À COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO DO MUNICÍPIO DE VENDA NOVA DO IMIGRANTE/ES

CONSTRUSUL CONSTRUTORA LTDA EPP, inscrita no CNPJ sob o nº 31.281.652/0001-75, com sede na Avenida Doutor Ubaldo Caetano Gonçalves, nº 558, Bairro Alto Independência, Cachoeiro de Itapemirim-ES, CEP 29.307-377, com endereço eletrônico construsulconstrutora1@gmail.com, e telefone de contato (28) 3518-3727, neste ato representada por **WERLANDERSON MELLO VASCONCELOS**, brasileiro, casado, empresário, portador do CPF nº 092.315.197-43, residente e domiciliado na Rua Clara Malfacini Mucelini, nº 165, Bairro Jardim Itapemirim, Cachoeiro de Itapemirim-ES, CEP 29.315-711, vem, respeitosamente, perante Vossa Excelência, interpor o presente

RECURSO ADMINISTRATIVO

Em face da decisão que inabilitou a Recorrente, consoante ata de julgamento de sessão realizada no dia 12/04/2023.

1. DA TEMPESTIVIDADE

Considerando que o ato de inabilitação ocorreu no dia 12/04/2023 (quarta-feira) e, consoante determina o artigo 110 da Lei Federal nº 8.666/1993 c/c Cláusula 11.4 do edital, o prazo para a interposição do recurso se iniciará no primeiro dia útil seguinte, temos que o prazo final para a sua interposição será em **20/04/2023** (quinta-feira).

Sendo o recurso interposto até esta data, estará ele tempestivo.

2. DOS FATOS

Foi publicado o edital de Tomada de Preço nº 007/2023, realizado por esta municipalidade, cujo objeto é a contratação de empresa especializada na construção de estradas vicinais com o uso de revsol em diversos lugares, com fornecimento de mão-de-obra e materiais.

A sessão pública da licitação ocorreu no dia 23 de março de 2023, 09h00, na sala da Comissão de Licitação, sendo suspensa para análise de documentação e retornando no dia 12/04/2023, quando foi realizada a sessão de julgamento dos documentos.

Documento digital, verifique em:https://vendanova.essencialbpms.com.br/governo-digital.html#!/portal/
Identificador: b6758e4e880b9cac121d5e88a17f96dd

De acordo com a decisão da comissão, a licitante G4 LOCAÇÃO E PAVIMENTAÇÃO LTDA foi inabilitada por apresentar ART de responsável técnico sem assinatura e a Recorrente foi inabilitada por apresentar certidão de FGTS de empresa diversa, decisão esta exarada sem nenhuma diligência, na forma do artigo 43, §3º, da Lei Federal nº 8.666/1993.

Cabe frisar que da análise da documentação da licitante G4 LOCAÇÃO E PAVIMENTAÇÃO LTDA, a Comissão diligenciou junto ao CREA/ES para confirmar a necessidade de assinatura da ART, **NÃO PROCEDENDO DA MESMA FORMA COM A RECORRENTE, O QUE AFRONTA A ISONOMIA DO CERTAME**.

Dito isto, no uso dos direitos conferidos no Edital, através da Cláusula 11, a Recorrente vem apresentar seus argumentos visando a sua habilitação ao certame, com o prosseguimento deste para análise da proposta comercial.

3. DAS RAZÕES PARA O RECURSO ADMINISTRATIVO

3.1 DA PREVISÃO LEGAL DE DILIGÊNCIA – CERTIDÃO QUE FOI APRESENTADA – APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO FORMALISMO MODERADO

Consoante se vislumbra da ata de julgamento, a única razão para que a Recorrente tenha sido inabilitada é que sua certidão de regularidade perante o FGTS foi apresentada em nome de empresa diversa, WM VASCONCELLOS ME, sendo decidida sua inabilitação sem, ao menos, ter sido proporcionada uma diligência para apresentação da certidão correta, **ASSIM COMO FOI REALIZADO PELA SEGUNDA LICITANTE**.

A Lei Federal nº 8.666/1993 prevê que a comissão licitante pode realizar diligências para esclarecer ou complementar a instrução do processo:

> 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.

Documento digital, verifique em:https://vendanova.essencialbpms.com.br/governo-digital.html#!/portal/
Identificador: b6758e4e880b9cac121d5e88a17f96dd

Frisa-se que a disposição legal não é uma discricionariedade da comissão, mas um verdadeiro DEVER, assim como já consolidado pelo Tribunal de Contas da União (Acórdão 2.521/2003-TCU-Plenário).

