



Alexandre Carvalho Silva

Advogado OAB-ES 10.925

Rodrigo Fortunato Pinto

Advogado OAB-ES 12.703

IL.MO (A) SR (A) PRESIDENTE DA COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO DO MUNICÍPIO DE RIO NOVO DO SUL/ES.



SANTA HELENA ENGENHARIA E PAISAGISMO EIRELI - EPP, pessoa jurídica de direito privado, sediada na Rua Carlos Francisco Barbosa Ribeiro 178, Bairro Fátima, Marataízes/ES, inscrita no CNPJ sob o nº. 35.956.838/0001-38, neste ato representada por seu único sócio Sr. LUIZ GONZAGA PENA BARBOSA, brasileiro, solteiro, engenheiro civil, residente e domiciliado na Rua Lauro Viana nº. 29, Bairro Gilberto Machado, Cachoeiro de Itapemirim/ES, portador do CPF nº. 783.318.977-49, doravante denominada simplesmente **Recorrente**; vem a vossa elevada presença, com fulcro na alínea “a”, do inciso I, do Artigo 109 da Lei nº 8666 /93, interpor o presente

RECURSO ADMINISTRATIVO

CONTRA INABILITAÇÃO

contra a r. Decisão dessa digna Comissão Permanente de Licitação, exarada na r. **DECISÃO DA FASE DE HABILITAÇÃO - MODALIDADE: TOMADA DE PREÇOS - NÚMERO: 000005/2023 - PROCESSO ADMINISTRATIVO 001739/2023 - JULGAMENTO: 31 DE OUTUBRO DE 2023 - OBJETO: CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA EXECUÇÃO DA OBRA DE CONSTRUÇÃO DE GALPÕES DE EXPOSIÇÃO DE RIO NOVO DO SUL/ES**, que inabilitou a Recorrente, demonstrando os motivos de seu inconformismo pelas razões a seguir articuladas:

1) DOS FATOS SUBJACENTES

Acudindo ao chamamento dessa instituição para o certame em epígrafe, a Recorrente veio dele participar com a mais estrita observância das exigências editalícias.

Ocorre que a Recorrente foi **inabilitada por suposto descumprimento da Cláusula IX, item 5, alínea “b”, item 5.1 e item 5.2, alínea “b.4”, item 1.**



Alexandre Carvalho Silva

Advogado OAB-ES 10.925

Rodrigo Fortunato Pinto

Advogado OAB-ES 12.703

Tal fato causou enorme surpresa e indignação a Recorrente, já que muito ao contrário do concluiu o i. Presidente da CPL, a Recorrente **cumpriu a Cláusula IX, item 5, alínea “b”, item 5.1 e item 5.2, alínea “b.4”, item 1**, conforme restará adiante demonstrado e comprovado.

Portanto, não há **justificativa** para inabilitação da Recorrente, estando ela, pois, apta a participar do certame.

A Recorrente não pode concordar pacificamente, haja vista ter tido seu direito legal vilipendiado.

2) NOÇÕES PRELIMINARES DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E SUA EVOLUÇÃO CONCEITUAL

Como corolário da própria concepção de Estado Democrático de Direito, tem-se que somente a lei, expressão da vontade popular, pode inovar com originalidade no ordenamento jurídico.

Sendo dessa forma, o princípio da legalidade (art. 5º, II) funciona como instrumento de garantia do indivíduo contra a ação arbitrária do Estado. Com efeito, a lei é a medida da atuação estatal. O ente político administrativo só está autorizado a interferir na esfera do patrimônio jurídico individual quando autorizado pela lei.

Ademais, é imperioso consignar que, embora não seja possível precisar onde se situam os limites impostos no ordenamento constitucional para a restrição a direitos fundamentais, em princípio, só através de lei *stricto sensu* (espécie normativa primária que retira o seu fundamento de validade diretamente da Constituição) é possível restringir direitos e liberdades fundamentais.

O princípio da legalidade difunde-se, ainda, por toda Constituição, através de seus subprincípios da legalidade administrativa (art. 37, caput), da legalidade penal (art. 5º, XXXIX) e da legalidade tributária (art. 150, I e III).

No tocante à Administração Pública, é célebre a formulação segundo a qual, enquanto aos particulares é permitido fazer tudo aquilo que a lei não proíba o Poder Público só poderá fazer aquilo que esteja expressamente previsto em lei.

O princípio da legalidade, em matéria de licitação, é de suma relevância, pois esta constitui um procedimento inteiramente vinculado à lei.



Alexandre Carvalho Silva

Advogado OAB-ES 10.925

Rodrigo Fortunato Pinto

Advogado OAB-ES 12.703

Tal obrigatoriedade atinge a todos os agentes públicos que, no exercício de suas funções, não poderão desvincular-se das balizas impostas pelas normas que incidam sobre o tema das licitações e contratos, sob pena de ilegalidade dos atos que praticarem, e do desencadeamento de sanções civil, penal e administrativa.

Contudo, há que se ter a devida ponderação quando da interpretação da incidência do princípio da legalidade no seio dos procedimentos licitatórios. Partindo-se de uma concepção estrita da legalidade, chegar-se-ia à extremada situação do administrador que, sem qualquer juízo de valoração, em todas as situações, resumiria seu campo de atuação à mera observância literal de um preceito legal.

