

ILUSTRÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DA COMISSÃO DE LICITAÇÃO DA PREFEITURA MUNICIPAL DE ITAPIPOCA/CE

ILMO SR.(a) AUTORIDADE SUPERIOR COMPETENTE RESPONSÁVEL PELO PROCESSO LICITATÓRIO DE TOMADA DE PREÇOS Nº 23.06.09/TP

OBJETO: REQUALIFICAÇÃO E AMPLIAÇÃO DA ESCOLA MARIA MAGALHÃES VIANA AZEVEDO - DISTRITO SEDE URBANA, ATRAVÉS DA SECRETARIA DE EDUCAÇÃO BÁSICA DO MUNICÍPIO DE ITAPIPOCA.

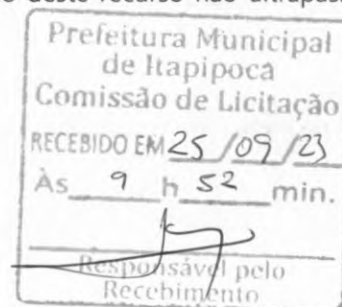
ÁGUA CONSTRUÇÕES E INCORPORAÇÕES LTDA, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 12.049.385/0001-60, com sede na Av. Santos Dumont, nº 1343, Sala 805, Aldeota, CEP: 60.150-160; vem, tempestivamente, por intermédio de seus advogados, que esta subscrevem, perante Vossa Senhoria, interpor **RECURSO ADMINISTRATIVO**

Em face da **DECISÃO DE INABILITAÇÃO** da licitante supramencionada na **TOMADA DE PREÇOS DE EDITAL Nº 23.06.09/TP**, proferida na data de 14 de setembro de 2022; Com fulcro no art. 5º, XXXIV da Constituição Federal; art. 109 e seguintes da Lei n. 8.666/1993 e art. 54 e 56 da Lei 9.784/1999, o que faz pelas razões que passa a expor:

DA TEMPESTIVIDADE DO RECURSO

O presente recurso é plenamente tempestivo, uma vez que o resultado da inabilitação foi publicado no dia 20 de setembro de 2023 (quarta-feira), pelo Diário Oficial da União e faz-se o prazo fatal no dia 27 de setembro de 2023 (quarta-feira), conforme disposto no artigo 109, § 2º e 4º da Lei n. 8.666/93.

Assim sendo, resta claro que o protocolo deste recurso não ultrapassou o *dies ad quem*, sendo indubitável, pois, a sua tempestividade.





- DA MOTIVAÇÃO RECURSAL

A Empresa ora recorrente, vem apresentar recurso nos moldes do art. 109, § 4º Lei nº 8.666/93, em face da decisão proferida pela Comissão de Licitação que resultou em sua inabilitação. Ao que vem requerer que Vossa Senhoria, Ilustríssimo Presidente, reconsidere sua decisão ou, assim não querendo, encaminhe o presente pedido para a Autoridade Superior para que manifeste nova decisão.

- DAS RAZÕES PARA REFORMA DA DECISÃO QUE INABILITOU A RECORRENTE

Prefacialmente, verifica-se que **A COMISSÃO ACUSA A EMPRESA DE TER DESCUMPRIDO O ITEM 5.2.2.3** do edital, a qual, segundo sua razões, a Prova de situação regular perante o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS, foi apresentada vencida.

Com máxima *data vênia*, aparenta-se inequivocamente que houve erro procedimental da Comissão na análise dos documentos da empresa, visto que todos – **sem exceção** – estão em pleno acordo com o exigido na carta editalícia, bem como persegue os parâmetros do art. art. 29, inc. III - Lei 8.666/93.

É importante ressaltar que o documento referente ao item supostamente não atendido, qual seja o Certificado de Regularidade do FGTS - CRF, está em pleno acordo com o exigido no edital, bem como pela legislação.