Portanto, competia à comissão o dever de diligenciar para que seja apresentada certidão em nome da participante, tratando-se isso de mero erro formal e vício sanável.

NÃO HOUVE AUSÊNCIA DE CERTIDÃO DE REGULARIDADE!!!!

O que ocorreu é que a certidão apresentada foi equivocada em nome de outra, podendo, de acordo com a norma legal, o entendimento do TCU e com aso no princípio da formalidade moderada, ter sido realizada diligência para apresentação de nova certidão.

Vejamos, por exemplo, no julgado abaixo em que o Tribunal de Justiça de Pernambuco entendeu que a apresentação equivocada de documento de outra empresa não pode ser suficiente para inabilitar a licitante:

> TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO REMESSA NECESSÁRIA nº 0018951-15.2017.8.17.2001 Impetrante: CONSTRUTORA E INCORPORADORA VALENÇA LTDA. – EPP Impetrado: PRESIDENTE DA COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO DA COMPESA E OUTROS Juízo de Origem: 3ª Vara da Fazenda Pública da Capital Relator: Des. Márcio Fernando de Aguiar Silva EMENTA REMESSA NECESSÁRIA. DIREITO CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. LICITAÇÃO. INABILITAÇÃO DA IMPETRANTE POR APRESENTAR, POR EQUÍVOCO, A FICHA DE INSCRIÇÃO NO CNPJ DE OUTRA EMPRESA. **FORMALISMO EXACERBADO QUE VAI DE ENCONTRO À FINALIDADE PRECÍPUA DA LICITAÇÃO**. AUSÊNCIA DE PREVISÃO NO EDITAL DA CONCORRÊNCIA E NA LEI N. 8.666/93 SOBRE A NECESSIDADE DE APRESENTAÇÃO DO MENCIONADO DOCUMENTO. COMPROVAÇÃO DA INSCRIÇÃO DA EMPRESA NO CADASTRO NACIONAL DE PESSOA JURÍDICA E DA SUA REGULARIDADE FISCAL ATRAVÉS DA APRESENTAÇÃO DA CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITOS RELATIVOS AOS TRIBUTOS FEDERAIS E À DÍVIDA ATIVA DA UNIÃO EXPEDIDA PELO MINISTÉRIO DA FAZENDA. CONFIRMAÇÃO DA SENTENÇA QUE CONCEDEU A SEGURANÇA PARA DECLARAR COMO SATISFEITA A EXIGÊNCIA CONSTANTE DO EDITAL DA LICITAÇÃO. REMESSA NECESSÁRIA DESPROVIDA. 1. Trata-se de mandado de segurança impetrado pela Construtora e Incorporadora Valença LTDA. – EPP contra ato praticado pela Presidente da Comissão Permanente de Licitação da COMPESA, o Diretor Regional da COMPESA e a Diretora de Gestão Corporativa da COMPESA. 2. Conforme comprovado nos autos, a Impetrante participou da licitação promovida pela

Documento digital, verifique em:https://vendanova.essencialbpms.com.br/governo-digital.html#!/portal/
Identificador: b6758e4e880b9cac121d5e88a17f96dd

> COMPESA para contratação do serviço continuo de inspeção técnica na área comercial e fiscalização de consumo no ramal predial de água e do imóvel na Região Metropolitana do Recife (Edital de Concorrência nº 023/2016 – DRM/CPL), sendo inabilitada pela Comissão por ter apresentado, por equívoco, o cartão de inscrição no CNPJ de empresa diferente. 3. Contudo, nem a Lei nº 8.666/93 nem o Edital da Concorrência exige a exibição, por parte dos concorrentes, de cartão de inscrição CNPJ. 4. O que se exige, apenas, é a comprovação da inscrição da empresa no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica e da sua regularidade fiscal, o que foi atendido com a apresentação da certidão negativa de débitos relativos aos tributos federais e à dívida ativa da união expedida pelo Ministério da Fazenda. 5. De fato, como bem ponderou o magistrado a quo, "para emitir as certidões de regularidade, exigidas no mesmo subitem [7.4.1], é necessário que o requerente informe número válido de CNPJ". 6. **Nesse contexto, a inabilitação da Impetrante por ter equivocadamente apresentado o cartão de inscrição no CNPJ de outra empresa representa formalismo exacerbado que vai de encontra à finalidade precípua da licitação, que é a escolha da proposta mais vantajosa para a Administração Pública**. 7. Remessa necessária desprovida, confirmando-se a sentença que concedeu a segurança para declarar como satisfeita a exigência constante do edital da licitação. ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos estes autos de nº. 0018951-15.2017.8.17.2001, ACORDAM os Desembargadores integrantes da Terceira Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de Pernambuco, à unanimidade, em NEGAR PROVIMENTO À REMESSA NECESSÁRIA, nos termos do voto do Relator, da ementa e das notas taquigráficas em anexo, que fazem parte integrante do julgado. Recife, data conforme assinatura digital. Des. Márcio Aguiar Relator (TJ-PE - REMESSA NECESSÁRIA CÍVEL: 00189511520178172001, Relator: MARCIO FERNANDO DE AGUIAR SILVA, Data de Julgamento: 18/09/2020, Gabinete do Des. Márcio Fernando de Aguiar Silva (3ª CDP) (Processos Vinculados) (g.n.)

