

AO EXCELENTÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DA COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO DO MUNICÍPIO DE GUARAPARI, ESTADO DO ESPIRITO SANTO.

REF.: PREGÃO presencial nº 004/2021

G. POLLI SERVICOS DE TERRAPLENAGEM ME, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o nº 37.294.966/0001-99, com sede à Rua Aflodisio Lino Bandeira, s/n, Bairro São José, CEP: 29.211-040, na cidade de Guarapari/ES, neste ato representado pelo seu representante legal o Sr. **GUSTAVO POLLI**, brasileiro, casado, empresário, portador da Carteira de Identidade de nº 1719749, expedida pela SSP/ES e inscrito no CPF sob o nº 089.385.037-39, residente e domiciliado na Rua Heitor Lugon, s/n, apto. 202, ED. Yasmim, Bairro Muquiçaba, CEP: 29.215-150, na cidade de Guarapari/ES, com base no art. 109, I, 'a' da Lei nº 8.666/93 vem tempestivamente a presença de Vossa Senhoria interpor

RECURSO ADMINISTRATIVO

contra decisão dessa digna Comissão Permanente de Licitação que inabilitou a recorrente demonstrado pelos motivos abaixo:

I. DA TEMPESTIVIDADE DO RECURSO

Inicialmente, salienta-se que nos termos do inciso XVII do art. 4º da Lei nº 10.520/2002, cabe recurso administrativo no prazo de 03 (três) dias da decisão que ocorreu aos 07 (sete) dias do mês de junho de 2021.

Demonstrada, portanto, a tempestividade do presente recurso.

II. DOS FATOS

CODEG	PROC 300863/22
RUBRICA	FLS 10

A Companhia de Melhoramentos e Desenvolvimento Urbano do Município de Guarapari/ES – CODEG por meio do EDITAL DE PREGÃO PRESENCIAL nº 004/2021 e PROCESSO CODEG Nº 300455/2021, visando à contratação de empresa para locação de caminhões e equipamentos para coleta de restos de capina, varrição, monturos das vias públicas e retirada de coco verde das praias do município de Guarapari/ES, abriu licitação na modalidade concorrência, sob o critério “MENOR PREÇO” Por Lote.

Com efeito, a ora Requerente participa do Certame em epigrafe, havendo apresentado o melhor lance inicial para o LOTE 03, no valor de R\$679.000,00 (seiscentos e setenta e nove mil reais), tendo sido declarada pela própria Comissão Permanente de Licitação, como a ganhadora do respectivo lote.

Ocorre que, para a surpresa da ora Requerente, a Douta Comissão a considerou **inabilitada**.

A Ata de Julgamento da Concorrência em pauta diz:

A empresa G. POLLI SERVICOS DE TERRAPLENAGEM, foi verificada e falta do balanço patrimonial item 11.8 e a falta de certidão de dívida ativa 11.5 letra “b” do edital sendo considerada **inabilitada**.

Ver-se-á, a seguir, todavia, que a decisão ora recorrida foi equivocada, e acaba por retirar a melhor e mais vantajosa proposta, em potencial prejuízo à Administração e ao Erário, na hipótese de improvido do Recurso, vejamos:

III. DAS RAZÕES PARA REFORMAR A R. DECISÃO:

3.1. DA DESNECESSIDADE DE APRESENTAÇÃO DE BALANÇO PATRIMONIAL PARA EMPRESAS DO SIMPLES NAS LICITAÇÕES E DA APLICAÇÃO DO DECRETO 8.538/2015

É sabido que a Lei Complementar nº 123/06 institui o Estatuto das Pequenas Empresas, que, entre outros benefícios, concede tratamento favorecido,

diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte, agricultor familiar, produtor rural pessoa física, Microempreendedor Individual (MEI) e sociedades cooperativas de consumo nas contratações pretendidas por órgãos e entidades da Administração Pública.