Além disso, a referida certidão, quando enviada junto ao envelope de habilitação estava plenamente válida, uma vez que foi enviado para data de abertura inicial em 09-08-2023.

CERTIDÃO DE REGULARIDADE FGTS (PÁG. 23)

Válida até 11.08.2023

No entanto, o referido certame teve sua abertura adiada para 17-08-2023, o que também não implica necessariamente na inabilitação da empresa no certame, pois o documento está apto a ser recebido, atingindo a finalidade desejada. Vejamos:

Pelo bem da verdade, o argumento apontado para inabilitar a empresa, não passa de mera formalidade. Posto que, todos os documentos comprovam que a empresa está regular.

Notadamente, a Nobre Comissão deixou de observar que a Constituição Federal de 1988 estabeleceu o tratamento favorecido, diferenciado e simplificado as ME e EPP, nos seus artigos 170, IX e 179, que faz parte dos princípios gerais da atividade econômica a ser dispensado pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Assim, a norma constitucional expressa estabelece o tratamento jurídico diferenciado **às referidas pessoas jurídicas a vantagem de poder comprovar a sua regularidade fiscal** apenas após sagrarem-se vencedoras na licitação.

Desta forma, após aprovado no processo de licitação, tais empresas, conforme a lei lhe permite, têm até 5 (cinco) dias para regularizar sua situação fiscal!

Portanto, não há NENHUM motivo para que se julgue que o documento que atesta a regularidade fiscal seja questionado quanto à integridade de seus dados – **não há qualquer irregularidade material ou formal**, devendo ser reanalisada para posterior reinclusão da empresa no certame, **uma vez que suprem todos os requisitos do art. 29, inc. III da Lei de Licitações.**

- DA CONSTITUCIONALIDADE DO TRATAMENTO DIFERENCIADO

Outrossim, verifica-se que a Comissão de Licitação acusa a empresa de ter apresentado Prova de Regularidade Fiscal irregular, desatendendo ao que preconiza o Edital. Contudo, tal decisão é desarrazoada, conforme se passa a expor.

Especificamente no caso das microempresas (ME) e empresas de pequeno porte (EPP), foi editada a Lei Complementar nº 123/2006 (Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte), que trouxe benefícios no procedimento licitatório para estas instituições, previsto em seus artigos 42 ao 49.

Este tratamento diferenciado encontra suporte nos artigos 170, inciso IX e 179 da CF/88, respectivamente, *in verbis*:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...]

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

[...]

Art. 179. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.



Assim, conforme transcrito acima – e em paralelo aos arts. da CF/88 mencionados alhures –, não há que se falar em inconstitucionalidade do tratamento diferenciado dispensado para essas empresas, posto que a **Lei Complementar nº 123/06** é absolutamente constitucional.

Neste contexto, a LC supramencionada veio regulamentar um benefício concedido pela Constituição Federal de 1988, garantindo às ME e EPP o direito constitucional do tratamento diferenciado, favorecido e simplificado.

Com efeito, inabilitar a requerente pelas causas ora contrarrazoadas não têm motivação legal e não possuem lastro ou fundamentação jurídica.

Portanto, não há NENHUM motivo para que a empresa permaneça inabilitada: não há qualquer irregularidade.

- DAS ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI COMPLEMENTAR 123/2006

A lei 123/06 dispõe em seu art. 47:

Nas contratações públicas da União, dos Estados e dos Municípios, poderá ser concedido tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte objetivando a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica, desde que previsto e regulamentado na legislação do respectivo ente.

A LC nº 123/06 estabeleceu diversas mudanças nos processos licitatórios, dentre eles a possibilidade das ME's e EPP's apresentarem seus documentos a respeito da regularidade fiscal apenas na assinatura do contrato.

O art. 42 da LC nº 123/06 estabelece que:

- Nas licitações públicas, a comprovação de regularidade fiscal das microempresas e empresas de pequeno porte somente será exigida para efeito de assinatura do contrato.

