

**OILUSTRÍSSIMO(A) SENHOR(A) PRESIDENTE DA COMISSÃO DE LICITAÇÕES DA PREFEITURA
MUNICIPAL DE RUBINÉIA – ESTADO DE SÃO PAULO**

Protocolo n.º 2276/23
Data: 13/10/23

PROCESSO LICITATÓRIO Nº 000073/23

PREGÃO PRESENCIAL Nº 11/2023

FIBRA ON SOLUÇÕES LTDA, sociedade empresária limitada, inscrita no CNPJ sob nº 09.276.787/0001-93, com sede na Rua Treze, nº 634, Centro, em Santa Fé do Sul - SP, CEP: 15770-000, na pessoa de seu representa legal Fabricio Piloni Bertolo, inscrito no CPF sob nº 324.949.458-52, *e-mail*: fp.bertolo@me.com, vem, respeitosamente à presença de V. Sa., com fundamento no art. 5º inciso LV, da CF/88 e na forma prevista na Lei Federal nº 8.666/93 – art. 109, Inciso I, alínea “a”, para interpor o presente **RECURSO ADMINISTRATIVO** em face da COMISSÃO DE LICITAÇÃO – Processo Licitatório nº 000073/23, Pregão Presencial nº 11/2023, tudo consoante os fatos e fundamentos de direito a seguir articulados.

1. SÍNTESE DOS FATOS - DA INABILITAÇÃO

Foi por esse Município aberto o Edital de Pregão Presencial nº 11/2023, para auferir a:

Sessão: 1

Objeto: INTERNET E CONEXÕES DE INTERNET FIBRÓTICA

Detalhamento do Objeto: CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS PARA A INSTALAÇÃO, OPERAÇÃO E MANUTENÇÃO DE ACESSO DEDICADO À INTERNET E CONEXÕES DE INTERNET FIBRÓTICA, COM DISPONIBILIDADE 24 (VINTE E QUATRO) HORAS POR DIA, DURANTE 07 (SETE) DIAS DA SEMANA, A PARTIR DE SUA ATIVAÇÃO ATÉ O TÉRMINO DO CONTRATO, MEDIANTE IMPLANTAÇÃO DE LINK DE COMUNICAÇÃO DE DADOS A SER INSTALADO NA SEDE DA PREFEITURA E DEPARTAMENTOS USANDO INFRAESTRUTURA DE FIBRA ÓPTICA, COM FORNECIMENTO DOS EQUIPAMENTOS NECESSÁRIOS À EXECUÇÃO DO SERVIÇO E SUPORTE TÉCNICO, ATÉ AS QUANTIDADES DESCRITAS NO TERMO DE REFERÊNCIA.

Na parte que interessa, conforme Ata de Sessão Pública, ocorrida no dia 19 de outubro de 2023, (portanto, a presente insurgência é tempestiva), a Comissão de Licitação entendeu por bem inabilitar a Recorrente.

Contudo, conforme restará demonstrado, *data máxima vênia*, a referida decisão é ilegal, pois é violadora de seu próprio Edital, especificamente o item *f* do tópico VII e ainda esta na contra mão do v. ACÓRDÃO TCU 976/2012, o qual confere às microempresas e empresas de pequeno porte a comprovarem a regularidade fiscal no ato da contratação, bem como deixou de obedecer as melhores práticas que norteiam os processos licitatórios neste país.

2. DAS RAZÕES PARA REFORMA DA DECISÃO DE INABILITAÇÃO

Com o devido respeito, a decisão da r. Comissão pela inabilitação da Recorrente, apesar das súplicas das empresas concorrentes pela inabilitação desta seja, de fato, um direito das mesmas, mas, não, um dever! A inabilitação carece de subsídio legal para embasar o decreto de inabilitação da Recorrente, já que o argumento trazido, primeiramente, é que a empresa/Recorrente não cumpriu o item *f* do tópico VII do Edital: "*f) Certidão de regularidade de débito junto à Fazenda Estadual da sede do licitante, ou outra prova equivalente na forma da Lei (DÉBITOS INSCRITOS EM DÍVIDA ATIVA ESTADUAL).*"

Consigna-se, desde já, que a Recorrente apresentou a competente Certidão de Regularidade de Débito. **No entanto, segundo consta da Ata, sua inabilitação ocorreu por não apresentar "outra prova equivalente" – o que é inadmissível.**

Ora, Ilmo(a)., o item *f* supracitado é claro ao exigir que seja apresentada a Certidão de Regularidade de Débito junto a Fazenda Estadual da sede da Recorrente **OU** outro documento equivalente. **Sendo, portanto, condição não obrigatória a apresentação das duas provas.**

Desta feita, *in casu* há evidente violação do Princípio da Legalidade.