A atividade administrativa não se limita a realizar o comando normativo aparentemente previsto no texto legal. Deve o administrador pautar sua atuação de forma a não reputar a norma escrita como fim, mas como meio para se atingir a real finalidade de toda e qualquer atividade do Estado: o interesse público.

Fale-se, nesse ponto, no chamado princípio da finalidade. Nos dizeres de Afonso Queiró, "*... o fim da lei é o mesmo que o seu espírito e o espírito da lei faz parte da lei mesma*".

Com efeito, pois o princípio da finalidade não é uma decorrência do princípio da legalidade. É mais do que isso: é uma inerência dele; está nele contido, pois corresponde à aplicação da lei tal qual é; ou seja, na conformidade de sua razão de ser, do objetivo em vista do qual foi editada. Por isso se pode dizer que tomar uma lei como suporte para a prática de ato desconforme com sua finalidade não é aplicar a lei; é desvirtuá-la; é burlar a lei sob pretexto de cumpri-la.

Portanto, a atividade administrativa mais consentânea com o real sentido do Estado Democrático de Direito, ao observar o princípio da legalidade, não pode prescindir da legitimidade cujo referencial é o interesse público.

Nesses termos, só será legítimo o comportamento administrativo se houver, além da observância dos aspectos formais de atendimento das regras legais, o respeito aos valores consagrados expressamente como fundamentos do ordenamento jurídico-constitucional.

Em outros termos, está-se a exigir do administrador um papel que extrapole o de mero aplicador do texto legal e implique em uma atividade realmente interpretativa. Afinal, partindo-se do pressuposto de que não há identidade entre a *norma jurídica* e o *texto normativo*, tem-se que a atuação do administrador depende da realização da concretude do texto legal, que impescinde de uma atividade interpretativa, vez que a norma jurídica é o significado que o jurista constrói a partir da leitura dos textos.



Alexandre Carvalho Silva

Advogado OAB-ES 10.925

Rodrigo Fortunato Pinto

Advogado OAB-ES 12.703

Logo, não se pode dizer que a Administração atua tão-somente com base na literalidade do texto normativo. A bem da verdade, o comportamento administrativo será pautado na norma jurídica, cuja produção é derivada de um processo intelectual do intérprete/administrador que contempla uma concepção de legitimidade e finalidade.

3) NOÇÕES CONCEITUAIS DO PRINCÍPIO DA JURIDICIDADE

Pautados os termos da legalidade estrita no tópico anterior, passar-se-á, nas linhas que se seguem, à análise do atual estágio da hermenêutica jurídica no tocante à interpretação dos textos legais que preconizam a forma e o modo de realização das condutas da Administração Pública.

Há bem da verdade, a concepção da juridicidade apresenta-se como uma evolução do entendimento do princípio da legalidade. Não se tratam, portanto, de ideias divergentes, mas convergentes e complementares entre si.

Com o advento do pensamento pós-positivista, passou-se a se entender que não bastava à ação administrativa a legalidade estrita, sendo imprescindível a sua *legitimidade*, ou seja, o atendimento simultâneo das normas legais e do padrão ético de conduta interna vigente na estrutura estatal, de acordo com os critérios de honestidade e legalidade administrativa.

Desse modo, hodiernamente, entende-se a legalidade como o princípio que vincula a Administração a todo o sistema normativo, abrangendo os princípios constitucionais explícitos (moralidade, impessoalidade, publicidade, eficiência, isonomia) e implícitos (razoabilidade, proporcionalidade, boa-fé objetiva, supremacia do interesse público), nas normas constitucionais e legais vigentes, bem como a imprescindibilidade de atendimento às necessidades sociais em questão.

Distinguem-se a esfera da juridicidade – domínio amplo do Direito, composto de princípios e regras jurídicas – da esfera da legalidade – circunscrita às regras jurídicas, reduzindo-se somente a última no sentido estrito de conformidade dos atos com as regras legais. É com a noção de juridicidade que se abandona um conceito primário de legalidade, satisfeito com o cumprimento nominal e simplista de regras isoladas. Parte-se em busca da observância íntegra do Direito, compreendido este como um conjunto de normas dentre as quais se incluem os princípios expressos e implícitos, bem como as regras específicas do ordenamento.



Alexandre Carvalho Silva

Advogado OAB-ES 10.925

Rodrigo Fortunato Pinto

Advogado OAB-ES 12.703

4) DO ENQUADRAMENTO DA RECORRENTE NA CONDIÇÃO DE ME/EPP

A Recorrente possui enquadramento de legal de “**EPP**”, enquadrando-se ainda na Lei Estadual 9.768/2011, que define as **microrregiões de planejamento estadual**, conforme previsto no seu Artigo 4º, ou seja, atende a toda exigência contida na TOMADA DE PREÇOS, bem como, faz jus aos benefícios dispostos pelo Decreto Lei 15.941/2017.

A Recorrente apresentou a **CERTIDÃO DE OPTANTE PELO SIMPLES NACIONAL, ATUALIZADA**, o que comprova sua condição de ME/EPP.

