



De São Paulo para São Simão/GO, 31 de março de 2022.

À

Prefeitura Municipal de São Simão do Estado de Goiás

A/C

Ilustríssima Presidente da Comissão Licitação e Avaliação da Prefeitura de São Simão
Ref. Concorrência Pública n. 003/2021

Assunto: Recurso Administrativo contra decisão de habilitação do Consórcio São Simão Saneamento.

CONSÓRCIO CLEAR SÃO SIMÃO, formado pelas empresas **ENGEFORM ENGENHARIA LTDA.**, empresa-líder, **LIMP CITY VALORIZAÇÃO DE RESÍDUOS LTDA.** e **SENHA ENGENHARIA & URBANISMO SS.**, todos devidamente qualificados nos autos do processo administrativo que abriga a tramitação da Concorrência Pública n. 003/2021, cujo objeto consiste na outorga, em regime de concessão comum, do exercício da prestação dos serviços de abastecimento de água, tratamento de esgoto e disposição final de resíduos sólidos do Município de São Simão, vem, com fundamento na norma contida no art. 109, I, da Lei de Licitações (Lei Federal n. 8.999/1993) e item 150 do Edital, apresentar seu **RECURSO ADMINISTRATIVO** contra a respeitável decisão de habilitação do **CONSÓRCIO SÃO SIMÃO SANEAMENTO**, o que faz na conformidade dos fatos e fundamentos adiante apresentados:

1. DOS FATOS

Trata-se de Concorrência Pública n. 003/2021 para a concessão comum dos serviços públicos de abastecimento de água, esgotamento sanitário e manejo de resíduos sólidos no Município de São Simão, no Estado de Goiás, conforme especificações contidas no Edital. No dia **04 de fevereiro de 2022**, data fixada no Edital da Concorrência Pública, as licitantes entregaram os 03 (três) envelopes contendo: i) **ENVELOPE N. 1: GARANTIA DE**



PROPOSTA E DOCUMENTOS DE REPRESENTAÇÃO; ii) ENVELOPE N. 2: PROPOSTA COMERCIAL; iii) ENVELOPE N. 3: DOCUMENTOS DE HABILITAÇÃO.

Após a entrega dos envelopes, a Comissão de Licitação promoveu a abertura e análise do Envelope n. 1, contendo a garantia da proposta e documentos de representação das licitantes. A análise da documentação foi realizada pela Comissão de Licitação, com o apoio da B3. O resultado das análises foi divulgado no sítio eletrônico da Prefeitura de São Simão¹ no dia **09 de fevereiro de 2022**, dando conta de que duas licitantes estariam aptas a ter suas propostas abertas. A decisão em questão não divulgou o nome das licitantes.

O Edital da Concorrência previu a realização da sessão pública de abertura dos envelopes seria realizada na sede da B3 – Bolsa, Balcão, Brasil, no dia **11 de fevereiro de 2022**. Na data estipulada, as licitantes, **CONSÓRCIO CLEAR SÃO SIMÃO** e **CONSÓRCIO SÃO SIMÃO SANEAMENTO**, compareceram à sessão pública de abertura dos dois envelopes restantes.

Foram abertos, analisados e classificados os Envelopes n. 2 das duas licitantes aptas. As propostas comerciais foram classificadas em ordem crescente de multiplicado K e declarada como primeiro colocado o **CONSÓRCIO SÃO SIMÃO SANEAMENTO**. Declarada a licitante com a melhor proposta, **não ocorreu a subsequente abertura pública e rubrica pelos demais licitantes presentes na sessão pública dos documentos constantes do ENVELOPE N. 3: DOCUMENTOS DE HABILITAÇÃO**. Os representantes da Recorrente, **CONSÓRCIO CLEAR SÃO SIMÃO**, imediatamente solicitaram esclarecimento acerca da ausência de abertura do envelope com os documentos de habilitação e foram informados que o procedimento adotado estava em conformidade com a prática da B3.

Inclusive, a sessão pública de abertura das propostas foi gravada e está disponível para ser assistida no seguinte endereço eletrônico:

¹ <https://saosimao.go.gov.br/tp/concorrancia-publica-003-2021/>



<https://www.youtube.com/watch?v=nG-yVvObFVU>. Basta acompanhar a sessão até o fim para verificar que, após a classificação e a famosa “batida do martelo”, **não houve abertura dos envelopes de habilitação**. O que houve foi uma longa sessão de declarações das autoridades da Caixa, da Prefeitura e do Governo Federal (PPI), mas nada de abertura do envelope de habilitação, de modo que o Recorrente **não teve a oportunidade de rubricar o envelope lacrado, tampouco o volume de habilitação**.

Em função disso, a Recorrente aguardou a convocação para abertura pública do Envelope n. 3 e subsequente rubrica. Decorridos alguns dias da data da sessão pública e após a realização de diversas tentativas de obtenção de informações por contatos telefônicos, a Recorrente foi informada que o envelope já teria sido aberto “**em sessão reservada**”. Informaram ainda que a divulgação dos documentos de habilitação ocorreria em breve.

Perpassado mais de um mês da data realização da sessão pública de abertura dos envelopes, em **16 de março de 2022**, a Recorrente apresentou pedido de vista dos autos do processo. Na ocasião, foi informada que a divulgação da documentação ocorreria em breve. Finalmente, em **24 de março de 2022**, a Recorrente obteve acesso, via mensagem eletrônica, aos documentos que integravam o **ENVELOPE N. 3: DOCUMENTOS DE HABILITAÇÃO**. A licitante formulou pedido de vistas dos autos completos do processo no dia **25 de março de 2022** e obteve acesso às cópias integrais no dia **26 de março de 2022**.