Recentemente, entrou em vigor o Decreto nº 8.538, de 06 de outubro de 2015, cuja finalidade consiste em regulamentar o tratamento favorecido, diferenciado e simplificado para as pessoas beneficiadas pela Lei Complementar nº 123/06 nas contratações públicas de bens, serviços e obras no âmbito da Administração Pública federal.

Logo no § 1º do art. 1º, o Decreto nº 8.538/15 delimita o âmbito de seu alcance:

Art. 1º (...)

§ 1º Subordinam-se ao disposto neste Decreto, além dos órgãos da administração pública federal direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União.

Tratando-se de um decreto federal, a rigor, sua disciplina vincula os órgãos e as entidades da Administração Pública federal e, ainda, regra geral, apenas aqueles integrantes do Poder Executivo, exceto quando o regulamento tratar de dispositivo da Lei Complementar nº 123/06 que não seja, de plano, autoaplicável.

Superado o entendimento supra, resta claro e evidente o favorecimento existente e devido a ora Requerente, a qual encontra guarita no art. 3º do referido Decreto, de modo que traz explicitamente a não exigência de balanço patrimonial a ser apresentado pelas empresas beneficiadas, excepcionalmente nas Licitações de Fornecimento de Bens para Pronta Entrega ou para a Locação de Materiais, no que é idêntico ao que já constava no antigo Decreto nº 6.204/07 (art. 3º), sem maiores novidades.

Neste ponto, cumpre assevera o exposto pelo art. 3º do Decreto 8.538/2015, vejamos:

Art. 3º Na habilitação em licitações para o fornecimento de bens para pronta entrega ou para a locação de materiais, não será exigida da microempresa ou da empresa de pequeno porte a apresentação de balanço patrimonial do último exercício social.

Ou seja, resta claramente regulamentado o tratamento favorecido, diferenciado e simplificado para microempresas, empresas de pequeno porte, agricultores familiares, produtores rurais pessoa física, microempreendedores individuais e sociedades cooperativas nas contratações públicas de bens, serviços e obras no âmbito da administração pública federal.

Ademias, como bem dito acima, referido favorecimento vem de longo prazo, conforme preconizava também o Decreto 6.204/2007, art. 3º, existem dois casos em que MEs e EPPs não precisam apresentar o balanço patrimonial a habilitação em licitações, vejamos:

“Art. 3º Na habilitação em licitações para o fornecimento de bens para pronta entrega ou para a locação de materiais, não será exigida da microempresa ou da empresa de pequeno porte a apresentação de balanço patrimonial do último exercício social.”

Portanto, naqueles casos em que houvera a necessidade de aquisição de produtos a pronta entrega, bem como LOCAÇÃO DE MATERIAIS, resta desnecessário a apresentação de balanço patrimonial por parte da MEs.

O que por sinal é a presente situação que temos em tela, isto porque conforme se verifica pelo espelho de consulta a ora Requerente, é optante do simples e se encaixa perfeitamente nesse respectivo comando legal.

Ademias, cumpre mencionar que estamos diante de um decreto federal, via de regra, aplicado apenas às licitações do âmbito federal.

Todavia, a Lei Complementar 123/06 prevê no seu art. 47, § único:

“No que diz respeito às compras públicas, enquanto não sobrevier legislação estadual, municipal ou regulamento específico de cada órgão mais favorável à microempresa e empresa de pequeno porte, aplica-se a legislação federal.”

Ou seja, a regra de inexistência de balanço nesses casos se estende à todas as licitações.

Portanto, via de regra, nenhuma empresa está dispensada de apresentar o balanço patrimonial.

A exceção são as MEs e EEPs nas licitações de produtos à pronta entrega e para locação de materiais.

Devendo, portanto, com base no art. 3º do Decreto 8.538/2015, ser retratada a decisão de que declarou que a ora Recorrente deveria ser considerada inabilitada ante a ausência de apresentação de referido balanço patrimonial.

3.1. DO REGISTRO DO BALANÇO JUNTO AOS ÓRGÃOS COMPETENTES – VÍCIO FORMAL QUE PODERIA SER SUPRIDO DE ACORDO COM CLÁUSULA ESPECÍFICA DO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO – PRINCÍPIO DE VINCULAÇÃO AO EDITAL

A primeira motivação para a injusta inabilitação, deita raízes na ausência de registro do Balanço Patrimonial junto aos órgãos competentes, vício meramente formal e suprável.