4.A) DA CERTIDÃO SIMPLIFICADA EXPEDIDA PELA JUNTA COMERCIAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO COM MAIS DE 90 DIAS

A Recorrente esclarece que por um equívoco, devido ao fato de possuir apenas um sócio, o Sr. Luiz Gonzaga Pena Barbosa, que juntou a sua CERTIDÃO SIMPLIFICADA EXPEDIDA PELA JUNTA COMERCIAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO com mais de 90 dias.

Entretanto a Recorrente junta em anexo CERTIDÃO SIMPLIFICADA EXPEDIDA PELA JUNTA COMERCIAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO na data de 21/09/2023, ou seja, 30 (trinta) dias antes do certame, sendo, portanto, válida e apta ao certame.

4.B) DA POSSIBILIDADE DE JUNTADA POSTERIOR DE DOCUMENTO: DA SUPERACÃO DO FORMALISMO ESTRITO E DO PRINCÍPIO DA JURIDICIDADE

Cumprе lembrar que o atual estágio evolutivo da hermenêutica jurídica não mais coaduna com uma postura extremamente formalista por parte do Administrador Público, devendo este pautar-se por uma noção mais complexa e sistêmica do direito, ou seja, por uma noção de juridicidade, superando-se, desse modo, a concepção de legalidade estrita.

Não se pode esquecer que a lei não tem fim em si mesma ou em sua mera literalidade, de forma desapegada a qualquer razoabilidade que norteie o atingimento e a consecução de uma finalidade maior.



Alexandre Carvalho Silva

Advogado OAB-ES 10.925

Rodrigo Fortunato Pinto

Advogado OAB-ES 12.703

É nesse sentido lição de MARÇAL JUSTEN FILHO, *in verbis*:

“Vale dizer, as normas jurídicas não se confundem com a letra da lei. A lei não é elaborada para bastar-se em si mesma, tal como se os fins do Direito fossem menos relevantes do que as palavras do legislador. Como ensinou English, ‘não só a lei pode ser mais inteligente do que o seu autor, como também o intérprete pode ser mais inteligente do que a lei’.”

Nesse passo, a atividade administrativa exige prestígio aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. O princípio da regra da razão expressa-se em ‘procurar a solução que está mais em harmonia com as regras de direito existentes e que, por isso, parece a mais satisfatória, em atenção à preocupação primária de segurança, temperada pela justiça, que é a base do direito.

Nesses termos, há que se contextualizar a problemática da adequada interpretação do disposto no art. 43, §3º, da Lei nº 8.666/93, no tocante ao dogma segundo o qual, em nenhuma hipótese, seria permitida, no âmbito de um procedimento licitatório, a juntada de documento posterior à entrega dos envelopes pertencentes aos licitantes.

§ 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.

Afinal, o transcrito dispositivo legal deveria ser interpretado em sua literalidade? Em nenhuma hipótese, independentemente da situação observada no caso concreto, admitir-se-ia a realização de diligência por parte da Comissão de Licitação ou do Pregoeiro que implique na necessidade de juntada de documento que não constava originalmente no envelope entregue por licitante?

Partindo-se da compreensão de que o objetivo maior do procedimento licitatório é a consecução do interesse público aliada à observância dos primados da isonomia e igualdade de tratamento e condições entre os participantes, há que se conferir uma interpretação finalística e legitimadora ao texto insculpido no art. 43, §3º, da Lei nº 8.666/93.



Alexandre Carvalho Silva

Advogado OAB-ES 10.925

Rodrigo Fortunato Pinto

Advogado OAB-ES 12.703

A inclusão posterior de documentos por parte da própria autoridade condutora do certame licitatório deverá ser admitida desde que seja necessária para comprovar a existência de fatos existentes à época da licitação, concernentes à proposta de preços ou habilitação dos participantes, porém não documentados nos autos.

Em outras palavras, não está o §3º, art. 43, da Lei nº 8.666/93, em sua parte final, vedando toda e qualquer possibilidade de juntada posterior de documento. O que dali se entende, dentro de uma visão consentânea com o interesse público e com a finalidade da contratação, é que não será permitida apenas a juntada de documento que comprove a existência de uma situação ou de um fato cuja conclusão ou consumação deu-se após a realização da sessão de licitação. Aí sim haveria burla ao procedimento e quebra do princípio da isonomia e igualdade de tratamento.

Assim, caso a diligência promovida pela Comissão de Licitação ou pelo Pregoeiro resulte na produção de documento que materialize uma situação já existente ao tempo da sessão de apresentação dos envelopes, não há que se falar em ilegalidade ou irregularidade.

Conforme alhures demonstrado, a Recorrente devido ao fato de possuir apenas um sócio, o Sr. Luiz Gonzaga Pena Barbosa, juntou por equívoco a CERTIDÃO expedida com mais de 90 (dias), sendo que, possui uma expedida, ora juntada, com 30 dias de antecedência do certame, que no caso é totalmente válida.

Ora, considerando que o Pregoeiro, durante a sessão pública do pregão, dispõe de um computador com acesso à internet, seria legítimo admitir que se adentre ao *site* da JUCEES e dali se extraia o comprovante de regularidade da empresa.