Vale ressaltar que, assim como no julgado acima, A EXIGÊNCIA DE REGULARIDADE PERANTE O FGTS NÃO CONTÉM EXPRESSA PREVISÃO NA LEI FEDERAL Nº 8.666/1993, QUE SE RESTRINGE À REGULARIDADE FISCAL E TRABALHISTA:

> Art. 27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:
> (...)
> IV – regularidade fiscal e trabalhista;

Ademais, há ainda que ser considerado no caso a aplicação do princípio do formalismo moderado, totalmente ignorado pela comissão julgadora.

Documento digital, verifique em:https://vendanova.essencialbpms.com.br/governo-digital.html#!/portal/
Identificador: b6758e4e880b9cac121d5e88a17f96dd

Os processos licitatórios possuem extensa regulamentação consubstanciada em normas federais e estaduais, resoluções, orientações normativas e portarias dos mais diversos órgãos públicos, jurisprudência dos Tribunais de Contas Estaduais e da União e arcabouço principiológico.

Essas normas, junto com o edital que faz lei entre as partes, caracterizam-se pela obrigatoriedade do seu fiel atendimento não só pelos licitantes como também da Administração Pública.

Com vistas de garantir essa unidade de normas e o devido processo legal, que os atos praticados seguem um mínimo de formalismo, com escopo de resguardar que esses atos alcancem o objetivo primordial da licitação: a contratação vantajosa.

> Não se desconhece que no direito público é fundamental o princípio da solenidade dos atos, mas as formas têm que ser vistas como meio para alcançar determinado fim. Portanto, insistimos em que se tem por criticável qualquer exagero formal por parte do administrador. Se a forma simples é bastante para resguardar os direitos do interessado, não há nenhuma razão de torná-la complexa. Cuida-se, pois, de conciliar a segurança dos indivíduos com a simplicidade das formas. (CARVALHO FILHO, José dos Santos, 2009, p. 77).

Portanto, o formalismo do certame não pode ser usado como maneira de barrar o seu objetivo principal, e com aso nisso que se combate a imposição de um formalismo exagerado:

> 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. (Acórdão 357/2015-Plenário. Relator: Bruno Dantas. Data do julgamento: 04/03/2015)

A aplicação de um formalismo moderado é comumente visto nas propostas de preço que possuem mero erro formal na composição de custos, passível de diligência para fins de correção.

Opõe-se, com isso, um rigor excessivo no tratamento dados aos licitantes, cuja burocracia desnecessária acaba por fazer a Administração Pública perder a chance de uma contratação mais vantajosa.

Ao adotar o princípio do formalismo moderado, não estaria a Administração atentando contra a licitação, mas sim a desburocratizando, ao oportunizar correção de meros erros formais que não

Documento digital, verifique em:https://vendanova.essencialbpms.com.br/governo-digital.html#!/portal/
Identificador: b6758e4e880b9cac121d5e88a17f96dd

comprometem a qualificação da licitante, compreensão do conteúdo da proposta ou acrescente novos documentos.

A partir desse princípio, somente as propostas com **vícios insanáveis** é que seriam desclassificadas/inabilitadas. **Enquanto possível ser sanado o erro, deve a Administração empreender seus esforços para fazer cumprir a melhor proposta**.

Ademais, a construção entre necessidade e eficiência faz com que esse princípio seja cada vez mais enraizado nas licitações, tendo-se, no entanto, algumas resistências por parte de algumas comissões, em razão da subjetividade da sua aplicação.

