

R DA S COSTA E MENDONÇA

COM. DE T. LTDA - ME

À COMISSÃO ESPECIAL DE LICITAÇÕES DA FUNDAÇÃO CASA DA CULTURA DE MARABÁ - PA

A **R DA S COSTA E MENDONÇA COMÉRCIO DE TECIDOS LTDA - ME**, inscrita no CNPJ sob o número 12.591.019/0001-39, empresa declarada vencedora do Pregão Presencial nº 02/2018-CEL/FCCM/PMM, Processo nº 21.934/2018-PMM em face do e-mail recebido da FCCM dando notícia do não prosseguimento da contratação, vem através desse **RECURSO ADMINISTRATIVO**, com fulcro na CF/88, na lei de regência e no § 3º da Lei 8.666/93, solicitar a reforma de tal decisão, pelos fatos e fundamentos abaixo apresentados e provados.

DOS FATOS

Após ter participado e vencido o Pregão Presencial nº 02/2018 – CEL/FCCM/PMM, essa recorrente foi surpreendida por um e-mail da FCCM, no dia 21 de Fevereiro de 2019, dando notícia de que a contratação não seria mais realizada, conforme abaixo transcrito:

Segue em anexo o Parecer da Controladoria do Município quanto ao Processo de EPIS para conhecimento, infelizmente não iremos prosseguir com a contratação por conta do indeferimento da CONGEM

At.te

Patrícia Machado

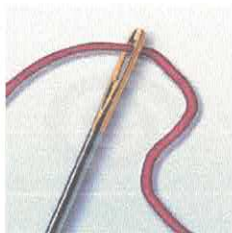
Pregoeira da CEL/FCCM

E é diante desse fato que insurge a recorrente para demonstrar sua discordância com tal decisão pelos fundamentos apontados no parecer da douta CONGEM.

1 – DO CUMPRIMENTO, DURANTE A SESSÃO, DA LEI COMPLEMENTAR Nº 123/2006, EM ESPECIAL OS INCISOS I E III DO ART. 48,

Muito embora não fora escrito de forma explícita no edital, os benefícios previstos na lei de regência acima apontada, os mesmos foram cumpridos durante a sessão.

A própria CONGEM aduz em seu parecer, sobre a necessidade de se aplicar os benefícios às ME's e EPP's previstos na lei em epígrafe, mesmo se os mesmos não estiverem escritos no edital, senão vejamos:



R DA S COSTA E MENDONÇA

COM. DE T. LTDA - ME

PARECER CONGEM

O tratamento privilegiado previsto nos **artigos 42 a 44** da Lei Complementar nº 123/06 constitui direito subjetivo das microempresas e empresas de pequeno porte. Direito subjetivo é a faculdade assegurado ao teu titular de fazer prevalecer, administrativamente ou um juízo, o seu interesse legitimado pela ordem jurídica.

A norma que assegura o tratamento privilegiado a essas categorias de empresas de menor porte, participantes de licitações, **obriga a comissão de licitação ou o pregoeiro ao seu estrito cumprimento, ou seja, ao direito subjetivo sempre corresponde o dever jurídico de dar-lhe cumprimento. Eventual omissão do edital não autoriza violação de direito subjetivo**, que, a ocorrer, configuraria lesão a direito. Significa que a entidade de menor porte *pode exigir do pregoeiro ou da comissão de licitação, com as medidas que a legislação lhe faculta, a observância do tratamento privilegiado que lhe garante a lei de regência.* (Grifamos).

Ora, todas as passagens acima devem ser aplicadas não só aos artigos 42 a 44 da LC nº 123/06 mas também aos artigos 42 a 49.

E foi exatamente isso que ocorreu, houve a aplicação de todos os benefícios quando da realização da sessão.

Noutro giro é de se perguntar: Por que o parecer da CONGEM considera (ver abaixo) que apenas os artigos 42 a 44 da Lei Complementar nº 123/06 são direitos subjetivos e por isso não precisam estar descritos de forma explícita no edital para serem aplicados durante a sessão? Na verdade, seguindo essa lógica, tal aplicabilidade se estende do artigo 42 ao artigo 49 da referida lei.