Com fulcro nas premissas exaustivamente expostas, entende-se que sim. Ora, a diligência realizada pelo Pregoeiro atestou que, no momento da realização da sessão do pregão, a empresa em questão, de fato, estava regular perante a JUCEES, portanto, para garantir a contratação de um licitante que, ao tempo da sessão, reunia todas as condições de habilitação, permite-se a juntada de documento não constante do envelope outrora entregue ao Pregoeiro.

Trata-se, assim, de um juízo de verdade real em detrimento do pensamento dogmático segundo o qual o que importa é se o licitante apresentou os documentos adequadamente, subtraindo-se o fato desse mesmo licitante reunir ou não as condições de contratar com a Administração ao tempo da realização do certame.



Alexandre Carvalho Silva

Advogado OAB-ES 10.925

Rodrigo Fortunato Pinto

Advogado OAB-ES 12.703

Com efeito, o Poder Judiciário se inclina em reconhecer que o procedimento licitatório não deve ser pautado num formalismo exacerbado que desvirtue sua finalidade e equipare-o a uma gincana, na qual interessa apenas o cumprimento da etapa definida, indiferentemente de sua razão de ser. Nesse sentido, citam-se as seguintes decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

Se a irregularidade praticada pela licitante vencedora, que não atendeu a formalidade prevista no edital licitatório, não lhe trouxe vantagem nem implicou prejuízo para os demais participantes, bem como se o vício apontado não interferiu no julgamento objetivo da proposta, não se vislumbrando ofensa aos demais princípios exigíveis na atuação da Administração Pública, correta é a adjudicação do objeto da licitação à licitante que ofereceu a proposta mais vantajosa, em prestígio do interesse público, escopo da atividade administrativa. (STF - RMS 23.714/DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 05.09.2000, publicado no DJ de 13.10.2000, p. 21).

Não se pode perder de vista que a licitação é instrumento posto à disposição da Administração Pública para a seleção da proposta mais vantajosa. Portanto, selecionada esta e observadas as fases do procedimento, prescinde-se do puro e simples formalismo, invocado aqui para favorecer interesse particular, contrário à vocação pública que deve guiar a atividade do administrador. (STJ - ROMS 200000625558, rel. Min. José Delgado, publicado no DJ de 18/03/2002, p. 174).

Consoante ensinam os juristas, o princípio da vinculação ao edital não é "absoluto", de tal forma que impeça o Judiciário de interpretar-lhe, buscando-lhe o sentido e a compreensão e escoimando-o de cláusulas desnecessárias ou que extrapolem os ditames da lei de regência e cujo excessivo rigor possa afastar, da concorrência, possíveis proponentes, ou que o transmude de um instrumento de defesa do interesse público em conjunto de regras prejudiciais ao que, com ele, objetiva a Administração. (STJ - MS 199700660931, rel. Min. Demócrito Reinaldo, publicado no DJ de 01/06/1998, p. 24).

Cumprе, ainda, consignar que o próprio Tribunal de Contas da União, no Acórdão nº 1758-46/03-P (DOU 28/11/2003), entendeu ser regular, no âmbito de procedimento licitatório, a conduta da autoridade que procedeu a juntada posterior de comprovação de regularidade fiscal da licitante através de diligência promovida com base no art. 43, §3º, da Lei nº 8.666/93.



Alexandre Carvalho Silva

Advogado OAB-ES 10.925

Rodrigo Fortunato Pinto

Advogado OAB-ES 12.703

Segundo aquela Corte de Contas, tal juntada não configuraria irregularidade, mas praticidade, celeridade e otimização do certame. O apego excessivo à letra da lei pode acarretar equívocos jurídicos, porquanto que não traduzem seu sentido real.

Ademais, vale lembrar os entendimentos apontados pelo Sr. Pregoeiro, quanto à lição do Prof. Lucas Rocha Furtado e quanto à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (item 3, alíneas 'g', 'j' e 'l' supra), sobre a necessidade de se buscar a distinção entre vinculação às cláusulas editalícias e exigências desnecessárias. 9.1 Aliás, a exemplo da Decisão nº 472/95 - Plenário, Ata nº 42/95, citada pela Pregoeira (item 3, alínea 'i' supra), é farta a jurisprudência do TCU no sentido de relevar falhas e impropriedades formais dessa natureza. Tal tem sido o entendimento do Tribunal, em diversas assentadas, no sentido de que 'não se anula o procedimento diante de meras omissões ou irregularidades formais na documentação ou nas propostas desde que, por sua irrelevância, não causem prejuízo à Administração ou aos licitantes' (Decisão nº 178/96 - Plenário, Ata nº 14/96, Decisão nº 367/95 - Plenário - Ata nº 35/95, Decisão nº 681/2000 - Plenário, Ata nº 33/2000 e Decisão nº 17/2001 - Plenário, Ata nº 02/2001).

Com base nessas razões, não se trata de arbitrariedade por parte da Administração, mas de ato discricionário, dentro do limite razoável concedido para a observância da medida que melhor atenda ao interesse público, oportunidade e conveniência.

Estar a frente de um procedimento licitatório é se deparar continuamente com desafios e impasses hermenêuticos. A todo tempo, a Comissão de Licitação e o Pregoeiro são desafiados a conferir a interpretação mais adequada da lei de modo a buscar o atendimento do interesse público.