De proêmio, destacamos que a falta de registro do Balanço Patrimonial apresentado pela Recorrente, constitui-se numa falha meramente formal, que deveria ser sanada através de diligências, a critério da Comissão Permanente de Licitação, considerando que a ora Suplicante, **atende melhor aos interesses da CODEG, por ofertar o melhor lance inicial no critério “MENOR PREÇO”, dentre todos os concorrentes**, tendo sido declarada pela própria Comissão Permanente de Licitação, como a ganhadora do respectivo LOTE.

Sobre o tema, bem calha transcrever as determinações editalícias em derredor do tema, *in verbis*:

22.9 – É facultada ao Pregoeiro ou à autoridade competente, 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 originalmente da proposta comercial.

Assim, constatando o vício meramente formal referido, deveria a Douta Comissão, considerando que a Recorrente apresentou o melhor preço, dentro do senso de conveniência e oportunidade, a bem do interesse público, dentro do quanto autorizado no instrumento convocatório, nos itens acima transcritos.

Nesse sentido, leciona o Ilustre doutrinador, Marçal Justem Filho, em sua festejada obra *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, senão vejamos:

“O instrumento convocatório cristaliza a competência discricionária da Administração Pública, que se vincula a seus termos. **Conjugando a regra do art. 41 com aquela do §4º, pode-se afirmar a estrita vinculação da Administração ao edital, seja quanto a regras de fundo quanto àquelas de procedimento.** Sob um certo ângulo, o edital é o fundamento de validade dos atos praticados no curso da licitação, na acepção de que a desconformidade entre o edital e os autos administrativos praticados no curso da licitação se revolve pela **INVALIDADE DESTES ÚLTIMOS**. Ao descumprir normas constantes do edital a Administração Pública frustra a própria razão de ser da licitação. **Viola os princípios norteadores da atividade administrativa, tais como legalidade, moralidade e isonomia. O DESCUMPRIMENTO DE QUALQUER REGRA DO EDITAL DEVERÁ SER REPRIMIDO, INCLUSIVE ATRAVÉS DOS INSTRUMENTOS DE CONTROLE INTERNO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.** Nem mesmo o vício do edital justifica pretensão de ignorar disciplina por ele veiculada.”

Ora, inabilitar ou desclassificar um concorrente, vencedor no certame, que apresentou melhor proposta com menor preço, por arguição flagrantemente improcedente, ou “*excesso de formalismo*”, fundamentado em equívoco é motivo absurdo, impertinente e **contrário ao interesse público**.

3.2. DO DIREITO – CERTAMISTA QUE APRESENTOU MEHOR PREÇO - VEDAÇÃO AO FORMALISMO EXCESSIVO – POTENCIAL PREJUÍZO ÀO ERÁRIO

Como sublinhado anteriormente, a ora Requerente participa do Certame em epígrafe, **havendo apresentado proposta, avaliada pela própria Comissão Permanente de Licitação, como sendo a melhor, no caso qualificaram como a certamista mais apta a realizar o objeto do contrato objeto da licitação em tela.**

De proêmio, vale gizar que as exigências que balisaram a decisão atacada, excedem ao disposto no art. 27 da Lei nº 8666/93.

Em verdade, o pedido em epígrafe já sequer se adapta ao atual *Modelo de Estado Moderno, Progressista*, concepção de um ideal almejado na atualidade, vislumbrado pelo legislador pátrio na Constituição Federal e atual Governo.

Ora, inabilitar ou desclassificar um concorrente, vencedor no certame, **que apresentou melhor proposta com menor preço, por arguição flagrantemente improcedente, ou “excesso de formalismo”, fundamentado em equívoco é motivo absurdo, impertinente e contrário ao interesse público.**

E mais. Elastecer as exigências das cláusulas editalícias, exclusivamente com o fito de desclassificar indevidamente a ora Requerente, é prática expressamente vedada na legislação positiva.