Sendo, este, o conjunto de fatos que conduz ao presente momento processual, a Recorrente passa a expor os fundamentos jurídicos pelos quais está convicta de que o **CONSÓRCIO SÃO SIMÃO SANEAMENTO** deve ser declarado inabilitado e, subsidiariamente, caso se entenda pelo não acolhimento das robustas razões a seguir apresentadas para a inabilitação, sejam anulado o certame.

2. DA TEMPESTIVIDADE

Antes, porém, de tratar do mérito que será desenvolvido no presente Recurso, cumpre demonstrar a tempestividade de seu manejo, cujo prazo, nos termos da norma contida no texto do artigo 109, inciso I, da Lei de Licitações (Lei Federal n. 8.999/1993) e item 150 do Edital, é de 05 (cinco) dias úteis, a contar da data da intimação, não estando, o respectivo protocolo, sujeito ao pagamento de custas de preparo, taxa de protocolo, despesas ou emolumentos processuais de qualquer natureza.

No presente caso, a Recorrente foi intimada, via mensagem eletrônica, no dia **24 de março de 2022**, quinta-feira, de modo que o prazo, de natureza processual, iniciou sua fluência em **25 de março de 2022**, sexta-feira. Não se contam os dias 26 e 27, mas se contam os dias 28, 29, 30 e 31, data derradeira para o protocolo desta peça e até a qual ela deve ser considerada tempestiva e ter seus fundamentos e pedidos conhecidos. Demonstrada a tempestividade, cumpre, então, ingressar no mérito.

3. DAS RAZÕES DE REFORMA DA DECISÃO RECORRIDA

3.1. DA AUSÊNCIA DE DOCUMENTO QUE COMPROVE A RELAÇÃO DE DISTRIBUIDORES CÍVEIS DO MUNICÍPIO

O Edital da Concorrência Pública n. 003/2022 traz exigência de qualificação que não foi demonstrada pelo **CONSÓRCIO SÃO SIMÃO SANEAMENTO** na documentação apresentada no Envelope 3, que contém os documentos da habilitação. Tal exigência se refere à qualificação econômico-financeira das licitantes e se encontra prevista no item 111, “d”, do Edital, a seguir transcrito.

111. A qualificação econômico-financeira da LICITANTE será comprovada mediante a apresentação de: (...)



d) certidão negativa de falência, concordata ou recuperação judicial expedida pelo distribuidor judicial da comarca (Varas Cíveis) do Município onde a LICITANTE estiver sediada, acompanhada de documento que comprove a relação de distribuidores cíveis do Município onde for sediada a LICITANTE, ou, em se tratando de sociedade não empresária ou outra forma de pessoa jurídica, certidão negativa expedida pelo distribuidor judicial das varas cíveis em geral (processo de execução) da comarca do Município onde a LICITANTE está sediada; (...).

A qualificação econômico-financeira exige, para a sua comprovação, a apresentação de certidão negativa de falência, concordata ou recuperação judicial expedida pelo distribuidor judicial da comarca, **acompanhada de documento que comprove a relação de distribuidores cíveis do Município onde for sediada a Licitante.** A **CERTIDÃO CÍVEL DE FALÊNCIA E CONCORDATA NEGATIVA**, emitida pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, comarca do Município de Nova Lima, em nome da consorciada **ORBIS AMBIENTAL S.A** (fls. 427), **não foi devidamente acompanhada de documento que comprove a relação dos distribuidores cíveis do Município onde ela está sediada**, conforme exigência editalícia. A ausência da documentação necessária para a habilitação econômico-financeira não passou despercebida pela **COMISSÃO DE LICITAÇÃO**, que determinou a realização de diligência para a confirmação de inexistência, no Poder Judiciário competente, da referida documentação.

Em resposta à solicitação de esclarecimentos da **COMISSÃO DE LICITAÇÃO**, o **CONSÓRCIO SÃO SIMÃO SANEAMENTO** apresentou informações sustentando que *“a comarca do Município de Nova Lima, de código 188, possui tão somente uma vara de distribuição, denominada Vara de Distribuição de Feitos, conforme consta no site do Tribunal de Justiça de Minas Gerais e no documento anexo (**Anexo II**), ratificando o quanto já informado na Certidão acostada pelo Consórcio nos documentos que integram o envelope 3”*. Acompanhando os esclarecimentos do **CONSÓRCIO SÃO SIMÃO SANEAMENTO**, foi anexada aos



autos do processo licitatório a certidão atestando a existência de um único e exclusivo distribuidor na comarca do Município de Nova Lima.

Ocorre que, diversamente do quanto afirmado pelo **CONSÓRCIO SÃO SIMÃO SANEAMENTO**, a certidão anexada aos autos em conjunto com os esclarecimentos não veio ratificar o informado em **CERTIDÃO CÍVEL DE FALÊNCIA E CONCORDATA NEGATIVA**, mas cumprir exigência diversa, embora correlata, de apresentação de documento capaz de comprovar a relação de distribuidores cíveis do Município em que sediada a empresa consorciada. No caso em análise, **não há esclarecimento ou complementação dos documentos anteriormente apresentados**, mas apresentação de uma nova certidão que **deveria ter sido entregue** em conjunto com os demais documentos que compõem o Envelope 03. A data de emissão da nova certidão do Setor de Distribuição de Feitos, que efetivamente atesta a existência de um único e exclusivo Cartório Distribuidor Judicial, tal seja, 10 de março de 2022, um mês após a data da entrega dos envelope, reforça a demonstração de que a documentação em análise não complementa em nada a documentação anterior, mas inova no âmbito das documentações anteriormente apresentadas.