Destarte, é necessária à demonstração da regularidade fiscal, de forma a cumprir com o determinado pelo art. 29 da Lei nº 8.666/93, mesmo que seja apresentada de forma maculada, não terá a ME e EPP como consequência a inabilitação no certame, isso porque a LC nº 123/06, lhe dar um amparo legal.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. LICITAÇÃO E CONTRATO ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. LIMINAR. PREGÃO PRESENCIAL. INABILITAÇÃO DE LICITANTE VENCEDOR. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. CERTIDÃO DE REGULARIDADE COM O FGTS.

POSSIBILIDADE DE REGULARIZAÇÃO DA SITUAÇÃO FISCAL. ART. 43, § 1º, DA LC Nº 123/2006. O deferimento de medida liminar em mandado de segurança exige a presença dos requisitos do inciso III do art. 7º da Lei nº 12.016/2009, com as ressalvas do § 2º. Não há falar em ilegalidade perpetrada pela Comissão de Licitação do Município de Osório ao ter oportunizado à licitante que ofereceu o lance vencedor o prazo previsto no art. 43, § 1º, da LC 123/06, para fins de comprovação da regularidade junto ao FGTS, por se tratar de empresa de pequeno porte que havia sido inabilitada. Decisão de indeferimento da liminar mantida. **NEGADO SEGUIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO.** (Agravo de Instrumento Nº 70065011355, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marilene Bonzanini, Julgado em 29/05/2015).

(TJ-RS - AI: 70065011355 RS, Relator: Marilene Bonzanini, Data de Julgamento: 29/05/2015, Vigésima Segunda Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 02/06/2015)

O art. 43, da LC nº 123/06, tem a seguinte redação:

Art. 43. As microempresas e as empresas de pequeno porte, por ocasião da participação em certames licitatórios, deverão apresentar toda a documentação exigida para efeito de comprovação de regularidade fiscal e trabalhista, mesmo que esta apresente alguma restrição (Redação dada pela Lei Complementar nº 155, de 2016).

§ 1º Havendo alguma restrição na comprovação da regularidade fiscal e trabalhista, será assegurado o prazo de cinco dias úteis, cujo termo inicial corresponderá ao momento em que o proponente for declarado vencedor do certame, prorrogável por igual período, a critério da administração pública, para regularização da documentação, para pagamento ou parcelamento do débito e para emissão de eventuais certidões negativas ou positivas com efeito de certidão negativa. (Redação dada pela Lei Complementar nº 155, de 2016).

Pelo que depreende da Lei, **PARA REGULARIZAÇÃO DA DOCUMENTAÇÃO FISCAL EXIGIDA, A PEQUENA EMPRESA DISPORÁ DO EXÍGUO PRAZO DE 5 (CINCO) DIAS ÚTEIS, PODENDO SER PRORROGADO POR IGUAL PERÍODO,** caso a ME/EPP seja classificada vencedora da licitação

Outrossim, ainda que a ME/EPP esteja com algum problema nas Certidões Negativas de Débitos de tributos e regularidade fiscal ela poderá participar com a certidão vencida ou com alguma restrição.

Representação da Lei nº 8.666/93. Pregão Eletrônico. Empresa de Pequeno Porte. Lei Complementar nº 123/2006. Prazo para comprovação da regularidade fiscal. Princípio da vinculação ao instrumento convocatório. Procedência. Anulação do certame. Repetição dos lances quanto aos itens para os quais a Representante apresentou propostas de preços. **ACÓRDÃO Nº 285/11 - TRIBUNAL PLENO - TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ**

Então, o benefício reside na regularização tardia da certidão defeituosa, ou seja, a empresa deve apresentar toda documentação exigida e caso exista alguma restrição poderá regularizar tardiamente usufruindo do direito concedido às microempresas e empresas de pequeno porte.