Justamente nesse contexto, diante do recorrente impasse no bojo das sessões públicas de licitação ocasionado pela ausência ou irregularidades pontuais de documentos que deveriam estar contidos nos envelopes de habilitação, as autoridades condutoras dos certames licitatórios vislumbraram a imprescindibilidade de adotar uma posição que extrapolasse a mera aplicação literal do disposto no art. 43, §3º, da Lei nº 8.666/93.

É facultado ao Pregoeiro, em qualquer fase da licitação, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou complementar a instrução do processo.



Alexandre Carvalho Silva

Advogado OAB-ES 10.925

Rodrigo Fortunato Pinto

Advogado OAB-ES 12.703

4.C) DO SIMPLES NACIONAL

O **Simplex Nacional** foi criado para simplificar a vida do empreendedor de pequeno porte, ele é um regime simplificado de arrecadação, fiscalização e cobrança de tributos.

O **Simplex Nacional** unifica oito impostos em um único boleto ou guia de recolhimento, reduzindo a carga tributária das pequenas e micro empresas, uma redução que pode chegar a mais de 50% da carga tributária se estivesse, por exemplo, optando pelo Lucro Real ou pelo Lucro Presumido.

Os impostos recolhidos através do **Simplex Nacional** são os seguintes:

- Impostos Federais: IRPJ, CSLL, PIS, COFINS e IPI
- Impostos Previdenciários: INSS Patronal
- Impostos Estaduais: ICMS
- Impostos Municipais: ISS

O **Simplex Nacional** é aplicado somente a microempresas e empresas de pequeno porte, conforme definido pela Lei Geral, com base no seu faturamento anual. Atualmente esse faturamento funciona da seguinte maneira:

- Microempreendedor Individual: com faturamento até R\$ 60 mil anuais;
- Microempresa: com faturamento até R\$ 360 mil anuais;
- Empresa de Pequeno Porte: faturamento entre R\$ 360 mil e R\$ 3,6 milhões anuais.

O faturamento anual é o principal critério para identificar as empresas que podem optar pelo **Simplex Nacional**, embora devam ser observados certos critérios, como a limitação da participação dos sócios e alguns setores de atuação.

Estando, portanto, a empresa Recorrente devidamente enquadrada como EPP, e ainda, por estar sediada na Microrregião e Região Sul, deve ser declarada como APTA a participar do certame.

5) DA LEI 8.666/93

A Lei 8.666/93 assim dispõe quanto a matéria em comento:



Alexandre Carvalho Silva

Advogado OAB-ES 10.925

Rodrigo Fortunato Pinto

Advogado OAB-ES 12.703

Art. 3º. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com 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

Comentários:

São finalidades ou objetivos da licitação pública:

- garantir a observância do princípio constitucional da isonomia
- seleção da proposta mais vantajosa para a administração
- promoção do desenvolvimento nacional sustentável

§ 1º. É vedado aos agentes públicos:

- I- admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991;
- II- estabelecer tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra, entre empresas brasileiras e estrangeiras, inclusive no que se refere a moeda, modalidade e local de pagamentos, mesmo quando envolvidos financiamentos de agências internacionais, ressalvado o disposto no parágrafo seguinte e no art. 3º da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991.

Comentário:

- O art. 3º, §§ 5º ao 12, trata da margem de preferência.
- O art. 3º da Lei 8.248/1991 trata da “preferência, nas aquisições de bens e serviços de informática e automação” para “bens e serviços com tecnologia desenvolvida no País” e “bens e serviços produzidos de acordo com processo produtivo básico, na forma a ser definida pelo Poder Executivo”. Tais preferências são regulamentadas no Decreto 7.174/2010.



Alexandre Carvalho Silva

Advogado OAB-ES 10.925

Rodrigo Fortunato Pinto

Advogado OAB-ES 12.703

§ 2º. Em igualdade de condições, como critério de desempate, será assegurada preferência, sucessivamente, aos bens e serviços:

- I -revogado
- II -produzidos no País
- III -produzidos ou prestados por empresas brasileiras
- IV -produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País
- V -produzidos ou prestados por empresas que comprovem cumprimento de reserva de cargos prevista em lei para pessoa com deficiência ou para reabilitado da Previdência Social e que atendam às regras de acessibilidade previstas na legislação

§ 3º. A licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis ao público os atos de seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura

§ 4º. (Vetado).

§ 5º. Nos processos de licitação, poderá ser estabelecida margem de preferência para:

I -produtos manufaturados e para serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras; e

II -bens e serviços produzidos ou prestados por empresas que comprovem cumprimento de reserva de cargos prevista em lei para pessoa com deficiência ou para reabilitado da Previdência Social e que atendam às regras de acessibilidade previstas na legislação.

Comentários:

- Em termos simples, a margem de preferência poderá permitir que uma empresa, beneficiada pela margem, seja contratada por um valor mais elevado que outra, que não seja beneficiada pela margem.

