



**ILUSTRÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DA COMISSÃO
PERMANENTE DE LICITAÇÃO DA COMPANHIA MUNICIPAL DE
URBANISMO – COMUR – ALEXSANDER RAFAEL DE BORBA**

Ref.: Edital de Licitação nº 004/2022

Licitação nº 13.303/16

MEGADATA COMPUTAÇÕES LTDA., inscrita no CNPJ/MF sob o nº 04.014.181/0001-66, com sede na Rua Uruguaiana, 174, salas 301, 401 e 1.101, Centro, Rio de Janeiro/RJ, CEP 20050-092, empresa líder do **Consórcio SBE Novo Hamburgo** tendo em vista a sua desclassificação no certame realizado no dia 26/01/2023, vem diante de V.Sa., tempestivamente, com fundamento no art. 109, I, "a", da Lei nº 8.666/93, a fim de interpor

RECURSO ADMINISTRATIVO,

contra a decisão dessa digna Comissão de Licitação que inabilitou a Recorrente, o que faz, segundo as razões de fato e de direito a seguir expostas.



I. TEMPESTIVIDADE

Esclarece-se, desde logo, que o recurso ora ofertado é plenamente tempestivo, pois protocolado em 14/03/2023, quinto dia após divulgação do resultado da fase de habilitação.

II. DOS FATOS

A Recorrente obteve a proposta vencedora no certame licitatório supramencionado, e ultrapassada essa fase, veio a Recorrente ser inabilitada na fase, sob a alegação de que: (a) o Termo de Constituição do Consórcio é inválido, por conta da limitação de responsabilidades – incompatível com o caráter solidário da obrigação – e da inexecutabilidade da proposta por conta da desproporção entre as atividades e os valores a serem recebidos por cada empresa; (b) desconhecimento dos documentos habilitatórios apresentados pela empresa BILLINGPAY; (c) sendo conhecidos os documentos da BILLINGPAY, estaria prejudicada por apresentação de documento fiscal vencido e atestado de capacidade técnica com vício de validade e (d) desconsiderando o consórcio, através da participação isolada da MEGADATA, ainda assim, restaria inabilitada por conta de vício no atestado de capacidade técnica, nos termos exigidos no Edital (item 9.10).

Portanto, esses são os pontos controversos que merecem ser revistos, como à frente restará demonstrado



III. DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS

III.a) Da validade do Termo de Constituição de Consórcio

i) Quanto à solidariedade:

Por intermédio de cognição sumária, o parecer que fundamenta a decisão de inabilitação das empresas MEGADATA e BILLINGPAY que, em consórcio, apresentaram a proposta vencedora da presente licitação, decretou que seria inválida essa forma de organização das empresas para participar do certame, nos moldes apresentados, questionando-se especificamente a responsabilidade solidária, os custos de cada empresa e a repartição dos resultados.

Esses entendimentos, salvo melhor juízo, não merecem prosperar, consoante se restará demonstrado abaixo.

Antes de mais nada, necessário se destacar que Consórcio é uma associação de dois ou mais indivíduos, empresas, ou organizações com o objetivo de praticar uma atividade comum ou de partilha de recursos para atingir um objetivo.

Especificamente, os consórcios formados para a execução de contratos públicos, que geralmente são contratados por meio de licitação pública, têm suas atividades regidas pela Lei Geral de



Licitações nº 8.666/93 (“LGL”), a qual traz em seus artigos as disposições gerais que todas as empresas que ambicionam prestar serviços a entes públicos devem seguir.

Mais precisamente, há uma regra contida no inciso V do artigo 33 da LGL, que determina que as empresas parceiras no empreendimento possuem responsabilidade solidária pelos atos praticados em consórcio, na fase de licitação e durante a execução do contrato.

Esta regra possui uma razão de ser, afinal, o consórcio não possui personalidade jurídica distinta da de seus membros, devendo as consorciadas praticar os atos em nome próprio.

Assim, ainda que não tenha personalidade jurídica própria, o consórcio possui nome fantasia, inscrição no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica – CNPJ e deve ser constituído por meio de instrumento particular; um contrato de constituição. É nesse contrato que estão presentes as principais disposições que regerão as atividades do consórcio, desde o seu nome até a proporcionalidade nas despesas e receitas do contrato público.