- DA PREVISÃO EDITALÍCIA AO TRATAMENTO DIFERENCIADO

Tendo em vista que o edital é a lei interna da licitação, verifica-se que esta restrição se fundamenta no princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

Nesse sentido, Marçal JUSTEN FILHO, sustenta que:

O que o dispositivo pretende é determinar que todo o ato convocatório de uma licitação diferenciada explicitamente satisfatoriamente os critérios e requisitos de participação e de julgamento. Em outras palavras, será nula a licitação se o ato convocatório não preencher tais requisitos; a aplicação dos critérios legais depende da sua previsão e regulamentação no edital. Não se trata de um pressuposto de aplicação ou de exclusão da licitação diferenciada, mas de um requisito de sua validade. De todo o modo, caberá à legislação regulamentadora dos dispositivos estabelecer os critérios que deverão ser observados pela autoridade administrativa que elaborará o edital.

De todo modo, para melhor entendimento do que aqui se expôs, não é que os benefícios devam constar no Edital para que sejam aplicados ou não, mas, na verdade, é uma exigência da Lei que todos os requisitos estejam prescritos no Certame, do contrário, pode gerar sua nulidade. Sendo assim, O TCU decidiu da seguinte forma:

Os privilégios concedidos as microempresas e empresas de pequeno porte por força dos arts. 42 e 43 da Lei Complementar no 123/2006 independem da existência de previsão editalícia sendo de observância obrigatória pela Administração, quando se deparar com situação fática que se subsume aos comandos normativos em destaque. - **Acórdão 2505/2009 Plenário (Sumário)**

Demonstra-se, portanto, que a ausência de critérios avaliadores vinculados ao instrumento convocatório prejudicou o julgamento objetivo da documentação da recorrente, contrariando, visivelmente, a finalidade do processo licitatório.

- DOS PRINCÍPIOS NORTEADORES E DA FINALIDADE DA LICITAÇÃO

A finalidade de um processo licitatório conforme sua criação e inserção no direito brasileiro, é a busca pela proposta mais vantajosa à Administração Pública!

Assim, deve ser presidida sempre pelos princípios constitucionais da isonomia, legalidade, **RAZOABILIDADE**, impessoalidade, moralidade, igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório, **DO JULGAMENTO OBJETIVO**, da busca pela verdade material, e **FORMALISMO MODERADO**.

Entrementes, vê-se que a Comissão atua com rigorismo extremo, contudo, o que é indicado pelos Tribunais de Contas e pela lógica do ordenamento jurídico é a

busca por medidas que afastem o formalismo excessivo em detrimento a busca pela proposta mais vantajosa para a Administração Pública. Neste sentido, destaca-se:

No curso de procedimentos licitatórios, a Administração Pública deve pautar-se pelo princípio do formalismo moderado, que prescreve a adoção de formas simples e suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados, promovendo, assim, a prevalência do conteúdo sobre o formalismo extremo, respeitadas, ainda, as praxes essenciais à proteção das prerrogativas dos administrados. (TCU no acórdão 357/2015-Plenário)

Ao constatar incertezas sobre o cumprimento de disposições legais ou editalícias, especialmente **dúvidas que envolvam critérios e atestados que objetivam comprovar a habilitação das empresas em disputa, o responsável pela condução do certame deve promover diligências para aclarar os fatos** e confirmar o conteúdo dos documentos que servirão de base para a tomada de decisão da Administração (art. 43, § 3º, da Lei no 8.666/1993) - **ACÓRDÃO 2730/2015 – PLENÁRIO**

Isso posto, deve-se observância a inteligência do art. 43, §3º da lei 8.666/93:

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.

Hodiernamente, existe uma forte corrente de opiniões doutrinárias e decisões por meio de Tribunais sobre a relativização da proibição do saneamento de dúvidas na documentação apresentada ou por vícios aparentes, ponderando o vício e a escolha da proposta mais vantajosa para a Administração, o que é essencial para atingir a finalidade de um processo licitatório.