A bem da verdade, a r. Comissão, ao inabilitar a Recorrente em razão da não apresentação de duas provas exigidas na alínea *f* do tópico VII, evidentemente equivocou-se na interpretação de seu próprio Edital.



Ainda se, no pior dos casos – o que não é este – se a empresa não tivesse de fato juntado nenhum dos documentos, deveria a comissão conceder prazo à Recorrente para que apresentasse um dos documentos, **nos termos do v. acórdão 976/2012 do Tribunal de Contas da União.**

A redação do art. 43 da Lei Complementar nº 123/2006 é de compreensão cristalina, não deixando margem para interpretação falaciosa ou casuística, tendo em vista que expressamente afirma que o que deve ser apresentada, por ocasião da participação em certame licitatório, é a documentação exigida para efeito de comprovação da regularidade fiscal.

A ausência dessa documentação, deveria então a Administração Pública aplicar, sem dúvida alguma, o que impõe o teor do § 1º do art. 43, ou seja, assegurar o prazo de 5 (cinco) dias úteis, cujo termo inicial corresponderia ao momento em que o proponente fosse declarado o vencedor do certame.

A regra contida na redação do §1º do art. 43 não permite interpretação diversa da que literalmente se tem no sentido de que a microempresa estaria obrigada a regularizar a situação fiscal no prazo estipulado, para que, sendo vencedora, fosse contratada. Em caso contrário, aí sim, restaria à Administração Pública, com fundamento do § 2º, declarar a decadência do direito da licitante à contratação e convocar as licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para a assinatura do contrato, ou revogar a licitação.

Não merece ser acatado esse argumento, seja porque a interpretação do *caput* do artigo em questão não deve ser feita de forma dissociado de seus incisos e ainda porque, mesmo recorrendo apenas à aplicação do *caput*, tal interpretação não caberia no caso em análise, pois não caracteriza motivo para inabilitá-la, uma vez que a Comissão de Licitação já dispunha de informação cadastral no sentido de que a Representante não estaria com restrição fiscal municipal.

Observando a possibilidade de saneamento de pequenos defeitos que não comprometem o julgamento igualitário da licitação, cito uma obra um pouco mais antiga, porém com um pensamento bastante contemporâneo do doutrinador Adilson Abreu Dallari, que assim diz:



“Existem claras manifestações doutrinárias e já há jurisprudências no sentido de que na fase de habilitação não deve haver rigidez excessiva, deve-se procurar a finalidade da fase de habilitação, deve-se verificar se o proponente tem concretamente idoneidade.

Se houver um defeito mínimo, irrelevante para essa comprovação, isso não pode ser colocado como excludente do licitante. Deve haver uma certa elasticidade em função do objetivo, da razão de ser da fase de habilitação; convém ao interesse público que haja o maior número possível de participantes.” (Adilson Abreu Dallari, Aspectos Jurídicos da Licitação, 4ª Ed. São Paulo, Saraiva 1997. p.116-117) (gn)

A grande problemática do assunto tratado é justamente o suposto “enfraquecimento” do princípio da vinculação ao instrumento convocatório ante ao julgamento razoável, ante à aplicação de uma flexibilização das regras a fim de se obter a maior vantagem para a Administração.

Mais! A bem da verdade, o que parece ter sido reclamado, especialmente, pela concorrente, nada mais é que a gana insaciável em controlar quem deveria e quem não deveria ter participado do referido processo licitatório – e não quem estava ou não estava apto a participar – e, isso, sim, é a quebra de todos os Princípios que regem o Direito Administrativo, inclusive, o Princípio Constitucional da Isonomia, ao ponto de correr o risco em ignorar a proposta mais vantajosa à Municipalidade.

“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.

O excesso de formalismo pode, por vezes, ser encarado como dano ao erário, o que pode vir a acarretar, inclusive, responsabilidade ao agente autor da decisão. Em outros casos, provoca a nulidade dos atos fazendo retornar às fases anteriores. Observamos o Acórdão nº 1924/2011 (Plenário) do TCU:

“Enunciado: Constitui-se excesso de rigor a desclassificação de licitantes por conta de erro formal na apresentação da proposta e da documentação exigida. [...]”.

O formalismo moderado pode se traduzir à análise do objeto do documento em detrimento à forma como é apresentado, ou seja, o crivo exarado deve levar em

consideração se o documento em análise é capaz de atender ao objetivo que lhe é proposto, independentemente de seu aspecto forma, claro, observando a segurança jurídica e o grau de certeza fornecido pelo documento. Vejamos o Acórdão 357/2015 (plenário) do TCU:

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 contido sobre o formalismo extremo, respeitados, ainda, as praxes essenciais à proteção das prerrogativas dos administrados.” (grifamos)

A lei 8.666/93 estabelece um rol de documentos para a comprovação de que a empresa eventual contratada tem capacidade para atender a demanda pública. O objetivo dessas documentações é evitar que se contrate uma empresa que não venha cumprir com o contrato, ou mesmo o faça de forma parcial e insatisfatória, prejudicando a Administração e causando danos ao erário.