Ora, se a certidão do Setor de Distribuição de Feitos poderia ser obtida junto ao Cartório Distribuidor Judicial, deveria o licitante ter providenciado a sua obtenção em tempo de apresentá-la junto aos demais documentos que comprovam a habilitação econômico-financeira da **ORBIS AMBIENTAL S.A** na data da entrega dos envelopes. O item 117 do Edital exige, em caso de participação da licitante em consórcio, que cada empresa consorciada cumpra individualmente as exigências de que trata a Subseção V – Qualificação Econômico-Financeira. Do mesmo modo, o item 98 do Edital prevê a **inabilitação** da Licitante que **deixar de apresentar qualquer dos documentos exigidos** ou não atender a qualquer das condições relativas à habilitação previstas na Seção VII – Documentos de Habilitação.

A apresentação posterior à data da entrega dos envelopes dos documentos exigidos no edital para a habilitação das licitantes viola frontalmente a regra consagrada no art. 43, § 3º, da Lei de Licitações (Lei n. 8.666/93). Vejamos.

“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.”

Sobre o tema, esclarece CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO:

“Note-se que o que a lei proíbe, na parte final do dispositivo citado, é que se agregue ao processo aquilo que dele deveria constar desde a ocasião de sua pertinente apresentação: documento ou informação demandados pelo edital, mas que não foram produzidos a bom tempo. Não proíbe, obviamente, que, tendo sido acostado o documento ou expressada a informação "oportuno tempore", seus alcances sejam ulteriormente esclarecidos, caso a Administração tenha alguma dúvida razoável a solver quanto ao conteúdo ou procedência deles. (...)”

É óbvio, finalmente - escusa dizê-lo-, que tal providência não seria prestante para servir como via transversa de suprir faltas. Sua utilidade reside em dissipar "dúvida razoável" suscitada pela informação ou documento anteriores, no que estão, pois, embutidas as seguintes ideias: a) o documento ou informação já devem constar do processo, se demandados pelo edital; b) o teor do documento ou informação é propiciatório de mais de uma inteligência - e não, pois, apenas de uma inteligência. Concorrentes estes pressupostos, a

Administração espancará suas dúvidas demandando de quem forneceu o documento ou a informação o esclarecimento necessário.”²

A matéria também possui disciplina específica no Edital:

146. Eventuais falhas, omissões ou defeitos formais nos documentos apresentados pelas LICITANTES, refiram-se esses à GARANTIA DA PROPOSTA, aos demais DOCUMENTOS DE HABILITAÇÃO ou à PROPOSTA COMERCIAL, poderão ser relevados ou sanados, a juízo da COMISSÃO DE LICITAÇÃO, mesmo que, para tanto, seja necessária a realização de diligência.

147. As falhas, omissões ou defeitos citados no item 146 passíveis de saneamento são exclusivamente aqueles cujo conteúdo retrate situação fática ou jurídica já existente na data da apresentação da DOCUMENTAÇÃO, **sendo vedada qualquer inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da DOCUMENTAÇÃO**, salvo tratar-se de defeitos formais ou de documento que visa esclarecer dúvida acerca de outro já apresentado. (grifou-se)

O Superior Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de se manifestar no mesmo sentido em diversas ocasiões. Por todas, cita-se o REsp 1894069/SP, em que a Corte conheceu e deu provimento ao recurso para considerar inabilitada a vencedora:

(...) IX. Nesse contexto, a apresentação de **documento** novo, consubstanciado no balanço patrimonial correto - circunstância fática delineada no acórdão - não se enquadra na hipótese autorizada pelo art. 43, § 3º, da **Lei 8.666/93**, que permite à Comissão de Licitação apenas "a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo, **vedada a inclusão**

² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. 1151 p. 604

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

X. Na forma da jurisprudência do STJ, "nos termos do art. 43, § 3º, da **Lei 8.666/1993**, é facultado à comissão licitatória, em qualquer fase, promover diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução, **vedada a inclusão posterior de documento** ou informação que deveria constar originariamente da **proposta**, sob pena de ofensa de ofensa ao princípio da vinculação ao edital" (STJ, REsp 1.717.180/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 13/11/2018). No mesmo sentido: STJ, AgInt no RMS 64.824/MT, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, DJe de 06/05/2021.

XI. Como o entendimento do Tribunal de origem não encontra ressonância na jurisprudência do STJ, que não admite a **inclusão**, em momento **posterior**, de **documento** novo, que deveria constar da fase de habilitação, deve ser provido o Recurso Especial, para conceder a segurança, a fim de considerar inabilitada a empresa Vanguarda Construções e Serviços de Conservação Viária Ltda, nos lotes 13, 18, 40 e 54 da Concorrência 5/2017 do DER/SP.

XII. Recurso Especial conhecido e provido.³

A norma acima invocada não configura demonstração de apego desarrazoado ao formalismo procedimental, mas **exigência indispensável para a garantia da impessoalidade**, objetividade, segurança e transparência do processo licitatório. A formalidade do processo licitatório foi atenuada pela possibilidade de realização de diligências para obtenção dos necessários esclarecimentos relacionados à habilitação dos licitantes, mas permanece inadmissível, por expressa vedação legal, a admissão de

³ STJ, Órgão Julgador – T2 Segunda Turma, REsp 1894069/SP, Rel. Min. Assusete Magalhães, j. 15.06.2021, DJe 30.06.2021.

juntada de documentos posterior à entrega dos envelopes, para evitar a flexibilização do procedimento a ponto de retirar a segurança jurídica associada às formalidades estabelecidas nos diplomas normativos que regem as contratações públicas. A proteção do erário exige o respeito ao formalismo e à impessoalidade, como garantias do respeito ao princípio republicano, da impessoalidade e da moralidade administrativa.