§ 6º. A margem de preferência de que trata o § 5º será estabelecida com base em estudos revistos periodicamente, em prazo não superior a 5 (cinco) anos, que levem em consideração:

- I** - geração de emprego e renda;
- II** - efeito na arrecadação de tributos federais, estaduais e municipais;
- III** - desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no País;
- IV** - custo adicional dos produtos e serviços; e
- V** - em suas revisões, análise retrospectiva de resultados.

(...)



Alexandre Carvalho Silva

Advogado OAB-ES 10.925

Rodrigo Fortunato Pinto

Advogado OAB-ES 12.703

§ 14. As preferências definidas neste artigo e nas demais normas de licitação e contratos devem privilegiar o tratamento diferenciado e favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte na forma da lei.

Comentários:

▪Os arts. 42 ao 48 da Lei Complementar 123/2006 tratam das preferências que devem ser concedidas às microempresas –ME e empresas de pequeno porte –EPP.

▪Resumidamente, a legislação prevê as seguintes preferências para ME e EPP:

▪comprovação da regularidade fiscal e trabalhista apenas p/ assinatura do contrato;

▪preferência, como critério de desempate, consistindo na possibilidade de ofertar nova proposta, inferior ao do licitante que seria o vencedor:

▪considera-se “empatada” a proposta da ME ou EPP:

- (i) igual ou até 10% superior ao do licitante mais bem classificado;
- (ii) no pregão, o limite é de até 5%.
- (iii) licitação exclusiva para ME e EPP, para os itens até o valor de R\$ 80 mil;

- poderá exigir subcontratação de ME e EPP em obras e serviços;
- deverá estabelecer cota de até 25%, p/ ME e EPP, na aquisição de bens divisíveis;
- possibilidade de instituir prioridade de contratação de ME e EPP, localizada local ou regionalmente, até 10% do melhor preço válido.
- Não confunda margem de preferência com direito de preferência:
 - Margem de preferência: permite que a empresa seja contratada por um preço “mais caro”, desde que esteja dentro do limite da margem.



Alexandre Carvalho Silva

Advogado OAB-ES 10.925

Rodrigo Fortunato Pinto

Advogado OAB-ES 12.703

- direito de preferência: permite que a empresa beneficiada pelo direito de preferência possa “cobrir” a oferta anterior, para ser considerada vencedora. Nesse caso, a administração não vai pagar mais caro (como ocorre na margem), mas apenas dará oportunidade para a empresa beneficiada pelo direito de preferência de “cobrir” a proposta. O direito de preferência é um tratamento diferenciado que a LC 123 outorga às MEs e EPPs.

▪Exemplo: em uma licitação para aquisição de um produto, pelo critério de menor preço, a empresa A (que não é microempresa ou empresa de pequeno porte) fez uma oferta de R\$ 100,00. Por outro lado, a empresa B (que é uma microempresa -ME) fez uma oferta de R\$ 103,00. Esgotada a etapa competitiva, a empresa B, por ser uma ME, terá o direito de exercer a sua preferência, ou seja, poderá apresentar uma nova oferta, uma “palavra final”. Se ela cobrir a oferta (exemplo: ofertar por R\$ 99,99, ela será a vencedora da licitação).

Note-se Inclito Julgador que a empresa Recorrente está enquadrada como EPP, e está localizada na mesma microrregião Sul, motivo pelo qual não pode a empresa ser INABILITADA, pois tal ato é vetado pela Lei 8.666/93.

Resumidamente, os §§ 3º e 5º ao 14º do art. 3º da Lei de Licitações tratam de exceções ao princípio da isonomia, pois estabelecem critérios que buscam privilegiar empresas que esteja em situações jurídicas específicas. Esses casos são, basicamente, os seguintes:

•§ 3º - critério de desempate

§ 5º ao 10 - margem de preferência

§ 11º - medidas de compensação

§ 12 - licitação restrita à tecnologia desenvolvida no país e produzidas de acordo com o PPB

§ 14 - tratamento diferenciado e favorecido para ME e EPP



Alexandre Carvalho Silva

Advogado OAB-ES 10.925

Rodrigo Fortunato Pinto

Advogado OAB-ES 12.703

Note-se Íncrito Julgador que não constou no Edital da TOMADA DE PREÇOS a previsão de aplicação automática do **critério de preferência** o que fere e vai de encontro ao disposto no Artigo 40, VII e VXII da Lei 8.666/93, senão vejamos:

Art. 40. O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

VII - critério para julgamento, com disposições claras e parâmetros objetivos;

XVII - outras indicações específicas ou peculiares da licitação;

Tal fato por si só, tem o poder de **anular por ilegalidade** o aludido Edital, senão vejamos:

Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

Art. 44. No julgamento das propostas, a Comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta Lei.

§ 1º. É vedada a utilização de qualquer elemento, critério ou fator sigiloso, secreto, subjetivo ou reservado que possa ainda que indiretamente elidir o princípio da igualdade entre os licitantes.

§ 2º. Não se considerará qualquer oferta de vantagem não prevista no edital ou no convite, inclusive financiamentos subsidiados ou a fundo perdido, nem preço ou vantagem baseada nas ofertas dos demais licitantes.

Entretanto, não é isso que se espera desta Autoridade Julgadora, mas sim, vossa análise e conclusão pela **REGULARIDADE** do enquadramento da Recorrente como EPP, por estar localizada na microrregião Sul.

