram não haver maiores prejuízos em relação à rescisão contratual da empresa contratada, uma vez que não houve início dos trabalhos. As promotoras do certame advogam pela desnecessidade de anulação do certame, com possibilidade de retorno de fase para realizar a avaliação da documentação da empresa inicialmente inabilitada.

16. Por essas razões, considero confirmados os pressupostos da medida cautelar anteriormente adotada, e ponderando não haver razões para anulação de todo o procedimento licitatório, suficiente determinar a anulação do ato de desclassificação da empresa Arkus Propaganda e todos os seguintes, bem como o retorno à fase imediatamente anterior, para que se possa avaliar a validade da certidão apresentada pela empresa.

Ante o exposto, VOTO para que este Tribunal adote a minuta de Acórdão que submeto à apreciação deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões, em 31 de janeiro de 2024.

AROLDO CEDRAZ
Relator

ACÓRDÃO Nº 117/2024 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 022.085/2023-8.
2. Grupo I – Classe de Assunto: VII – Representação.
3. Interessados/Responsáveis:
 - 3.1. Interessado: Novi Comunicacao Estrategica Ltda (20.401.554/0001-08).
4. Órgão/Entidade: Senat Servico Nacional de Aprendizagem do Transporte - ARACAJU/SE - JOSE LAURO MENEZES SILVA - UNIDADE B N 49.
5. Relator: Ministro Aroldo Cedraz.
6. Representante do Ministério Público: não atuou.
7. Unidade Técnica: Unidade de Auditoria Especializada em Contratações (AudContratações).
8. Representação legal: Maria Fernanda Gregio Ronchesel, representando Arkus Propaganda Ltda; Maria Aline Soares de Souza Ribeiro (7577/OAB-SE), representando Novi Comunicacao Estrategica Ltda; Fabiano Augusto Martins Silveira (31440/OAB-DF), representando Serviço Nacional de Aprendizagem do Transporte - Conselho Nacional.

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de representação, com pedido de medida cautelar, a respeito de possíveis irregularidades ocorridas na Concorrência 15/2022, promovida pelo SEST/SENAT – Unidade B049, referente à contratação de agência de publicidade e propaganda;

ACORDAM os ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão plenária, ante as razões expostas pelo relator, em:

9.1. conhecer da presente representação para, no mérito, considerá-la procedente e tornar definitiva a medida cautelar determinada pelo Acórdão 1.755/2023-TCU-Plenário;

9.2. determinar ao SEST/SENAT – Unidade B049, com fundamento no art. 4º, inciso I, da Resolução - TCU 315/2020, que, no prazo de 15 dias, anule o ato que desclassificou a empresa Arkus Propaganda Ltda. (CNPJ 20.491.368/0001-07) no âmbito da Concorrência 15/2022, bem como dos atos subsequentes, e proceda ao retorno da fase imediatamente anterior;

9.3. dar ciência deste acórdão ao SEST/SENAT – Unidade B049, à empresa Novi Comunicação Estratégica Eireli (CNPJ 20.401.554/0001-08) e ao representante; e

9.4. arquivar os presentes autos, nos termos do art. 169, inciso II, do Regimento Interno do TCU.

10. Ata nº 3/2024 – Plenário.

11. Data da Sessão: 31/1/2024 – Ordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-0117-03/24-P.

13. Especificação do quórum:

13.1. Ministros presentes: Bruno Dantas (Presidente), Walton Alencar Rodrigues, Benjamin Zymler, Augusto Nardes, Aroldo Cedraz (Relator), Jorge Oliveira, Antonio Anastasia e Jhonatan de Jesus.

13.2. Ministro-Substituto convocado: Marcos Bemquerer Costa.

13.3. Ministro-Substituto presente: Weder de Oliveira.

(Assinado Eletronicamente)

BRUNO DANTAS
Presidente

(Assinado Eletronicamente)

AROLDO CEDRAZ
Relator

Fui presente:

(Assinado Eletronicamente)

CRISTINA MACHADO DA COSTA E SILVA
Procuradora-Geral