Impossibilitada a juntada posterior dos documentos da habilitação que deveriam constar do conteúdo do **ENVELOPE N. 3: DOCUMENTOS DE HABILITAÇÃO**, não deverá ser admitida a apresentação da certidão em análise, mas reconhecida a ocorrência da preclusão consumativa. Em consequência, o **CONSÓRCIO SÃO SIMÃO SANEAMENTO**, por desatentar aos requisitos de habilitação exigidos pelo Edital, deverá ser declarado inabilitado.

3.2. DA AUSÊNCIA DO ATESTADO DE ATENDIMENTO AOS USUÁRIOS

Entre os diversos requisitos de qualificação técnica exigidos dos licitantes pelo edital da Concorrência Pública n. 003/2021, encontra-se a experiência nos serviços de cobrança e atendimento ao público em sistema de abastecimento de água e esgotamento sanitário. A previsão consta do item 106, “a”, iv, do Edital e será abaixo transcrita em sua integralidade.

106. A qualificação técnica da LICITANTE será comprovada mediante apresentação de:

a) atestado(s) de capacidade técnico-operacional, emitido(s) em nome da LICITANTE ou de consorciada (se a LICITANTE for consórcio), fornecido(s) por pessoa(s) jurídica(s) de direito público ou privado, que demonstre(m) experiência nos seguintes serviços, considerados como parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da LICITAÇÃO: (...)

iv. operação e manutenção de sistema de gestão comercial, incluindo as atividades de leitura de hidrômetro, faturamento, **cobrança e atendimento ao público** em sistema de abastecimento de água e esgotamento sanitário, que atenda, no mínimo, 10.000 (dez mil) habitantes. (grifou-se)

As exigências editalícias demandam a apresentação de atestado de capacidade técnico-operacional que demonstre a experiência em serviços de operação e manutenção de sistema de gestão comercial, incluindo as atividades de leitura de hidrômetro, **faturamento, cobrança e atendimento ao público** em sistema de abastecimento e esgotamento sanitário. A distinção entre as atividades de faturamento, cobrança e atendimento ao público foi claramente estabelecida pelo instrumento convocatório do certame e não pode ser desprezada pelo intérprete para satisfação de sua própria conveniência. Não se alegue que a referida distinção é de somenos importância, pois a distinção entre as parcelas do serviço público que integram o objeto da outorga é da própria essência de todo o processo estabelecido para a contratação pública.

Sabe-se que a concessão de serviço público consiste na outorga da *prestação* do serviço público, que passa a ser prestado pelo concessionário **diretamente ao usuário**, por sua conta e risco. A prestação do serviço público pelo concessionário exige a realização de investimentos em infraestrutura, como aquisição de tecnologia, implantação de redes, aquisição de bens, bem como a contratação e treinamento de pessoal qualificado para garantir a **prestação adequada aos usuários do serviço**. Apesar da prestação do serviço ocorrer em nome do Estado, o concessionário o presta por sua conta e risco, razão pela qual a exata compreensão das parcelas da atividade concedidas ao particular é da essência do instituto da concessão.

A exigência de atestado técnico-operacional que garanta a prévia experiência do licitante em atividades de faturamento, cobrança e atendimento ao público se relaciona diretamente às parcelas do serviço público transferidas à prestação do particular e não pode ser desprezada por interpretação que desconsidere a distinção entre essas



atividades. Com efeito, faturar e cobrar não se confunde com atender ao público usuário dos serviços, cujas razoáveis expectativas de prestação adequada do serviço transbordam os limites de questões relacionadas à modicidade e precisão das tarifas cobradas.

A prestação de serviço adequado ao usuário é exigência expressa do art. 6º, da Lei de Concessões (Lei n. 8.987/1995):

Art. 6º Toda concessão ou permissão **pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários**, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

§ 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, **cortesia na sua prestação** e modicidade das tarifas.

§ 2º A atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço. (grifou-se)

O princípio da legalidade e o interesse público exigem o respeito aos termos e exigências estabelecidas no instrumento convocatório do certame, razão pela qual a fiel demonstração do atendimento às exigências técnico-operacionais não configuram zelo desmesurado pela formalidade, mas o justo apego às finalidades do próprio processo estabelecido para a contratação pública. O atendimento à exigência de experiência com o atendimento ao público deveria ser demonstrado por meio de atestado apresentado pelos licitantes no momento da entrega dos documentos de habilitação. Isso não ocorreu no caso dos autos, uma vez que os atestados apresentados pela **VITAL ENGENHARIA AMBIENTAL S.A. não fazem qualquer referência ao atendimento ao público.**

Os atestados apresentados às fls. 216/289 descrevem a experiência com a cobrança direta ao público, mas **não há qualquer menção** à realização de serviços de

atendimento aos usuários, razão pela qual a única solução razoável é concluir que o **CONSÓRCIO SÃO SIMÃO SANEAMENTO** não demonstrou cumprimento ao item 106, “a”, iv, do Edital da Concorrência Pública n. 003/2021, ocasionando a sua inabilitação.

Tendo em vista que os serviços de saneamento admitem prestação por mais de um operador, a teor da norma do art. 12 da Lei de Saneamento, não é possível presumir que o fato de uma empresa ser concessionária implica, inexoravelmente, no atendimento direto ao público. O Poder Concedente pode modelar o contrato de forma a reter, para si, o atendimento aos usuários. Isso é bastante comum em PPPs, mas pode ocorrer em concessões.

O ponto central do argumento é de natureza lógica: o fato de uma empresa ser concessionária é apenas condição suficiente, mas não condição necessária, para que ela realize atendimento ao público. Por isso, não se pode presumir que a atividade foi realizada. É preciso que ela esteja expressamente atestada, razão pela qual os atestados do licitante melhor classificado não devem ser aceitos e, o vencedor, deve ser inabilitado.