*No mais, mesmo que os benefícios referentes ao empate ficto e prazo especial para regularização da situação fiscal e trabalhista das microempresas e empresas de pequeno porte não estejam explícitos no edital, **existe a possibilidade de aplicar os benefícios quando da realização da sessão.** Distinta a este pensamento é a situação referente os itens que necessitam ser divididos em cota reservada e aberta, os quais já deverão vir expressos no instrumento convocatório, situação que iremos discutir no próximo subtópico.* (Grifamos).

É dizer: da mesma forma que os artigos 42 a 44 não precisam estar escritos no edital para serem obedecidos (conforme preconiza a CONGEM em seu parecer), o artigo 48 incisos I e III também não precisam estar escritos no edital para serem aplicados durante a sessão.



R DA S COSTA E MENDONÇA

COM. DE T. LTDA - ME

Ademais, o Decreto Federal nº 8.538/15, citado no parecer da CONGEM, nem em seu artigo 11, tampouco nenhum outro dispositivo, aduz que o artigo 48 da LC nº 123/06 só valerá se estiver escrito de forma expressa no edital.

Em outra passagem aduz o parecer da CONGEM:

*Consoante estabelece o art. 28, § 1º, da Lei nº 13.303/162, aplicam-se às licitações promovidas pelas empresas públicas e sociedade de economia mista as disposições constantes dos arts. 42 a 49 da Lei Complementar nº 123/06, ou seja, **constitui direito subjetivo das entidades de menor porte o tratamento privilegiado previstos nos artigos 42 a 44** desse diploma, mesmo que omissa no edital, por assim tê-lo como exercer, mesmo sem previsão. (Grifamos).*

Equivocou-se mais uma vez o citado relatório, pois na primeira parte afirma que a referida Lei nº 13.303/16 trata como direito subjetivo os artigos 42 a 49 (o que está correto) e já na parte final afirma que tal diploma trata apenas dos artigos 42 a 44 (o que está equivocado)

O correto é dizer que o direito subjetivo dado às entidades de menor porte o tratamento privilegiado abarca os artigos 42 a 49, senão vejamos:

LEI Nº 13.303/16

Art. 28. Os contratos com terceiros destinados à prestação de serviços às empresas públicas (...)

§ 1º Aplicam-se às licitações das empresas públicas e das sociedades de economia mista as disposições constantes dos arts. 42 a 49 da Lei Complementar no 123, de 14 de dezembro de 2006.

Agora vejamos o que de fato ocorreu durante a sessão.

Preliminarmente destacamos que, de todos os itens licitados apenas os itens 01 e 05 ultrapassavam o valor (estimado) de R\$ 80.000 (oitenta mil) reais, portanto cabendo disputa aberta para 75% dos mesmos, o que de fato ocorreu entre essa recorrente e a licitante ALVORADA COMÉRCIO. Os demais itens, abaixo de R\$ 80.000,00 (oitenta mil) reais, por óbvio, foram de participação exclusiva da única empresa que se credenciou como Microempresa, qual seja, essa recorrente.

ATA DA SESSÃO

"Com relação a empresa R DA S COSTA MENDONÇA COMÉRCIO DE TECIDOS LTDA – ME, ficou estabelecido os benefícios da Lei Complementar 123/2006 para os itens 01 (Botina de Segurança e 05 (Mochila) e mantendo intacta a sua participação nos itens no importe de até R\$ 80.000,00 (Oitenta mil)".



R DA S COSTA E MENDONÇA

COM. DE T. LTDA - ME

Note-se, conforme acima transcrito, que a disputa dos lances entre essa recorrente e a licitante ALVORADA COMÉRCIO se deu em função dos 75% da cota de participação aberta, haja vista que os outros 25% foram adjudicados à recorrente por ser a única a se credenciar como ME.

A licitante ULTRASEG apresentou proposta apenas para o item 01 e na sequência declinou do mesmo e a empresa CESAR SOARES não apresentou proposta para os itens 01 e 05, tudo conforme registrado em ata, razões pelas quais essas empresas não participaram da fase de lance dos 75% dos itens 01 e 05.