Aliás, o que poderia ter de benéfico ao interesse público inabilitar ou desclassificar um concorrente, retirar a possibilidade de menor preço, por arguição totalmente improcedente, industriada por certamista que apresentou preço superior ao apresentado pela ora Requerente. Nada de positivo trará a CODEG, muito pelo contrário.

Vale observar que com o melhor preço, pode a ora Recorrente cumprir o contrato, com a excelência de costume, e com valor bastante inferior ao da segunda colocada.

Outrossim, acaso desclassificada ou inabilitada a Recorrente, sangria significativa ocorrerá nos cofres da Companhia de Melhoramentos e Desenvolvimento Urbano do Município de Guarapari/ES – CODEG.

Ressalte-se que, na Administração Pública há de prevalecer a **Supremacia do Interesse Público**, desde a elaboração da Lei até ao confronto de prevalência sobre os interesses individuais.

Neste sentido, é regra consagrada que a finalidade pública prevista em Lei deve observar, acima de tudo, o **interesse público**, ou seja, no dizer de Celso Antonio Bandeira de Mello:

“significa que sendo interesses qualificados como próprios da coletividade - internos ao setor público - não se encontram à livre disposição de quem quer que seja por inapropriáveis.”

Em outras palavras, formalidade e rigorismo inútil exigido, fora de previsão legal, é contrário ao próprio interesse público.

Menos ainda, dentro da ótica moderna de Estado, alcança a margem absurda do Estado burocrático, com os resquícios já enterrados pela nova concepção, ressuscitando os antigos fantasmas que operavam engrenagens emperradas, retrogradas e ineficazes.

O Estado Moderno busca, efetivamente, a modernização, em conformidade com os princípios norteadores da Administração Pública previstos no art. 37 da Carta Magna, quais sejam: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Socorremo-nos dos brilhantes e luminosos ensinamentos do Mestre **HELLY LOPES MEIRELLES**, Professor e Doutor em Direito Administrativo, em sua imorredoura Obra “Licitação e Contrato Administrativo, 13ª Edição, *“ipsis literis”*”:

“A orientação correta nas Licitações é a dispensa de rigorismos inúteis e a não exigência de formalidades e documentos desnecessários à qualificação dos interessados na Licitação.”

O absurdo e pretensão “rigorismo”, está justamente na contra-mão de tudo o quanto o moderno direito administrativo prega.

Da lição perpetrada pelo ilustre jurista, sobreleva-se o *“mens legis”*, o espírito da Lei, que simplificou o certame licitatório, amputando exigências descabidas, burocráticas e excessivamente formalistas.

Ademais, o art. 27 da Lei 8.666/93 diz, expressamente, que:

“exigir-se-á dos interessados exclusivamente prova relativa à: habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômica- financeira e regularidade fiscal”.

Hely Lopes Meirelles, diante do dispositivo, art. 27 da Lei 8.666/93, reforça seus ensinamentos dizendo:

“nenhuma outra documentação deverá ser exigida, pois o legislador empregou deliberadamente o advérbio ‘exclusivamente’, para impedir que a Administração, por excesso de cautela ou vício burocrático, condicione a habilitação dos licitantes à apresentação de documentos inúteis e dispendiosos, que muitas vezes afastam concorrentes idôneos pela dificuldade de obtê-los”.

Assim sendo, a exigência desnecessária e iníqua constante no pedido adverso, colide frontalmente com o alicerce básico legal e doutrinário, contrariando a todos os princípios e fatores acima elencados, já que acaba por reduzir a concorrência no processo licitatório.

A voz uníssonas dos Tribunais chancela veementemente, a doutrina transcrita por Hely Lopes Meirelles, valendo citar a posição vanguardista capitaneada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, senão vejamos:

“Visa a concorrência a fazer com que o maior número de licitantes se habilitem para o objetivo de facilitar aos Órgãos Públicos a obtenção de coisas e serviços mais convenientes a seus interesses. Em razão do escopo, exigências demasiadas e rigorismos inconstitucionais com a boa exegese da Lei devem ser arredados, não deve haver nos trabalhos nenhum rigorismo e na primeira fase de habilitação deve ser de profunda singeleza o procedimento licitatório.” (RDP 14/240).