In casu, este documento solicitado pelo edital não compõe o rol da lei, e a empresa com mais de 10 anos de experiência é totalmente capaz de executar o objeto da licitação!!!

O formalismo moderado estabelece: se a empresa consegue alcançar o objetivo, consegue demonstrar que é capaz de atender a demanda, não há motivos para ser excluída da licitação apenas porque a forma como apresentou seus documentos estão em dissonância ao exigido no edital (o que não é o caso da Recorrente, pois apresentou todos documentos exigidos no Edital) – desde que não ultrapasse a barreira da segurança jurídica.

O modo de operar praticado pela administração pública ao adotar o formalismo moderado, é justamente para evitar as inabilitações/desclassificações por motivos rasos, por erros ínfimos e insignificantes, isso tem por objetivo resguardar a própria finalidade da licitação, entretanto, de forma alguma quer dizer que a Administração irá se desvincular de seu instrumento convocatório, apenas que deve haver uma visão mais razoável, evitando que seu julgamento provoque uma contratação mais onerosa.

O disposto no caput do art. 41 da Lei 8.666/1993, que proíbe a Administração de descumprir as normas e o edital, deve ser aplicado mediante a consideração dos princípios basilares que norteiam o procedimento licitatório, dentre eles o da seleção da proposta mais vantajosa – que é o risco que se corre, caso a r. CPL opte, erroneamente, por manter a inabilitação.

A ideia de querer cercear o direito do ingresso a uma empresa idônea e capaz não foi e nunca será uma maneira aceitável no ordenamento jurídico-administrativo!

De mais a mais, o que podemos abstrair da ocasião é que, em momento de desclassificação/inabilitação de uma empresa licitante devemos observar se não estamos lançando mão de um formalismo exacerbado, sob pena de perder uma proposta mais vantajosa para a Administração que pode, posteriormente, culminar na declaração de nulidade dos atos tomados.

Portanto, deve haver um sopesamento entre os princípios, uma análise crítica, verificando se o documento dispõe da segurança jurídica necessária e se é capaz de atender aos seus objetivos independentemente da forma como é apresentado, aplicando ao caso concreto a decisão que melhor se adeque aos objetivos da licitação, utilizando do instituto da diligência quando for necessário e garantindo a seleção da proposta mais vantajosa sem malferir o princípio da igualdade.

3. DOS PEDIDOS

Pelo exposto, Fibra On Soluções Ltda requer digne-se processar o presente Recurso Administrativo, para ser julgado procedente, objetivando a revisão do ato administrativo, habilitando-se, pois, a Recorrente, conforme debatido nestas, especialmente frente a equivocada exigência de apresentação das duas provas constantes na alínea *f* do tópico VII do Edital, por ser medida da mais lidima e inteira Justiça!

Mas, caso não seja esse o entendimento de Vossa Senhoria, o que se admite apenas a título de argumentação, pelas razões já expostas e nos termos do v. acórdão 976/2012 do Tribunal de Contas da União, a Recorrente requer a juntada da inclusa

certidão, referente a “ou outra prova equivalente”, dentro do prazo legal de 5 dias uteis, objetivando à sua reabilitação no certame, observadas as formalidades legais.

Termos em que,
Pede e espera deferimento.

Rubinéia – SP, 23 de outubro de 2023.



FIBRA ON SOLUÇÕES LTDA



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

Procuradoria da Dívida Ativa

Certidão Negativa de Débitos Tributários da Dívida Ativa do Estado de São Paulo

CNPJ Base: 09.276.787

Ressalvado o direito de a Fazenda do Estado de São Paulo cobrar ou inscrever quaisquer dívidas de responsabilidade da pessoa jurídica/física acima identificada que vierem a ser apuradas, é certificado que:

não constam débitos inscritos em Dívida Ativa de responsabilidade do Interessado(a).

Tratando-se de CRDA emitida para pessoa jurídica, a pesquisa na base de dados é feita por meio do CNPJ Base, de modo que a certidão negativa abrange todos os estabelecimentos do contribuinte, cuja raiz do CNPJ seja aquela acima informada.

Certidão nº 50628503

Folha 1 de 1

Data e hora da emissão 20/10/2023 15:52:40

(hora de Brasília)

Validade 30 (TRINTA) dias, contados da emissão.

Certidão emitida nos termos da Resolução Conjunta SF-PGE nº 2, de 9 de maio de 2013.

Qualquer rasura ou emenda invalidará este documento.

A aceitação desta certidão está condicionada à verificação de sua autenticidade no sítio

<http://www.dividaativa.pge.sp.gov.br>