3.3. DA AUSÊNCIA DAS PUBLICAÇÕES EXIGIDAS PELA LEI FEDERAL N. 6.404/1976

No exame da habilitação jurídica das licitantes em processo licitatório, será necessária a observância às normas que regulam e legitimam a atividade das pessoas jurídicas, conforme expressa previsão no art. 28, III, da Lei de Licitações (Lei n. 8.666/1993). O diploma normativo dispõe sobre a necessidade de apresentação dos atos constitutivos em vigor, devidamente registrados, e, no caso das sociedades por ações, acompanhado de documentos de eleição dos administradores. Vejamos.

Art. 28. A documentação relativa à habilitação jurídica, conforme o caso, consistirá em: (...)

III - ato constitutivo, estatuto ou contrato social em vigor, devidamente registrado, em se tratando de sociedades comerciais, e, no caso de sociedades por ações, acompanhado de documentos de eleição de seus administradores;



O **CONSÓRCIO SÃO SIMÃO SANEAMENTO** é composto pelas consorciadas **ORBIS AMBIENTAL S.A.** e **VITAL ENGENHARIA AMBIENTAL S.A.**, sendo ambas sociedades anônimas de capital fechado. A documentação relativa à habilitação jurídica das sociedades por ações regidas pela Lei das Sociedades Anônimas (Lei n. 6.404/1976) deverá conter os documentos de eleição de seus administradores e, para o estatuto ser considerado em vigor, a demonstração da observação das exigências previstas na referida lei, tal como o registro na junta comercial e **publicações exigidas na legislação de regência das sociedades anônimas**. O edital, em consonância com a legislação em vigor, apresenta essa exigência no item 99, “d”.

99. A habilitação jurídica da LICITANTE será comprovada mediante apresentação de: (...)

d) no caso de sociedades por ações e sociedades limitadas, além do ato constitutivo, contrato ou estatuto social, os documentos de eleição dos seus administradores devidamente registrados e, **no caso de sociedades por ações, as publicações exigidas pela Lei federal nº 6.404/1976**; (grifou-se)

Necessária a transcrição do artigo 94 da Lei das Sociedades Anônimas, que evidencia a necessidade de arquivamento e publicação dos atos constitutivos da sociedade anônima de capital fechado para o seu regular funcionamento.

Art. 94. Nenhuma companhia poderá funcionar sem que sejam arquivados e publicados seus atos constitutivos.

A documentação referente à habilitação jurídica das consorciadas, correspondente ao estatuto social em vigor, Ata de Eleição da Diretoria e Procuração se encontra nas fls. 006 a 125 do **ENVELOPE N. 3: DOCUMENTOS DE HABILITAÇÃO**, conforme registro no índice do referido envelope, sendo certo **que as publicações exigidas pela Lei Federal n. 6.404/1976 não acompanham a documentação** apresentada pelas consorciadas. Recorda-se que em caso de participação da licitante em consórcio, cada



empresa consorciada deverá demonstrar que cumpre individualmente as exigências de que trata a Subseção II – Habilitação Jurídica (item 103 do Edital).

A apresentação das publicações previstas pela Lei Federal n. 6.404/1976, necessárias para o estatuto ser considerado em vigor, é exigência indispensável para a demonstração da regularidade jurídica das consorciadas que compõem o **CONSÓRCIO SÃO SIMÃO SANEAMENTO** e a ausência da comprovação correspondente é causa de inabilitação da licitante, dado o grave risco à segurança jurídica causado pela documentação deficiente.

3.4. DA AUSÊNCIA DO SPED

A demonstração da habilitação econômico-financeira da licitante é disciplinada na Subseção V – Qualificação Econômico-Financeira, item 111, do Edital e exige a apresentação dos balanços patrimoniais e demais demonstrações contábeis do último exercício social, conforme abaixo demonstrado.

111. A qualificação econômico-financeira da LICITANTE será comprovada mediante a apresentação de:

a) balanço patrimonial e demais demonstrações contábeis do último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei, que comprovem a boa situação financeira da empresa, vedada a substituição por balancetes ou balanços provisórios, em qualquer caso, sendo considerados exigíveis e apresentados na forma da lei o seguinte:

i. sociedades limitadas e sociedades simples deverão apresentar os balanços aprovados pela assembleia geral de sócios;

ii. sociedades anônimas fechadas deverão apresentar os balanços aprovados e publicados em atenção às exigências da Lei federal nº 6.404/76; e



iii. sociedades anônimas abertas deverão apresentar os balanços aprovados, publicados e auditados por auditor independente.

b) Nas situações em que a LICITANTE estiver submetida ao Sistema Público de Escrituração Digital - SPED, o balanço patrimonial e demais demonstrações contábeis previstos no item 111.a) poderão ser substituídos por:

i. recibo de entrega do livro contábil com o balanço patrimonial e as demonstrações contábeis exigíveis na forma da lei;

ii. comprovantes da assinatura digital do livro contábil pelo diretor responsável e por profissional de contabilidade habilitado e devidamente registrado no Conselho Regional de Contabilidade-CRC, comprovando a sua regularidade perante o respectivo conselho;

iii. cópia dos termos de abertura e encerramento do respectivo livro contábil.