E é exatamente quando se trata da solidariedade que os problemas e discussões judiciais começam, tais quais os que foram levantados pela Comissão de Licitação, e que não se prestam, de forma alguma para inabilitar o Consórcio formado por MEGADATA e



BILLINGPAY, ainda que essa discussão envolva o dever de indenizar o contratante público ou terceiros.

Seja qual for o motivo, a regra do artigo 33 da LGL sempre é invocada nos processos judiciais na tentativa de que seja determinada que a solidariedade é a regra neste tipo de contrato. Ressalte-se que as normas que regulam relações consorciais para execução de contratos públicos não se limitam à LGL.

Há também outra norma federal, a Lei nº 6.404/76 (Lei das Sociedades Anônimas), mais especificamente no seu § 1º do artigo 278. A regra deste artigo determina que as consorciadas somente se obrigam nas condições previstas no contrato de constituição do consórcio, o que significa que o contrato assume papel importantíssimo na mitigação dos riscos das empresas consorciadas.

É este o entendimento que tem sido privilegiado pelos tribunais, ao adotarem de forma definitiva o que dispõe a Lei das S.As. para limitar a responsabilidade das consorciadas ao que dispõe o contrato de constituição do consórcio, não à regra geral de solidariedade da LGL.

Exemplo disso é o entendimento da Terceira Turma do STJ que, em julgamento recente do **AREsp 1620860 RJ**, demonstra entendimento firme a respeito da matéria, quando determina que **“as sociedades consorciadas apenas se obrigam**



nas condições previstas no respectivo contrato, respondendo cada uma por suas obrigações, sem presunção de solidariedade, de acordo com o disposto no art. 278, § 1º, da Lei das Sociedades Anônimas (Lei 6.404/76)”.

Embora o julgado acima seja monocrático, teve como embasamento o julgamento colegiado da mesma Turma em acórdão do **REsp 1.635.637 – RJ**, numa clara demonstração de que é este o entendimento sedimentado da Turma a respeito da matéria.

Outro ponto importante do acórdão refere-se à interpretação restritiva de leis federais, mais especificamente no caso comentado, o Código de Defesa do Consumidor – CDC, quando os ministros determinam que **“a previsão de solidariedade contida no art. 28, § 3º do CDC deve ser interpretada restritivamente, de maneira a abarcar apenas as obrigações resultantes do objeto do consórcio, e não quaisquer obrigações assumidas pelas consorciadas em suas atividades empresariais”.**

Assim, da mesma forma que a lei federal nº 8.078/90 deve ser interpretada de forma restritiva, também deve ser o artigo 33 da LGL e o art. 57, §1º, do Regulamento de Licitações e Contratos da COMUR. Trata-se de consolidação do entendimento de que a solidariedade nunca pode ser presumida.

Portanto, quando da formação de um consórcio, é importante que as empresas consorciadas tenham conhecimento a



respeito dos ditames da LGL, os quais contornam a solidariedade entre consorciadas para fins específicos da relação com a Administração contratante.

Para as demais responsabilidades, o contrato de constituição do consórcio tem um papel importantíssimo, sendo ele o instrumento apto a definir quando e sobre quais condições uma das consorciadas assumirá a responsabilidade pelos atos praticado pela(s) outra(s) consorciada(s).

Desse modo, o entendimento mais moderno, capitaneado pelo STJ é o de que o posicionamento dos tribunais deve pender pelo não reconhecimento da solidariedade. Logo, a previsão do Item 8.1 do Termo de Constituição de Consórcio apresentado, não é inválido sob esse aspecto.

ii) Quanto à partilha dos custos e dos resultados

Sob esse aspecto, igualmente a Comissão de Licitação precisa, *data vênia*, compreender que a participação da MEGADATA e da BILLINGPAY é um empreendimento de empresas do mesmo grupo econômico que, conjugando suas atividades, empreendem no meio empresarial.



E assim o fazem porque têm o seu controle acionário pertencente a um mesmo sócio e essa constatação pode ser feita analisando-se os contratos sociais apresentado na Habilitação.