Não obstante a isso, é notória a prevalência do princípio do formalismo moderado na jurisprudência pátria, notadamente quando estamos diante de um vício sanável, ante as inúmeras decisões sobre o assunto:

> Não se verifica ofensa ao princípio da isonomia, visto que restou consignado em Ata assinada por todos os participantes do Chamamento Público nº 01/2019 que, após a análise da documentação apresentada pelas entidades candidatas, seriam concedidos mais quatro dias para que as organizações entregassem a documentação faltante (fls. 139/141). **Ou seja, o prazo para complementar a documentação foi concedido a todas as entidades participantes, com aceitação de todas as organizações envolvidas, inclusive com a assinatura em Ata dos representantes do impetrante. 5. Deve-se aplicar ao caso o princípio do formalismo moderado, que determina a eliminação de exigências burocratizantes desmesuradas, excessivas e alheias à essencialidade, a fim de assegurar a seleção da proposta mais vantajosa à Administração Pública**, o que ocorreu na hipótese. (STJ - AREsp: 1874356 RS 2021/0101225-1, Relator: Ministro SÉRGIO KUKINA, Data de Publicação: DJ 03/08/2021) (g.n.)
>
> REPRESENTAÇÃO, COM PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR. SUPOSTAS IRREGULARIDADES OCORRIDAS EM PROCEDIMENTO LICITATÓRIO, RELACIONADAS À DESCLASSIFICAÇÃO INDEVIDA DE LICITANTE COM PROPOSTA MAIS VANTAJOSA. VÍCIO INSANÁVEL NO MOTIVO DETERMINANTE DO ATO DE DESCLASSIFICAÇÃO. NULIDADE. DETERMINAÇÃO. CIÊNCIA. 1. **O intuito basilar dos regramentos que orientam as aquisições pela Administração Pública é a contratação da proposta que lhe seja mais vantajosa**, obedecidos os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. 2. **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**

Documento digital, verifique em:https://vendanova.essencialbpms.com.br/governo-digital.html#!/portal/
Identificador: b6758e4e880b9cac121d5e88a17f96dd

prerrogativas dos administrados (TCU 03266820147, Relator: Bruno Dantas, Data de Julgamento: 04/03/2015) (g.n.)

Apelação Cível. Mandado de Segurança. Licitação. Menor preço. Desclassificação de empresa. Formalismo excessivo. Possibilidade de correção. Prevalência do interesse público. Recurso não provido. 1 - Conforme entendimento do STJ: "A interpretação dos termos do Edital não pode conduzir a atos que acabem por malferir a própria finalidade do procedimento licitatório, restringindo o número de concorrentes e **prejudicando a escolha da melhor proposta**" (STJ: MS n. 5.869/DF. 2 - **A jurisprudência pátria tem prestigiado o princípio do formalismo moderado, garantindo a possibilidade de correção de falhas ao longo do processo licitatório, sem desmerecer o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, tratando-se apenas de uma solução em caso de conflito de princípios, em prol do interesse público**. (TJ-RO - AC: 70193258320198220001 RO 7019325-83.2019.822.0001, Data de Julgamento: 15/10/2021) (g.n.)

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. PREGÃO. ERRO MATERIAL. POSSIBILIDADE DE CORREÇÃO. FORMALISMO MODERADO. SITUAÇÃO CONSOLIDADA. SEGURANÇA DENEGADA. I **- Prevalece, no processo licitatório, o princípio do formalismo moderado, de modo que não se reconhece nulidade sem a demonstração de prejuízo grave para a competição e a certeza e segurança da contratação, notadamente se for obtida a proposta mais vantajosa para a Administração**. II - Ademais, restringindo-se a controvérsia dos presentes autos a procedimento licitatório realizado em 2010, resta caracterizada, na espécie, uma situação de fato já consolidada, cujo desfazimento já não mais se recomenda, na linha do entendimento jurisprudencial consagrado em nossos tribunais, em casos que tais. III - Apelação desprovida. Sentença confirmada. (TRF-1 - AMS: 00350173420114013400, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE, Data de Julgamento: 14/11/2018, QUINTA TURMA, Data de Publicação: 23/01/2019) (g.n.)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. PLANILHA DE CUSTOS E FORMAÇÃO DE PREÇO. CORREÇÃO DE IRREGULARIDADE. VALOR DA PROPOSTA NÃO ATINGIDO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. PRINCÍPIO DO FORMALISMO MODERADO. - 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. - O equívoco constante da planilha de custos e formação de preço não interferiu na proposta, nem causou prejuízo à administração ou aos demais licitantes. - Observância do princípio do formalismo moderado, considerando a inexistência de irregularidade que macule as condições de habilitação da impetrante. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO, DE PLANO. (Agravo de Instrumento Nº 70062996012, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marilene Bonzanini, Julgado em 12/12/2014). (TJ-RS - AI: 70062996012 RS, Relator: Marilene Bonzanini, Data de Julgamento: 12/12/2014, Vigésima Segunda Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 17/12/2014)