Os motivos pelos quais as demais licitantes, quais sejam, ALVORADA COMÉRCIO, ULTRASEG E CESAR SOARES não se enquadraram como ME/EPP serão demonstrados mais à frente.

Desse modo, houve disputa de lances de 75% dos itens 01 e 05 entre a recorrente (arrematante) e a licitante ALVORADA COMÉRCIO, conforme lances registrados na ata, consagrando-se na prática o fiel cumprimento do disposto no inciso III do art. 48 da lei em comento.

Anular uma licitação apenas porque tal regra não estava explícita no edital, seria proceder com excesso de rigor e formalismo excessivo, tão combatidos pela jurisprudência e doutrina, além de ferir os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Anular os itens com estimativa abaixo de R\$ 80.000,00, simplesmente porque não foram indicados no edital como itens de participação exclusiva, seria um formalismo ainda pior, tendo em vista a obviedade de que esses itens são de participação exclusiva das ME's/EPP's. Isso não precisa estar no edital, tal condição está na lei e a lei não precisa ser cem por cento reproduzida no edital para que tenha eficácia.

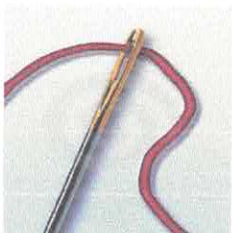
2 - DA INVALIDADE DAS CERTIDÕES DA JUCEPA APRESENTADAS PELAS LICITANTES CONCORRENTES DA R DA S COSTA E MENDONÇA COMÉRCIO DE TECIDOS LTDA - ME.

Para comprovação de enquadramento como ME ou EPP exigiu o edital (em seu item 4.5) que as licitantes deveriam apresentar certidão expedida pela Junta Comercial para comprovação de seu enquadramento nessa condição, sob pena de ficarem impossibilitadas de participarem do direito de preferência estabelecido na LC nº 123/06. ~~Insta destacar que a exigência de apresentação da certidão expedida pela Junta Comercial como forma de se comprovar o enquadramento na condição de ME/EPP não sofreu nenhum questionamento tampouco impugnação.~~

Nesse sentido apenas a recorrente apresentou comprovação de enquadramento como Microempresa válida, tendo em vista que foi a única a apresentar certidão expedida pela Junta Comercial dentro do prazo de validade, ou seja, dentro dos 60 dias de sua expedição, senão vejamos:

Diz o parecer da CONGEM, em sua página 06, o abaixo transcrito:

(...) Acontece que a certidão simplificada digital da JUCEPA não possui período de 60 (sessenta) dias para expirar. O corpo da



R DA S COSTA E MENDONÇA

COM. DE T. LTDA - ME

*referida certidão exprime apenas a data de sua emissão no rodapé, não contendo informação do período de validade (...)
(...) O instrumento convocatório não exige expedição da certidão simplificada digital da JUCEPA até 60 (sessenta) dias da data do certame (...).*

Ocorre que, *data vênia*, equivocou-se o parecista da CONGEM pois, o edital disciplinou sim, e de forma expressa em seu item 8.8, como deveriam ser tratadas as certidões que não mencionassem em seu corpo o seu prazo de validade, senão vejamos:

8.8 - Todos os documentos de habilitação deverão estar com prazo vigente, e para as certidões que não mencionarem prazo de validade, considerar-se-ão o prazo de 60 (sessenta) dias, contados da data de sua expedição. (Grifamos).

Nesse diapasão, a simples apresentação de certidão emitida com mais de sessenta dias da sua expedição, por si só, motiva o não credenciamento das licitantes como Microempresa ou EPP.

Destarte, andou bem a Pregoeira em não aceitar as certidões simplificadas emitidas com mais de 60 dias da data de expedição, consequentemente, não permitiu que as licitantes que assim procederam, concorrerem na condição de Microempresas. Insta destacar ainda que apenas a R DA S COSTA MENDONÇA COMÉRCIO DE TECIDOS LTDA - ME comprovou ser Microempresa, portanto fez jus ao tratamento diferenciado dispensado.