Portanto, uma empresa com participação de 97% e outra com 3% do Consórcio, conforme disposto no Item 10.2 do Termo de Constituição do Consórcio, frente às responsabilidades assumidas por cada uma delas, tal qual disposto nos Itens 9.3 e 9.4 do referido Termo, não gera qualquer causa de inexecuibilidade ao serviço que será contratado, posto que as empresas são do mesmo grupo, repita-se.

Logo, o eventual prejuízo de uma será compensado pelo lucro da outra. E assim foi feito o plano financeiro para que pudesse ser formado o Consórcio, que não aponta qualquer viés de inexecuibilidade, consoante sustentado pela i. Comissão de Licitação.

Nesse sentido, importante destacar o conceito de inexecuibilidade de uma proposta para a prestação de serviços públicos.

Assim, tem-se por inexecuível ou inviável a proposta cujos termos econômicos não são suportáveis pelo proponente, ou seja, ele compromete a sua palavra, mas não terá condições de mantê-la ao longo da execução do ajustado, sendo que,



muitas vezes, sequer consegue dar início à execução. A doutrina explica esse fenômeno.

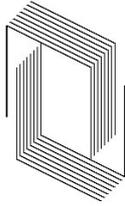
Para tanto, são as lições do festejado mestre Marçal Justen Filho em relação a este problema, considerando que "(...) a questão fundamental não reside no valor da proposta, por mais ínfimo que o seja. O problema é a impossibilidade de o licitante executar aquilo que ofertou." Conclui esse pensamento ponderando que não compete à Administração fiscalizar a atividade empresarial, ou seja, a decisão de receber lucros ou arcar com prejuízos é da empresa.

Certo, portanto, é que a inexecuibilidade somente ensejará a desclassificação de um licitante, se ficar demonstrado que a mesma não suportará proposta oferecida (inexecuibilidade absoluta). E não é o caso. A Decisão que opina pela inexecuibilidade não está fundamentada em qualquer parecer econômico que a justifique, merecendo reforma, também, nesse sentido.

III.b) Da Conformidade da Habilitação Fiscal e Trabalhista

Ultrapassada a questão da invalidade da formação do consórcio formado por MEGADATA e BILLINGPAY, necessária se faz a análise dos

documentos de habilitação de ambas as consorciadas.



megadata

Desse modo, indispensável que se verifique, e a Comissão de Licitação tem a capacidade de fazer tal constatação, que a Certidão relativa ao FGTS da BILLINGPAY, no dia 17/02/2023, foi entregue com validade de 21/02/2023.

Ainda assim, antes da data final de entrega dos documentos da Habilitação, foi feito protocolo, após consulta formulada à Comissão de Licitação, haja vista que o prazo somente se encerraria no dia 28/02/2023. Nesta feita, foi juntada Certidão do FGTS com validade de 12/03/2023.

Evidente, então, e basta a Comissão de Licitação consultar a árvore de documentos do processo, que houve duas juntadas de 2 (duas) certidões do FGTS válidas e dentro do prazo de recebimentos de documentos da Habilitação. Frise-se.

Por outro giro, ainda que a Comissão de Licitação somente queira considerar a primeira Certidão apresentada, ainda assim é entendimento pacífico da doutrina e da jurisprudência pátria, que a validade da Certidão deve ser considerada da data do ato de sua juntada e não no último dia de prazo como disposto por essa i. Comissão.

Sob esses aspectos, evidente que a Certidão de FGTS não deve ser motivo para gerar inabilitação do Consórcio do



certame licitatório, haja vista a sua juntada no prazo da Habilitação, por duas vezes e em cada uma delas dentro de sua validade.

Neste ponto, igualmente merece reforma a decisão ora recorrida.

III.c) Da Conformidade da Habilitação Técnica

i) Em relação à Billingpay:

O primeiro motivo de alegação de inconformidade, invalidade para o Consórcio e não conhecimento do Atestado de habilitação Técnica apresentado pela BILLINGPAY, que está ligado à impossibilidade de sua análise, ante a alegada invalidade do Termo de Constituição do Consórcio, deve ser afastado, haja vista a validade da formação do Consórcio, já abordada linhas acima.