Documento digital, verifique em:https://vendanova.essencialbpms.com.br/governo-digital.html#!/portal/
Identificador: b6758e4e880b9cac121d5e88a17f96dd

Com sucedâneo a isso é que se impõe ao caso a nulidade da decisão de inabilitação da Recorrente, por afronta ao princípio do formalismo moderado e, consequentemente, ao artigo 43, §3º, da Lei Federal nº 8.666/1993, devendo a comissão possibilitar a apresentação de certidão de regularidade do FGTS.

3.2. DA AUSÊNCIA DE ISONOMIA NO CERTAME

O presente instrumento convocatório serve não só para basilar a atuação das partes, mas garante que a Administração Pública, na hora do julgamento, irá exigir e fazer cumprir as normas legal em igualdade a todos os licitantes, de modo a dar segurança jurídica e certeza de que não existirão benefícios e tratamentos especiais para nenhuma parte.

Em detrimento aos princípios mencionados, podemos observar que ocorreu uma situação contrária à legalidade da licitação, visto que o tratamento dado pela comissão às licitantes foi divergentes, ao passo de possibilitar à G4 LOCAÇÃO E PAVIMENTAÇÃO LTDA a diligência de conferir junto ao CREA/ES a regularidade da falta de assinatura, não tendo o mesmo comportamento com a Recorrente.

Isto trouxe tremenda insegurança a este certame, pois além de ir contra o artigo 43, §3º, da Lei Federal nº 8.666/1993, tratou as licitantes de maneira diferente, o que fere a isonomia.

É sabido que este certame é baseado em normas administrativas, legislação e princípios que detém a finalidade de tornar o Procedimento Administrativo de Licitação isonômico, no qual abra espaço para ampla concorrência.

Diante desses fatos, vemos que o certame não agiu da mesma forma para todas as empresas e não garantiu a mesma possibilidade de competição. Ainda que a outra Licitante tenha também sido inabilitada, o fato da comissão diligenciar para verificar a ausência de assinatura e não fazer o mesmo com a Recorrente já é fato suficiente para vermos um claro tratamento especial.

Vale ressaltar que, diferente do ocorrido com a G4 LOCAÇÃO E PAVIMENTAÇÃO LTDA, que não apresentou corretamente item de qualificação técnica, a certidão de regularidade perante o FGTS não possui previsão legal, o que ratifica ainda mais a atuação arbitrária tida pela comissão.

4. CONCLUSÃO

Isto posto, encaminho o presente Recurso para **visar a nulidade da decisão de inabilitação da Recorrente CONSTRUSUL CONTRUTORA LTDA EPP e, por conseguinte, ser determinada**

Documento digital, verifique em:https://vendanova.essencialbpms.com.br/governo-digital.html#!/portal/
Identificador: b6758e4e880b9cac121d5e88a17f96dd

diligência de apresentação de certidão de FGTS para, assim seguir o certame com a habilitação e análise da proposta de preços.

Nestes termos, pede deferimento.

Cachoeiro de Itapemirim/ES, 20 de abril de 2023.

WERLANDERSON MELLO VASCONCELOS:09231519743

Assinado de forma digital por WERLANDERSON MELLO VASCONCELOS:09231519743
DN: c=BR, o=ICP-Brasil, ou=Secretaria da Receita Federal do Brasil - RFB, ou=RFB e-CPF A1, ou=VALID, ou=AR GOLDEN CERTIFICACAO DIGITAL, ou=Videoconferencia, ou=14151445000187, cn=WERLANDERSON MELLO VASCONCELOS:09231519743
Dados: 2023.04.20 12:40:43 -03'00'

CONSTRUSUL CONSTRUTORA LTDA EPP
p/ seu representante WERLANDERSON MELLO VASCONCELOS

Documento digital, verifique em:https://vendanova.essencialbpms.com.br/governo-digital.html#!/portal/
Identificador: b6758e4e880b9cac121d5e88a17f96dd