Corroborando com o posicionamento supra, impende adunar o entendimento manso pacífico e cediço demonstrado pelo Superior Tribunal de Justiça, em Acórdão da lavra do Ministro **GARCIA VIEIRA**, em situação análoga, “*ipsis literis*”:

“Excesso de Formalismo. A Lei não exige que o balanço da Licitante seja assinado por seus dirigentes. Houve excesso de formalismo. O Administrador Público, ao realizar uma concorrência, deve procurar sempre selecionar a proposta mais vantajosa para a administração, escudado nos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e imparcial. Segurança Concedida, por unanimidade.” (STJ, Ac. Mandado de Segurança, 5.600/DF (9800022147), in DJ em 13.05.98)

Decisão que vá em sentido diverso violará, de forma incontestável, o artigo 41 da Lei 8666/1993, bem como os princípios da legalidade, moralidade e isonomia

que regem o Direito Administrativo, em completo desrespeito, ainda, aos festejados princípios de eficiência e Supremacia do interesse público, o que certamente não será permitido por esta Casa Legislativa.

O Supremo Tribunal Federal, por diversos de seus Ministros, vg., Marcos Vinícios Vilaça, Eros Grau e Benjamin Zymler, enfatizam a tese, impedindo o procedimento em tela, vejamos:

Por outro lado, a igualdade de condições nas licitações é princípio de estatura constitucional (art. 37, XXI CF). Deste princípio geral decorre o da competitividade, previsto no mesmo dispositivo constitucional (somente serão permitidas as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações) e no inc. 1o, inc. I art. 3º da Lei no 8666/93. Por isso a competição não poderá ser restringida, sob pena de nulidade de todo o processo licitatório.

Portanto, as exigências previstas na fase de habilitação não podem ser tais a ponto de impedir a participação daqueles que teoricamente estariam aptos a prestar o serviço ou executar a obra (...).

No particular, cumpre transcrever o elucidativo ensinamento profligado pelo jurista **MARÇAL JUSTEN FILHO**, em sua imorredoura Obra “Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativo”, 9ª Edição, fls. 201, comentando os termos do art. 22 da Lei no 8666/93, vejamos:

“Se os requisitos do cadastramento forem excessivos (em relação ao objeto licitado), o particular não estará obrigado a cumpri-los todos. Esse é o conteúdo do § 9º. O dispositivo inserido pela lei no 8883, afastou quaisquer dúvidas, no sentido de que as condições exigíveis para o cadastramento correspondem aquelas referentes à habilitação... Assim, suponha-se que o cadastramento dependesse do preenchimento de certos requisitos técnicos ou econômicos mínimos, bastante severos. Imagine-se que em momento posterior, realiza-se licitação cujo objeto é simples. Aplica-se tomada de preços e o resultado é paradoxal. É que os requisitos para cadastramento excluíam a possibilidade de participação de licitantes em perfeitas condições de executar o objeto. O paradoxo reside em que os interessados teriam condições de habilitar-se em face da Lei, mas não podiam cadastrar-se, eis que o cadastramento fundara-se em regras mais severas. Então, subordinar a participação do certame ao preenchimento dos requisitos de cadastramento seria restringir indevidamente o acesso à disputa. Esse é o contexto em que se aplica o § 9º. Sempre que os requisitos de cadastramento forem excessivos em face do objeto licitado, o terceiro não estará obrigado a cumpri-los. Deverá evidenciar a satisfação das exigências que, em face da Lei, seriam exigíveis para a habilitação, tendo em vista as características do objeto licitado” (grifos nossos)

Neste diapasão, vale gizar que dita exigência excede ao disposto no art. 27 da Lei no 8666/93. Com efeito, a interpretação extensiva mencionada, no que tange à

regularidade, não apenas infringe ao princípio a razoabilidade e da universalidade de acesso à Licitações, quanto e precipuamente poderá redundar na impossibilidade de a Administração celebrar contrato mais vantajoso, em face da exigência de documentação totalmente despiciente.