Portanto, o referido Atestado apresentado pela BILLINGPAY deve ser analisado, aproveitado pelo Consórcio e conhecido por essa i. Comissão de Licitação, e reconhecido como válido pelos seus próprios atributos de validade e autenticidade.

E quanto ao segundo motivo de invalidade do acima referido Atestado, referente à sua validade, a i. Comissão de Licitação questiona a legitimidade do representante da empresa que o assinou, a constituição do referido Consórcio, a demonstração que a Empresa signatária é a líder e a representante do Consórcio operador do serviço de transporte de passageiros no Município de Campos dos Goytacazes, e a validade da assinatura eletrônica nele aposta, através da juntada de outros documentos que não somente o Contrato de Prestação de Serviços firmado entre BILLINGPAY e o próprio Atestado contestado.



Nesse aspecto, o Edital é bem claro, e em seu item 9.10 e subitens seguintes, requer a comprovação técnica através de ao menos um Atestado, tal como foi feito, havendo neste instrumento a qualificação do Consórcio operacional, Concessionário de Serviço Público de Transporte Coletivo de Passageiros, e a assinatura eletrônica, também questionada pela Comissão de Licitação.

Assim, tendo atendido estritamente os termos do Edital de Licitação, a BILLIGPAY não pode ter o seu Atestado de Capacidade Técnica desconsiderado por simples dúvida da Comissão de Licitação, uma vez que ela pode se usar de Diligências para esclarecê-las. O não foi feito.

Até porque a LGL confere à Comissão de Licitação, o direito de efetuar diligência para complementar a instrução do processo licitatório, conforme dispõe o seu art. 43.

Ocorre, no entanto, que de acordo com o entendimento pacífico do Tribunal de Contas da União, o dispositivo legal não veicula uma simples discricionariedade ao gestor público, mas sim um verdadeiro dever de ação nas situações em que a diligência se mostrar necessária e adequada.

É pacífico o entendimento do Tribunal de que falhas sanáveis, meramente formais, identificadas nas propostas, não devem levar necessariamente à inabilitação, cabendo à Comissão Julgadora promover as diligências destinadas a esclarecer dúvidas ou complementar o processamento do certame

É o sentido que se extrai do **Acórdão 2.521/2003-TCU-Plenário**, in verbis: *"atente para o disposto no art. 43, §3º, abstendo-se, em consequência, de inabilitar ou desclassificar empresas em virtude de detalhes irrelevantes ou que possam ser supridos pela diligência autorizada por lei"*



Assim, a promoção de diligência em face do Atestado de Capacidade Técnica pode ter como finalidade tanto a complementação de informação ausente no documento como a confirmação da veracidade dos fatos nele descritos ou a sua assinatura. É importante ressaltar que a diligência pode ser feita junto à empresa ou ao emissor do atestado, ficando a cargo da comissão ou do pregoeiro decidir qual opção será mais rápida e segura.

Aliás, seria bem fácil de afastar a alegação de que a assinatura eletrônica aposta no Atestado não certifica que realmente assinou o documento, uma vez que o serviço “DocuSigned” é assinador mais utilizado no mundo e possui um grau de segurança e confiabilidade extremamente elevado.

E aqui é preciso diferenciar os termos: Assinatura Digital, Assinatura Eletrônica e Assinatura Digitalizada.

Na assinatura eletrônica, não existem os dados expostos da assinatura digital, porém, apresenta uma assinatura física no documento. O usuário que assinou passou por um processo de certificação por empresa que comprova a sua identidade com diversas validações antes de ser autorizada a assinatura de qualquer documento.

Nesse sentido, no Atestado assinado e questionado pela Comissão de Licitação, pode ser verificado com mais precisão no Painel de Assinaturas que:

- a) A fonte é confiável segundo a Adobe.
- b) O documento não foi modificado desde a sua assinatura.
- c) A identidade do assinante é válida (foi verificada).

✓  Rev. 1: Assinado por DocuSign, Inc. <enterprisesupport@docusign.com>

Assinatura válida:

Fonte de origens confiáveis obtida de Adobe Approved Trust List (AATL).