Art. 49. A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado.



Alexandre Carvalho Silva

Advogado OAB-ES 10.925

Rodrigo Fortunato Pinto

Advogado OAB-ES 12.703

6) DA QUALIFICAÇÃO TÉCNICA

A Recorrente foi INABILITADA em razão do suposto descumprimento da Cláusula IX, item 5, alínea “b”, item 5.1, alínea “b”, item 1 e item 5.2, alínea “b.4, item 1.

Entretanto temos a ponderar os seguintes pontos.

A Recorrente apresentou a **CERTIDÃO DE ACERVO TÉCNICO – CAT NR. 001023/2016, na qual consta do ATESTADO DE CAPACIDADE TÉCNICA expedida pela Prefeitura Municipal de Itapemirim e acervado pelo CREA-ES:**

- **ITEM 0.2 - GALPÃO**

- X - ESTRUTURA/COBERTURA**

- X1 - FUNDAÇÃO EM CA - INCLUSIVE DE TÁBUAS FORMAS/FERRAGEM/CONCRETO FCK 15 MPA**

- X2 - ESTRUTURA EM CONCRETO ARMADO PRÉ MOLDADO - INCLUSIVE PILARES, VIGAS, TERÇAS E TIRANTES**

- **ITEM B - VIGAMENTO/LAGE**

- B1 - VIGAS EM CONCRETO ARMADO - SEÇÃO 10 X 30 CM - ARMADURA CA-50, CONCRETO FCK 20 E FORMAS DE MADEIRA**

Ou seja, a aludida **CERTIDÃO DE ACERVO TÉCNICO – CAT NR. 001023/2016 atesta veementemente que a Recorrente CONSTRUIU e IMPLANTOU um galpão pré-moldado em concreto armado, em iguais condições do certame em comento.**

A título de esclarecimento informamos que a Recorrente CONSTRUIU um GALPÃO dentro da reforma geral da academia popular de ginástica de Itaipava, município de Itapemirim/ES, tendo em vista que a academia não possuía cobertura.



Alexandre Carvalho Silva

Advogado OAB-ES 10.925

Rodrigo Fortunato Pinto

Advogado OAB-ES 12.703

Note-se Íncrito Julgador que a aludida **CERTIDÃO DE ACERVO TÉCNICO – CAT NR. 001023/2016** foi executada pela Recorrente, através do seu engenheiro-responsável, Sr. LUIZ GONZAGA PENA GONZAGA, que vem a ser o seu sócio-gerente.

Por certo o Setor de Engenharia da CPL não observou os itens 0.2 e B da aludida **CERTIDÃO DE ACERVO TÉCNICO – CAT NR. 001023/2016**.

Estando, portanto, a empresa Recorrente devidamente HABILITADA tanto na QUALIFICAÇÃO TÉCNICA PROFISSIONAL quanto na QUALIFICAÇÃO TÉCNICA OPERACIONAL, deve ser declarada como APTA a participar do certame.

DOS PEDIDOS:

Na esteira do exposto, requer-se seja julgado provido o presente Recurso Administrativo, com efeito, para que, reconhecendo-se a ilegalidade da r. Decisão hostilizada, como de rigor, admita-se e declare-se a APTIDÃO e HABILITAÇÃO da Recorrente para participar do certame, como medida da mais lúdima *J u s t i ç a!*

Outrossim, lastreada nas razões recursais, requer-se que essa Comissão Permanente de Licitação reconsidere sua r. Decisão e, na hipótese não esperada disso não ocorrer, faça este subir, devidamente informado à autoridade superior, em conformidade com o Artigo 109, § 4º da Lei nº 8666/93.

N. termos
P. e espera deferimento.

Marataízes/ES, 08 de novembro de 2023.

SANTA HELENA ENGENHARIA E PAISAGISMO EIRELI – EPP

Luiz Gonzaga Pena Barbosa
Sócio Titular

ALEXANDRE CARVALHO SILVA
Advogado – OAB-ES 10.925

Rua Ary Lima, nº 53 - Bairro Independência - Cep: 29306-460 - Cachoeiro de Itapemirim-ES
www.montesiaoconsultoria.com.br - alexandre@montesiaoconsultoria.com.br
Telefax.: (28) 2101-6950 / 3511-6974 / 3036-1759

**CERTIDÃO SIMPLIFICADA****Sistema Nacional de Registro de Empresas Mercantis - SINREM**

Certificamos que as informações abaixo constam dos documentos arquivados nesta Junta Comercial e são vigentes na data da sua expedição.