A empresa consorciada **VITAL ENGENHARIA AMBIENTAL S.A.**, que compõem o **CONSÓRCIO SÃO SIMÃO SANEAMENTO**, adota a forma societária de sociedade anônima de capital fechado e, conforme demonstrado na documentação que compõe os documentos de habilitação da licitante, **possui receita bruta total superior a R\$ 78.000.000,00 (setenta e oito milhões de reais) (fls. 421)**. A apuração do valor correspondente à receita bruta total da consorciada é relevante para a determinação da possibilidade de opção pelo recolhimento dos tributos devidos pelo regime de tributação com base no lucro real ou presumido e, em consequência, das exigências relacionadas à forma das diversas declarações que compõem o Sistema Público de Escrituração Digital – SPED. No caso da empresa consorciada, há o enquadramento na hipótese de **vedação de adoção do regime de tributação por lucro presumido** por superar a barreira estabelecida no art. 13 da Lei Federal n. 9.718/1998.

Sabe-se que não há uma dicotomia rígida que estabeleça uma relação direta entre o regime de tributação com base no lucro real e a submissão ao SPED em oposição



ao regime de tributação com base no lucro presumido e a não submissão ao sistema de escrituração digital. Com efeito, a submissão ao SPED poderá ocorrer tanto nos casos de regime de lucro presumido quanto nos casos de regime de lucro real. Contudo, a Instrução Normativa RFB n. 2003, de 18 de janeiro de 2021, disciplinadora da Escrituração Contábil Digital a que são obrigadas as pessoas jurídicas, estabelece em seu art. 3º, regime de exceção para pessoas jurídicas tributadas com base no lucro presumido e que cumprirem o disposto no art. 45, parágrafo único, da Lei n. 8.981, de 20 de janeiro de 1995. Esse não é o caso dos autos, em que a empresa consorciada **VITAL ENGENHARIA AMBIENTAL S.A.** está submetida ao regime de **lucro real**.

Demonstrada a submissão da consorciada ao Sistema Público de Escrituração Digital – SPED, utilizado para a transmissão da Escrituração Digital Contábil, é de se estranhar que ausência de documentação relacionada ao sistema na qualificação econômico-financeira da consorciada que compõem o **CONSÓRCIO SÃO SIMÃO SANEAMENTO** ou a apresentação das demonstrações contábeis indicadas na alínea “b” do item 111 do Edital, capazes de substituí-la. O sistema de escrituração digital constitui considerável avanço para a facilitação do cumprimento das obrigações tributárias e contábeis a que se submetem as pessoas jurídicas no Brasil e, ao mesmo tempo, para a garantia da segurança jurídica na coleta de dados indispensáveis para a eficiente fiscalização dessas obrigações.

Registre-se que em caso de participação da licitante em consórcio, cada empresa consorciada deverá cumprir individualmente as exigências de que trata a Subseção V – Qualificação Econômico-Financeira (item 117 do Edital). Além disso, o SPED permite uma governança muito mais transparente e efetiva. Porém, seja como for, o Consórcio vencedor **deve ser inabilitado, pois uma das empresas é sujeita à tributação pelo lucro real e, portanto, está obrigada ao SPED, mas não apresentou a respectiva documentação.**

Por todo o acima exposto, torna-se evidente que a apresentação da documentação referida é indispensável para a garantia da regularidade do processo



licitatório, por permitir a segura verificação do atendimento dos requisitos de solidez econômico-financeira da empresa consorciada, necessários para a proteção do interesse público e a regularidade do processo licitatório.

3.5. DAS IRREGULARIDADES PROCEDIMENTAIS RELACIONADAS À ABERTURA DO ENVELOPE N. 3 E DEMORA NA DIVULGAÇÃO DOS DOCUMENTOS DE HABILITAÇÃO

Em que pese a existência de inúmeras e graves anomalias procedimentais relacionadas à sessão pública de abertura dos envelopes da Concorrência Pública n. 003/2021, convém registrar que as irregularidades que assolam o certame em análise não se limitam aos defeitos da sessão pública, tendo se iniciado mesmo antes de sua abertura. Este Consórcio já havia se manifestado para demonstrar seu desconforto com a falta de transparência procedimental em momento anterior ao início da sessão pública. Conforme constou no Edital, todos os envelopes deveriam ter sido entregues no dia **04 de fevereiro de 2022**, sendo que ficariam em custódia da B3 até a data da sessão pública. Nesse meio tempo, a Comissão de Licitação avaliaria o **ENVELOPE N. 1: GARANTIA DE PROPOSTA E DOCUMENTOS DE REPRESENTAÇÃO** e divulgaria o resultado a tempo de possibilitar a participação dos concorrentes na da sessão de abertura dos demais envelopes.

A análise foi divulgada no sítio eletrônico da Prefeitura de São Simão no dia **09 de fevereiro de 2022**, dando conta de que duas licitantes estariam aptas a ter suas propostas abertas. O primeiro indício de condução pouco transparente do procedimento ocorreu no momento de divulgação do resultado da avaliação do Envelope n. 1, já que a decisão em questão não divulgou o nome dos licitantes aptos a participar da sessão de abertura dos envelopes. Como já tivemos a oportunidade de sustentar, as licitações regem-se pelo princípio da publicidade e somente em casos muito restritos, definidos na Lei de Acesso à Informação, é possível determinar o sigilo das informações que se relacionam às contratações públicas.



Os serviços públicos de saneamento, obviamente, não integram o rol das exceções legalmente admitidas ao princípio da publicidade, como demonstrado pela própria escolha da B3 para o processamento da concorrência. Contudo, a condução deficiente da Comissão em relação à concorrência em análise não parou aí, continuando a aviltar os atos subsequentes do procedimento.

Como vimos anteriormente, o Edital previu que a realização da sessão pública seria conduzida pela B3 – Bolsa, Balcão, Brasil, em suas dependências, em nome da Comissão de Licitação, segundo os ditames do Edital. No caso da Concorrência Pública n. 003/2021, a sessão de abertura foi realizada no dia **11 de fevereiro de 2022**. Durante a sessão pública, ocorreu a abertura dos **ENVELOPES N. 2: PROPOSTA COMERCIAL**, com a análise e classificação das propostas comerciais neles contidos. As propostas comerciais foram devidamente exibidas no ambiente da sessão pública, pelo sistema da B3, na forma do Manual de Procedimentos da B3, Anexo IX do Edital.