- O documento não foi modificado desde que esta assinatura foi aplicada
- Identidade do assinante válida
- O horário de assinatura é o que consta no computador do signatário.
- A assinatura é habilitada para LTV

✓ Detalhes da assinatura

Motivo: Digitally verifiable PDF exported from www.docusign.com

[Detalhes do certificado...](#)

Última verificação: 2023.03.14 15:24:04 -03'00'

Campo: ENVELOPEID_97809038DB1B4D9C857E9332C997731C(assinatura invisível)

[Clique para exibir esta versão](#)

Importante salientar, ainda, que o Edital no item 9.1.2 menciona o termo “assinatura certificada eletronicamente” não dispondo claramente que somente aceitará certificado digital, de modo que a assinatura eletrônica atende ao disposto no Edital.

Sendo assim, novamente trata-se de objeto de diligência, podendo a Comissão solicitá-la para que esclarecesse a controvérsia.

Portanto, evidenciada a dúvida, a i. Comissão de Licitação deveria ter promovido Diligências e não a desclassificação da BILLINGPAY.

Deste modo, a decisão ora recorrida padece de nulidade e merece reforma, também, sob esse aspecto.

Por fim, quanto ao terceiro motivo de desconsideração do Atestado de Capacidade Técnica, referente à alegação de que o seu conteúdo não contempla todas as especificidades dos subsistemas do SBE do Atestado de Capacidade Técnica, ao revés do que entente a i. Comissão de Licitação, o Edital estabelece, verbis:

.....
.....

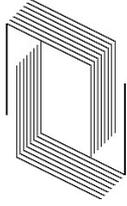
9.10 HABILITAÇÃO TÉCNICA

9.10.1 A documentação relativa à qualificação técnica da Empresa Especializada comprovar-se-á mediante a apresentação do conjunto de certidões de experiência técnica/atestado, emitido por entidade pública ou privada responsável por Sistema de Transporte Público, os quais devem atestar que a licitante atenda às seguintes especificações mínimas:

a) que a licitante oferece Sistema de Bilhetagem Eletrônica no qual esteja compreendida uma frota composta por veículos do tipo ônibus, correspondente a, no mínimo 50% (cinquenta por cento) do número de veículos da frota estimada no item 4.1 do TR;

b) que a licitante oferece Sistema de Bilhetagem Eletrônica no qual esteja compreendida uma quantidade média mensal de passageiros transportados (pagantes ou não) de, no mínimo 50% (cinquenta por cento) do número de passageiros médios mensais estimados para o serviço de transporte, conforme item 4.1 do TR.

.....
.....



megadata

Ou seja, tocante ao Atestado, deve ser apresentado na forma do subitem 9.10.2, com as especificações do subitem 9.10.1. E isso foi feito.

O que contempla o item 9.10.1.1 é que a empresa forneça os subsistemas integrado com o objeto, quando for fornecer o serviço e isso será feito e não deve ser objeto do atestado.

Face ao exposto, os itens contemplados no item 9.10.1.1 não são exigências para serem contemplados no Atestado de Capacidade Técnica, mas sim itens de serviço a serem fornecidos pelo Contratado.

Aqui, então, mais um capítulo da decisão que merece ser reformado.

ii) **Em relação a MEGADATA:**

Por fim, em relação à MEGADATA, aproveitando todos os argumentos acima aduzidos, em relação à formação do Consórcio e ao Atestado de Capacidade Técnica, não merece se desclassificada.

A uma, porque o Consórcio está regularmente constituído.



A duas, porque o Atestado de Capacidade Técnica não padece de qualquer nulidade, frise-se.

IV. DO PEDIDO

Diante todos os fundamentos acima demonstrados, pleiteia-se a V.Sa. que seja, por fim, julgado procedente o presente recurso para que haja a reforma da decisão que inabilitou as empresas integrantes e o Consórcio Recorrente do certame

Termos em que,
Pede deferimento.

Rio de Janeiro, 14 de março de 2023.

MEGADATA COMPUTAÇÕES LTDA.