Nome Empresarial: SANTA HELENA ENGENHARIA E PAISAGISMO LTDA EPP			Protocolo: ESC2301600484		
NIRE : 32600035715 Natureza Jurídica: Sociedade Empresária Limitada					
NIRE (Sede) 32600035715		CNPJ 35.956.838/0001-38		Data de Ato Constitutivo 12/12/1990	Início de Atividade 12/12/1990
Endereço Completo Rua CARLOS FRANCISCO BARBOSA RIBEIRO, Nº 178, SALA A, FATIMA - Marataizes/ES - CEP 29345-000					
Objeto Social CONSTRUCAO DE EDIFICIOS CAPTACAO, TRATAMENTO E DISTRIBUICAO DE AGUA GESTAO DE REDES DE ESGOTO COLETA DE RESIDUOS NAO PERIGOSOS CONSTRUCAO DE RODOVIAS E FERROVIAS PINTURA PARA SINALIZACAO EM PISTAS RODOVIARIAS E AEROPORTOS CONSTRUCAO DE OBRAS DE ARTE ESPECIAIS OBRAS DE URBANIZACAO - RUAS, PRACAS E CALCADAS CONSTRUCAO DE REDES DE ABASTECIMENTO DE AGUA, COLETA DE ESGOTO E CONSTRUCOES CORRELATAS, EXCETO OBRAS DE IRRIGACAO CONSTRUCAO DE REDES DE TRANSPORTES POR DUTOS, EXCETO PARA AGUA E ESGOTO OBRAS PORTUARIAS, MARITIMAS E FLUVIAIS MONTAGEM DE ESTRUTURAS METALICAS DEMOLICAO DE EDIFICIOS E OUTRAS ESTRUTURAS PERFURACOES E SONDAGENS OBRAS DE TERRAPLENAGEM SERVICOS DE PREPARACAO DO TERRENO NAO ESPECIFICADOS ANTERIORMENTE INSTALACAO E MANUTENCAO ELETRICA INSTALACOES HIDRAULICAS, SANITARIAS E DE GAS INSTALACAO E MANUTENCAO DE SISTEMAS CENTRAIS DE AR CONDICIONADO, DE VENTILACAO E REFRIGERACAO INSTALACOES DE SISTEMA DE PREVENCAO CONTRA INCENDIO INSTALACAO DE PAINES PUBLICITARIOS INSTALACAO, MANUTENCAO E REPARACAO DE ELEVADORES, ESCADAS E ESTEIRAS ROLANTES MONTAGEM E INSTALACAO DE SISTEMAS E EQUIPAMENTOS DE ILUMINACAO E SINALIZACAO EM VIAS PUBLICAS, PORTOS E AEROPORTOS IMPERMEABILIZACAO EM OBRAS DE ENGENHARIA CIVIL INSTALACAO DE PORTAS, JANELAS, TETOS, DIVISORIAS E ARMARIOS EMBUTIDOS DE QUALQUER MATERIAL OBRAS DE ACABAMENTO EM GESSO E ESTUQUE SERVICOS DE PINTURA DE EDIFICIOS EM GERAL APLICACAO DE REVESTIMENTOS E DE RESINAS EM INTERIORES E EXTERIORES OUTRAS OBRAS DE ACABAMENTO DA CONSTRUCAO TRANSPORTE RODOVIARIO DE CARGA, EXCETO PRODUTOS PERIGOSOS E MUDANCAS, MUNICIPAL OBRAS DE FUNDACOES ADMINISTRACAO DE OBRAS MONTAGEM E DESMONTAGEM DE ANDAIMES E OUTRAS ESTRUTURAS TEMPORARIAS OBRAS DE ALVENARIA SERVICOS DE OPERACAO E FORNECIMENTO DE EQUIPAMENTOS PARA TRANSPORTE E ELEVACAO DE CARGAS E PESSOAS PARA USO EM OBRAS PERFURACAO E CONSTRUCAO DE POCOS DE AGUA CARGA E DESCARGA SERVICOS DE ENGENHARIA SERVICOS DE DESENHO TECNICO RELACIONADOS A ARQUITETURA E ENGENHARIA DESIGN DE INTERIORES ATIVIDADES PAISAGISTICAS					
Capital Social R\$ 1.100.000,00 (um milhão e cem mil reais)		Porte EPP (Empresa de Pequeno Porte)		Prazo de Duração Indeterminado	
Capital Integralizado R\$ 1.100.000,00 (um milhão e cem mil reais)					
Dados do Sócio					
Nome LUIZ GONZAGA PENA BARBOSA	CPF/CNPJ 783.318.977-49	Participação no capital R\$ 1.100.000,00	Espécie de sócio Sócio	Administrador S	Término do mandato Indeterminado
Dados do Administrador					
Nome LUIZ GONZAGA PENA BARBOSA		CPF 783.318.977-49	Término do mandato Indeterminado		
Último Arquivamento				Situação	
Data 31/08/2023	Número 20231548800	Ato/eventos 902 / 915 - PENHORA DE COTAS		ATIVA Status COM IMPEDIMENTO JUDICIAL	
Observações: OFÍCIO Nº 500002483085 REFERENTE PROCESSO Nº 0000454-17.2000.4.02.5002/ES DA 3ª VARA FEDERAL DE EXECUÇÃO FISCAL DE VITÓRIA DEFERINDO A PENHORA DE COTAS DA PARTICIPAÇÃO DO EXECUTADO LUIZ GONZAGA PENA BARBOSA NO CAPITAL SOCIAL DA EMPRESA SANTA HELENA ENGENHARIA E PAISAGISMO LTDA EPP.					

Esta certidão foi emitida automaticamente em 21/09/2023, às 11:59:39 (horário de Brasília).
Se impressa, verificar sua autenticidade no <https://www.simplifica.es.gov.br>, com o código XFA1XKAY.