É certo que o julgamento retro transcrito, alinhou a matéria em relação a diversos precedentes, a exemplo dos Acórdãos nos Mandados de Segurança no MS 5767 - DF 98/0025268 - 1; MS 5607 DF 98/0002225-2; MS 5640 DF 98/0006795-7, julgados que demonstram a inequívoca impertinência do quanto arguído no recurso adverso.

Assim, seja pela realidade fática demonstrada, seja pela legislação aplicável à matéria, seja pelo entendimento doutrinário inequívoco, e por derradeiro, pelo entendimento inafastável da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, é que deve ser provido o presente Recurso.

Desse modo, a inabilitação da Recorrente, por falta do registro do Balanço Patrimonial, em 07 de junho de 2021, pode ser reconsiderada, a critério da Comissão Permanente de Licitação, conforme item 22.9 do Edital, através de diligências, por se tratar apenas do descumprimento de um aspecto formal, com a ausência de apresentação do Balanço Contábil e a falta de certidão de dívida ativa, os quais, mediante fixação de prazo plausível é possível ser juntado ao presente, não existindo, dessa forma, na prática, razões para dúvidas sobre a conformidade da G. POLLI SERVICOS DE TERRAPLENAGEM ME, no tocante ao fiel cumprimento das suas obrigações legais inerentes ao registro dos seus balanços patrimoniais anuais, sendo tal falha puramente formal e, na prática, IRRELEVANTE, diante da MAGNITUDE DOS INTERESSES MAIORES DA CODEG, face aos seguintes **FATORES CRÍTICOS DE SUCESSO**:

1. O permanente compromisso que deve nortear a Instituição na permanente busca de uma gestão eficaz, considerando-se que, pela própria Lei 8.666/93, no interesse público deve prevalecer sempre a PROPOSTA MAIS VANTAJOSA;
2. O valor da proposta comercial da Requerente que, comparada com a proposta da segunda colocada (considerada até então vencedora) tem a vantagem de representar um ganho de R\$ 55.000,00 (cinquenta e cinco mil reais).

Ante o exposto, o resultado final apresentado na Ata de Julgamento, publicada no Diário Oficial de 09 de Junho de 2021, além de não atender aos interesses da CODEG, na essência do que pretende a legislação aplicável, haja vista que o objetivo do processo licitatório deve ser a locação de caminhões e equipamentos para o atendimento do interesse do Licitante, considerando-se que, em condições de igualdade, os Licitados competem para obter o contrato, devendo prevalecer, sempre, a proposta mais vantajosa.

3.3. DOS PEDIDOS:

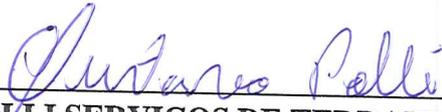
Diante de todo o exposto, com arrimo nos arts. 27, 41, 109 e seguintes da Lei nº 8.666/93, c/c art. 5º da Carta Magna e art. 3º do Decreto 8.538/2015, requer, seja dado provimento ao presente **RECURSO ADMINISTRATIVO**, e, conseqüentemente, reinserindo-se a Requerente, devidamente habilitada, a prosseguir no feito licitatório, por ser decisão atinente à mais lúdima e inequívoca **JUSTIÇA!**

Acaso não acatadas as razões perfilhadas no presente Recurso, requer seja o presente processo administrativo encaminhado ao Ilmo. Sr. Dr. Presidente da CODEG, como **RECURSO HIERÁRQUICO**, sob pena de nulidade, para ser conhecido e julgado no prazo de Lei, nos termos do preconizado no art. 109, § 4º da Lei no 8666/93.

Termos em que,

Pede e espera deferimento.

Guarapari/ES, 10 de junho de 2021.



G. POLLI SERVICOS DE TERRAPLENAGEM ME