Declarado o resultado da classificação das propostas comerciais, o Manual de Procedimentos da B3 (Anexo IX do Edital) contemplava a abertura do Envelope n. 3 – Documentos de Habilitação sequencialmente na mesma sessão pública (item 138 do Edital). Ao arrempeio das disposições legais e editalícias, o envelope que continha a documentação de habilitação da licitante mais bem classificada **não** foi aberto publicamente durante a sessão realizada no dia **11 de fevereiro de 2022**, em contraste com o registrado na **ATA DA SESSÃO PÚBLICA, ABERTURA DOS ENVELOPES 2 E 3 PROPOSTAS E DOCUMENTAÇÃO DA CONCORRÊNCIA PÚBLICA 003/2021**. Os representantes do **CONSÓRCIO CLEAR SÃO SIMÃO** presentes no dia da sessão de abertura dos envelopes, buscando compreender as discrepâncias procedimentais que ocorreram ao longo da sessão, oportunamente procederam ao questionamento do Diretor da Sessão, que afirmou ser esse o procedimento adotado pela B3.

A abertura do envelope de habilitação na sessão de julgamento decorre da evidente necessidade de publicidade dos atos que compõem o procedimento para a



realização de contratações públicas. A transparência do procedimento é indispensável para o controle da destinação dos valores que integram os cofres públicos, garantia de lisura dos gastos da Administração Pública e probidade dos agentes responsáveis pela guarda e destinação dos recursos públicos. O Edital da Concorrência Pública n. 003/2021, reconhecendo a indispensabilidade da obediência às garantias de transparência procedimental da fase externa, estabelecidas no art. 43, da Lei de Licitações, repete a previsão de abertura do Envelope n. 3 durante a sessão pública.

138. Na data prevista no cronograma, na sede da B3, **em sessão pública, será aberto o Envelope nº 03 da LICITANTE** classificada em primeiro lugar, a fim de se verificar o cumprimento das exigências de habilitação contidas neste EDITAL. (grifou-se)

139. Os DOCUMENTOS DE HABILITAÇÃO da LICITANTE referida no item anterior serão rubricados pelos membros da COMISSÃO DE LICITAÇÃO.

140. Analisados os DOCUMENTOS DE HABILITAÇÃO pelos membros da COMISSÃO DE LICITAÇÃO e verificado o atendimento das exigências contidas neste EDITAL, a LICITANTE será declarada vencedora. Essa análise ocorrerá em ambiente privado após a sessão pública, com o apoio da B3.

Em decorrência da ausência de abertura do Envelope n. 3 da licitante mais bem classificada, seguiram-se novas irregularidades procedimentais. É certo que o Manual de Procedimentos da B3 prevê que a análise da documentação de habilitação ocorreria posteriormente, em ambiente restrito, mas a possibilidade de os licitantes presentes na sessão pública rubricar os documentos constantes do envelope de habilitação da proponente mais bem classificada antes do encerramento da sessão é exigência legal que garante a lisura do procedimento, possibilitando o controle da identidade entre os documentos apresentados e aqueles que posteriormente serão objeto da deliberação da Comissão.

Esse o entendimento consagrado pela Lei de Licitações (Lei n. 8.666/1993):

Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos: (...)

§ 2.º Todos os documentos e propostas serão rubricados pelos licitantes presentes e pela Comissão.

O mesmo entendimento é esposado por MARÇAL JUSTEN FILHO:

“A Lei determina que os documentos sejam rubricados pelos licitantes presentes e pela Comissão. Não haverá vício se apenas alguns dos licitantes efetivarem a rubrica. Essa rubrica destina-se a fornecer um meio objetivo de controle sobre a identidade entre os documentos apresentados e aqueles que posteriormente serão objeto da deliberação da Comissão. A exigência de assinatura não se trata de formalidade que se exaure em si mesma. (...) Não se admite o impedimento à rubrica. Se um dos licitantes resolver rubricar todos os documentos, a faculdade lhe é assegurada por lei. Somente resta aos integrantes da Comissão e aos demais licitantes curvar-se a essa exigência. Mas, se for proibida (ainda que indiretamente) pela Comissão a rubrica? Haverá ofensa aos princípios da legalidade e da moralidade. Como regra, deverá ser invalidada a licitação, independentemente da comprovação concreta de outros vícios, responsabilizando-se os integrantes da Comissão. Isso não significa reconhecer que a rubrica é uma formalidade essencial em si mesma. É que o impedimento à sua prática produz enorme risco de comprometimento da seriedade da disputa. Abre-se oportunidade para que documentos sejam substituídos, o que não poderá ser apurado posteriormente.”⁴

⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**: lei 8.666/1993. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. 1519 p. 937-938.



O **CONSÓRCIO CLEAR SÃO SIMÃO** supôs que seria agendada uma nova sessão para a abertura do envelope e rubrica dos documentos de habilitação da licitante mais bem classificada, mas isso não ocorreu. O Consórcio foi posteriormente informado, em contato telefônico, que o Envelope n. 3 apresentado pelo licitante classificado em primeiro lugar haveria sido aberto “em sessão reservada” e que todos os licitantes, em breve, seriam comunicados da decisão da Comissão sobre a respectiva habilitação. Não houve comunicação oficial e a falta de transparência persistiu, implicando em consideráveis dificuldades para a obtenção de informações adicionais.