Em outra passagem, diz o parecer da CONGEN na página 06:

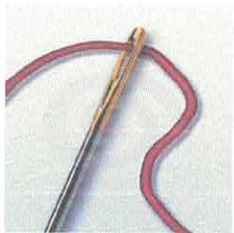
(...) Ainda existe o fato de o certame ter ocorrido em 23/01/2018, e as empresas possuírem um prazo até o último dia útil de abril de 2019 para fechamento do Balanço Patrimonial de 2018, e caso o faturamento tenha ultrapassado os limites para enquadramento como ME e EPP, notificar à JUCEPA da mudança de porte (...).

Ocorre que, de acordo com a LC nº 123/2006 e com a jurisprudência já assentada pelo TCU – vide Acórdão 1370/2015-Plenário - as Micro e Pequenas Empresas devem solicitar o seu desenquadramento dessa condição não apenas até o último dia de abril de 2019 e sim no mês seguinte ao da superação do faturamento acima do máximo permitido, **caso tal faturamento seja superior a 20% do limite**, senão vejamos:

LEI COMPLEMENTAR Nº 123/2006

Art. 3º Para os efeitos desta Lei Complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte (...)

§ 9º A empresa de pequeno porte que, no ano-calendário, exceder o limite de receita bruta anual previsto no inciso II do caput deste artigo fica excluída, no mês subsequente à ocorrência do



R DA S COSTA E MENDONÇA

COM. DE T. LTDA - ME

excesso, do tratamento jurídico diferenciado previsto nesta Lei Complementar (...)

§ 9º-A. Os efeitos da exclusão prevista no § 9º dar-se-ão no ano-calendário subsequente se o excesso verificado em relação à receita bruta não for superior a 20% (vinte por cento) do limite referido no inciso II do caput. (Grifamos).

Portanto, resta mais uma vez provado a impossibilidade de se constatar através dos documentos apresentados pelas concorrentes da recorrente, durante a sessão, se as mesmas ainda estavam enquadradas na condição de ME ou EPP, pois é possível que as mesmas tenham ultrapassado o limite em mais de 20% do teto.

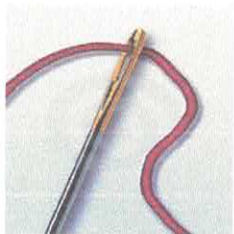
3 – DA REGULARIDADE DO EDITAL

O edital foi aprovado pela ASSESSORIA JURÍDICA DA FCCM e não sofreu nenhuma impugnação e/ou questionamento por parte de nenhum licitante, portanto consiste em documento idôneo e apto a disciplinar o certame por ser a lei da licitação, vejamos:

PARECER Nº 048/2018 DA ASSESSORIA JURÍDICA DA FCCM
Verificando o referido documento (edital), vê-se que o mesmo **foi elaborado em consonância para com as diretrizes elencadas na Lei 8.666/93**, bem como e principalmente em obediência aos ditames legais definidos na Lei Complementar nº 123/2006 e na Lei Federal nº 10.520/2002, assim como também no Decreto Federal nº 5.450/2005, **além do Decreto Municipal nº 347/2013**.

Ademais, atendendo ao preconizado na Lei Complementar 123/2006, o edital foi **elaborado com observância das regras definidas em favor da garantia de participação no certame pelas micro e pequenas empresas**, atendendo assim ao comando regente da matéria.

Assim, considerando o fato de que o procedimento não apresenta irregularidades que possam macular o certame, estando em perfeita regularidade a minuta do contrato, tal como as propostas foram apresentadas acima do mínimo legal, **esta Assessoria exara parecer no sentido de que o referido Edital de licitação na modalidade Pregão Presencial – Ata de Registro de Preços – Menor Preço por Item está em perfeita sintonia para com o ordenamento legal regente, pelo que opinamos pelo prosseguimento do certame. (Grifos Nossos)**



R DA S COSTA E MENDONÇA

COM. DE T. LTDA - ME

Registre-se ainda que todos os participantes concordaram com a lisura da sessão, não tendo inclusive nenhuma licitante manifestado intenção de recorrer sobre nenhum fato, tampouco da decisão que declarou a recorrente como vencedora.