12. A jurisprudência deste Tribunal é clara em condenar a inabilitação de licitantes em virtude da ausência de informações que possam ser supridas pela diligência prevista no art. 43, § 3º, da Lei de Licitações (acórdãos do Plenário 1.924/2011, 747/2011, 1.899/2008 e 2.521/2003, dentre outros). **Acórdão 2.101/2020, Plenário, rel. Min. Augusto Nardes**

16. Ao contrário, os agentes públicos nomeados para compor a referida comissão de licitação deveriam ter se pautado no princípio do formalismo moderado, que prescreve que as formalidades exigidas não podem ser utilizadas como um fim em si mesmo, tampouco podem ser exigidas quando dispensáveis. O formalismo no procedimento licitatório não significa que se possa desclassificar propostas eivadas de simples omissões ou defeitos irrelevantes. Acórdão 2.835/2016, Plenário, rel. Min. Benjamim Zymler

Neste escopo, surge também para Administração Pública agir com estrita observância ao Princípio da Proporcionalidade com o fito único de julgar as propostas com mais equidade e justeza.

Marçal Justem Filho, in Comentários à lei de licitações e contratos administrativos, 13. ed, p. 76, ao tratar do princípio da proporcionalidade ensina, in verbis:



O princípio da proporcionalidade restringe o exercício das competências públicas, proibindo o excesso. A medida limite é a salvaguarda dos interesses públicos e privados em jogo. Incumbe ao Estado adotar a medida menos danosa possível, através da compatibilização entre os interesses sacrificados e aqueles que se pretende proteger. Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade acarretam a impossibilidade de impor consequências de severidade incompatível com a irrelevância de defeitos. **Sob esse ângulo, as exigências da lei ou do Edital devem ser interpretadas como instrumentais.**

Em casos assim a jurisprudência indica que meros pecados formais não geram inabilitação de licitantes. É o que diz a 4ª Câmara Cível do TJ-MG: Apelação Cível (AC) nº 5874442-89.2009.8.13.0024; Rel. Desembargador ALMEIDA MELO, que cita:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITACAO. INABILITACAO DE LICITANTE. QUALIFICACAO TECNICA. ATENDIMENTO DAS EXIGENCIAS DO EDITAL. Em mandado de segurança, verificado que a documentação apresentada atendeu as exigências e ao objetivo do instrumento convocatório, afasta-se o ato administrativo que inabilitou a Impetrante no procedimento licitatório. A interpretação dos termos do edital de licitação não pode determinar a prática de atos que contrariem a finalidade do procedimento, restrinjam o número de concorrentes e prejudiquem a escolha da melhor proposta. Recurso não provido.

ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PREGÃO ELETRÔNICO. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. BUSCA DA PROPOSTA MAIS VANTAJOSA. NÃO OBSERVÂNCIA. CLÁUSULA EDITALÍCIA. EXCESSO DE FORMALISMO. AGRAVO CONHECIDO E DESPROVIDO. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA MANTIDA. 1. Não se questiona que o pregão eletrônico é um importante instrumento legal que viabiliza a contratação da melhor proposta pela administração pública, primando pela transparência e isonomia. Contudo, as cláusulas editalícias devem respeitar os princípios licitatórios, sobpena de prejudicar a real finalidade dessa modalidade de licitação. 2. A fornecedora, ora agravada, foi desclassificada por não se utilizar de todos os caracteres disponíveis no campo designado para a apresentação da proposta, conforme previsão contida em cláusula editalícia. Em análise superficial, entendo que tal exigência não é razoável, visto não haver prejuízo ante a forma concisa de escrever da possível licitante. Mesmo não se utilizando de todo o espaço reservado, a empresa cumpriu todas as exigências, sendo apta a seguir no certame. **3. No caso em tela, tem-se um excesso de formalismo na interpretação dada a dispositivo do edital, o que não se mostra razoável nem se coaduna com a finalidade da licitação, que é a escolha mais viável à administração e aos administrados.** 4. Agravo de instrumento conhecido e desprovido. Decisão interlocutória mantida.