O Consórcio, após muito insistir em diversos contatos telefônicos, foi repetidamente informado que a divulgação dos documentos de habilitação ocorreria em breve, mas, para seu espanto, o acesso aos documentos de habilitação do **CONSÓRCIO SÃO SIMÃO SANEAMENTO** ocorreu somente no dia **24 de março de 2022**, mais de um mês e meio após a data da sessão pública.

A conduta da Comissão até o presente momento demonstra significativos indícios de falta de transparência na condução do procedimento, maculando toda a lisura do processo licitatório e revelando a sua nulidade. As inúmeras irregularidades ocorridas ao longo de todo o processamento da Concorrência Pública n. 003/2021 terminaram por violar garantias indispensáveis ao resguardo da segurança jurídica e moralidade administrativa. A falta de transparência dos procedimentos viola significativamente os princípios que regem o trato da *res publica* e dá origem a veementes suspeitas acerca da objetividade e parcialidade do procedimento.

Sobre a publicidade nos processos de contratação pública, é válido retomar as lições de MARÇAL JUSTEN FILHO:

“Em primeiro lugar, a publicidade é um instrumento de participação democrática na formação da vontade estatal. O procedimento administrativo orientado à contratação é o resultado da conjugação das atuações públicas e

privadas. Isso significa que a Administração não se encontra numa posição jurídica de "proprietária" dos interesses envolvidos. Nem sequer se pode aludir a uma posição de superioridade em face da sociedade e dos potenciais interessados. A Administração é serva da realização dos interesses coletivos e da promoção dos direitos fundamentais. Justamente por isso, a Administração Pública tem o dever de atuar de modo transparente, levando ao conhecimento público as propostas, os modos de satisfação concreta das necessidades e assim por diante. A publicidade é uma decorrência inafastável da concepção democrática, que reconhece que a vontade estatal traduz um processo de consenso a partir da participação aberta a todos os integrantes da Nação.”⁵

E CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO:

“Deveras, se os interesses públicos são indisponíveis, se são interesses de toda a coletividade, os atos emitidos a título de implementá-los hão de ser exibidos em público. O princípio da publicidade impõe a transparência na atividade administrativa exatamente para que os administrados possam conferir se está sendo bem ou malconduzida.”⁶

Por todo o acima exposto, é razoável concluir que, caso se entenda pelo afastamento dos substanciais argumentos apresentados para demonstrar a violação aos requisitos de habilitação técnico, econômico-financeira e jurídica do **CONSÓRCIO SÃO SIMÃO SANEAMENTO**, a única solução razoável seria o reconhecimento e conseqüente declaração da nulidade do certame.

4. PEDIDOS

⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**: lei 8.666/1993. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. 1519 p. 117.

⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. 1151 p. 87-88.



Diante do exposto, requer-se que o presente Recurso Administrativo seja recebido em ambos os efeitos, uma vez que presentes as exigências legalmente instituídas para tanto.

Ademais, ante o desatendimento aos requisitos de habilitação jurídica, técnica e econômico-financeira, constantes do Edital da Concorrência Pública n. 003/2021, requer a Recorrente que a respeitável decisão da Comissão de Licitação que considerou habilitado o **CONSÓRCIO SÃO SIMÃO SANEAMENTO** seja reformada, reconhecendo-se a sua inabilitação.

Requer-se ainda, **apenas em caráter subsidiário**, na improvável eventualidade de não acolhimento do pedido de declaração da inabilitação do **CONSÓRCIO SÃO SIMÃO SANEAMENTO**, sejam reconhecidas as diversas irregularidades e ilegalidades que permearam o certame e declarada a sua nulidade.

Termos em que,

Pede deferimento.

São Paulo, 31 de março de 2022.

MARCELO CASTRO DOS SANTOS:12700529855
Assinado de forma digital por MARCELO CASTRO DOS SANTOS:12700529855
Dados: 2022.03.30 18:00:09 -03'00'

**CONSÓRCIO CLEAR SÃO SIMÃO
ENGEFORM ENGENHARIA LTDA
EMPRESA LÍDER DO CONSÓRCIO**

Representante Legal
Marcelo Castro dos Santos
RG: 19568265 SSP/SP
CPF: 127.005.298-55

**ITI**Instituto Nacional de
Tecnologia da Informação[INÍCIO](#)[TERMOS DE USO](#)[F.A.Q.](#)

RELATÓRIO

▼ RELATÓRIO 1 - Arquivo de assinatura aprovado, em conformidade com a MP 2.200-2/2001

Data de verificação	30/03/2022 18:04:45 BRT
Versão do software	2.8.1
Nome do arquivo	Recurso_Administrativo_ assinado.pdf 61c0ebbd3beaa5a4dbdfc90
Resumo SHA256 do arquivo	3910e5c7b1eee2bda03e5c0 8f3fde4332db2ee303

▼ Assinatura por CN=MARCELO CASTRO DOS SANTOS:***005298**, OU=(em branco), OU=RFB e-CPF A3, OU=Secretaria da Receita Federal do Brasil - RFB, OU=67630434000146, OU=VideoConferencia, O=ICP-Brasil, C=BR

▼ Informações da assinatura

Status da assinatura	Aprovado
Caminho de certificação	Aprovado
Estrutura da assinatura	Em conformidade com o padrão
Cifra assimétrica	Aprovada
Resumo criptográfico	Correto
Atributos obrigatórios/opcionais	Aprovados
Certificados necessários	Nenhum certificado necessário

[AVALIE ESTE SERVIÇO](#)[EXPANDIR ELEMENTOS](#)

▶ Caminho de certificação

Modo escuro



▶ Atributos



AVALIE ESTE
SERVIÇO

EXPANDIR
ELEMENTOS

Modo escuro