DO DIREITO:

Aduz a Lei nº 8.666/93, abaixo transcrita, que a licitação só poderá ser anulada por ilegalidade mediante fundamentação assegurado o contraditório e a ampla defesa:

Art. 49.

§ 3º No caso de desfazimento do processo licitatório, fica assegurado o contraditório e a ampla defesa.

Esse também é o entendimento do TCU em diversas decisões, à guisa de exemplo citamos o Acórdão nº 2210/2010-Plenário da lavra do Ministro Augusto Nardes. Portanto tal recurso deve ser recebido e julgado.

Conforme amplamente exposto nessa peça, o procedimento licitatório em epígrafe não merece ser anulado, pois está de acordo com a legislação e com as regras gerais do Direito.

É pacífico também o entendimento jurisprudencial de que os procedimentos licitatórios devem guiar-se pelo formalismo moderado, sendo anulados apenas aqueles atos insuscetíveis de aproveitamento e que maculam por completo a licitação.

Nesse sentido, orienta o TCU no acórdão 357/2015-Plenário:

*"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."*

No caso em exame, se o certame for anulado pelos motivos apontados no parecer da CONGEM, restará evidenciado o formalismo excessivo, isso porque a simples falta de transcrição de uma regra da lei para o edital não tem o condão de tornar tal lei inválida, ainda mais porque tal dispositivo legal foi na prática aplicado na sessão, conforme já exposto alhures.

Por mais que se tente demonstrar o contrário, não há no ordenamento pátrio nenhum dispositivo que assevera que os incisos I e II do Art. 48 da LC nº 123/06 senão estiverem escritos no edital não poderão ser aplicados durante a sessão.

Por fim, vale destacar que nenhuma empresa de médio ou grande porte foi prejudicada nesse certame; nenhum dos licitantes foi prejudicado, tanto é que sequer houve manifestação de interposição de recurso.



R DA S COSTA E MENDONÇA

COM. DE T. LTDA - ME

e o mais importante, restou resguardado o interesse público que teve um processo, até aqui, célere e que culminou na adjudicação da proposta de valor inferior ao estimado.

DO PEDIDO:

Diante de todo o exposto, essa recorrente clama pela não anulação do certame e que a **R DA S COSTA E MENDONÇA COMÉRCIO DE TECIDOS LTDA – ME**, após homologação, seja convocada para assinatura do contrato referente a todos os itens constantes de sua proposta.

Marabá – PA, 25 de Fevereiro de 2019

R DA S COSTA E MENDONÇA COM. DE T. LTDA – ME

RONY MARCOS MILHOMEM MARTINS

PROCURADOR CREDENCIADO

CPF: 028.836.986-60



R DA S COSTA E MENDONÇA

COM. DE T. LTDA - ME

LEI 13.303/16

§ 1º Aplicam-se às licitações das empresas públicas e das sociedades de economia mista as disposições constantes dos [arts. 42 a 49 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006](#).

A divisão por quotas muito embora não constar expressamente no edital de fato foi realizada durante a sessão conforme.

Todas as licitantes eram Microempresa, portanto não houve nenhum prejuízo a nenhuma empresa de médio ou grande porte.

Não houve qualquer questionamento dos licitantes e sequer houve manifestação de intenção recursal

Como diz o próprio parecer, é óbvio que os itens com valores estimados menores do que R\$ 80.000,00 são de participação exclusiva de ME/EPP, portanto a falta de dispositivo expresso no edital não tem o condão de macular todo o certame haja vista que tal procedimento foi adotado durante a sessão

Poderia um decreto federal que regulamenta a LC 123/06 ter aplicabilidade imediata em pregões municipais?

Observo, aliás, que os comandos contidos nos arts. 44 e 45 são impositivos ("proceder-se-á da seguinte forma..."), ao passo que a redação conferida aos arts. 47 e 48 deixam claro seu caráter autorizativo ("a administração pública poderá..."). As regras insculpidas nos arts. 44 e 45 não são, portanto, facultativas, mas auto-aplicáveis desde o dia 15.12.2006, data de publicação da Lei Complementar 123. (Acórdão 2144/2007, Sessão Plenária do TCU, rel. AROLDO CEDRAZ, DJU 15/10/2007)