(TJCE;AI 0626994-13.2019.8.06.0000; Terceira Câmara de Direito Público; Rel. Des. Antônio Abelardo Benevides Moraes; Julg. 01/06/2020; DJCE 09/06/2020; Pág.62)

Cumprе salientar que as comissões de licitação no juízo de suas competências, cabem sanar questões editalícias e processuais deste crivo a fim de se preservar o equilíbrio processual, mantendo desta forma o controle de legalidade, aplicando-se oportunamente os princípios regedores da atividade administrativa, **de modo a não prejudicar licitantes face exigências demasiadas e excessivamente rigorosas, que podem e devem ser equacionadas no curso da licitação, para privilegiar-se o atendimento a necessidade pública.**

- DO PEDIDO DE REVISÃO DA DECISÃO DE INABILITAÇÃO

Deste modo, diante de todo o exposto, REQUER-SE:

Que o presente Recurso seja **RECEBIDO** para que, após a análise de mérito, seja **PROVIDO**, de modo que a decisão que inabilitou a documentação da empresa, possa ser reapreciada e logo reformada, **JULGANDO-A HABILITADA**, com a devida fundamentação.

Outrossim, caso não haja reconsideração da autoridade que proferiu a decisão de inabilitação no prazo de 5 dias, REQUER-SE, sem necessidade de nova petição, que seja remetido os autos a Autoridade Superior Competente, nos moldes do art. 109, § 4º da Lei 8.666/93, por ser medida de salutar justiça!

Por fim, pede-se que a resposta ao presente recurso seja remetida ao e-mail:

licitacaopnetoadv@gmail.com

Nestes termos, Espera Deferimento.

Fortaleza/CE, 25 de setembro de 2023.



Francisco Heitor Mourão Neto

ÁGUIA CONSTRUÇÕES E INCORPORAÇÕES LTDA

Assistida por:

Fco. Pinheiro Neto

OAB-CE 18.701

José Freire Jr

OAB-CE 48.062

PROCURAÇÃO

Por este instrumento particular de mandato, **ÁGUIA CONSTRUÇÕES E INCORPORAÇÕES LTDA**, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 12.049.385/0001-60, com sede na Av. Santos Dumont, nº 1343, Sala 805, Aldeota, CEP: 60.150-160; através de seu representante, o **Sr. Francisco Heitor Mourão Neto**, brasileiro, casado, empresário, inscrito no CPF sob o nº 079.566.098-79 e portador do RG nº 90002050930, nomeia e constitui como seu procurador o Dr. FRANCISCO MIRANDA PINHEIRO NETO, advogado, inscrito na OAB-CE sob o nº 18.701, membro do escritório **PINHEIRO NETO ADVOCACIA ESPECIALIZADA**, sociedade de advogados inscrita na OAB/CE sob o Registro nº **1.131j** com endereço profissional sito à Edifício Juridical Center, Avenida Maximiniano da Fonseca, nº 1400, sala 804, Luciano Cavalcante, CEP 60.811-341, Fortaleza-CE, concedendo-lhes amplos poderes, inerentes ao bom e fiel cumprimento deste mandato, bem como para o foro em geral, conforme estabelecido no artigo 105 do Código de Processo Civil, e os especiais para propor ações para atuar em processos licitatórios especialmente na **TOMADA DE PREÇOS Nº Nº 23.06.09/TP** da Prefeitura Municipal de Itapipoca-CE.

Fortaleza, 22 de setembro de 2023.



Francisco Heitor Mourão Neto

ÁGUIA CONSTRUÇÕES E INCORPORAÇÕES LTDA