



À(O) PREGOEIRA(O) da Prefeitura Municipal de Solonópole/CE.
PREGÃO ELETRÔNICO Nº 2022.03.04.01-SRP

OBJETO: REGISTRO DE PREÇO VISANDO A FUTURA E EVENTUAL AQUISIÇÃO DE PNEUS, CAMARAS DE AR E PROTETORES, PARA ATENDER AS NECESSIDADES DAS UNIDADES ADMINISTRATIVAS DO MUNICÍPIO DE SOLONÓPOLE/CE, TUDO CONFORME ESPECIFICAÇÕES CONTIDAS NO PROJETO BÁSICO/TERMO DE REFERÊNCIA ANEXO AO EDITAL.

A empresa DAVID ELIAS DO NASCIMENTO E SÁ CAVALCANTE - EPP, inscrita no CNPJ: 11.044.272/0001-00 com endereço na Rua Luiza Miranda Coelho, 55 - Bairro: Luciano Cavalcante - Fortaleza/Ce, por seu representante legal infra-assinado - de agora em diante mencionada apenas por RECORRENTE - vem, respeitosamente, perante Vossa Senhoria, com fulcro no art. 4, inciso XVIII, da Lei Federal 10.520/02, e nos termos do item 5.8 do edital convocatório, apresentar o presente RECURSO ADMINISTRATIVO, mediante os fatos e fundamentos a seguir expedidos:

DA TEMPESTIVIDADE DO RECURSO

Inicialmente, comprova-se a tempestividade do presente recurso, conforme item 5.8 do Edital, visto que o prazo foi aberto em 08/04/2022 às 10 horas da manhã, tendo sido registrada a nossa intenção de recurso em 08/04/2022 às 10:02h, não havendo qualquer dúvida quanto à sua tempestividade.

Desta forma, sendo o presente recurso administrativo apresentado em perfeito tempo e modo, deve ser recebido e acolhido para que **SE PROCEDA A REABILITAÇÃO DA EMPRESA RECORRENTE nos lotes 1 e 2, conforme razões demonstradas a seguir.**

DOS MOTIVOS ALEGADOS PARA DESCLASSIFICAÇÃO DA PROPOSTA APRESENTADA PELA EMPRESA RECORRENTE

Segundo entendimento da equipe de Pregão, a inabilitação da RECORRENTE se deu pelo descumprimento do item 5.3.3.4 do Edital.

D-lix: Vendas e Serviços Corporativos
DAVID ELIAS DO NASCIMENTO E SÁ CAVALCANTE - EPP
Rua Luiza Miranda Coelho, 55 - Luciano Cavalcante - CEP 60.811-110 - Fortaleza-CE
TELEFONES: (85) 3211.1421 / 3252.1120 / 9954.0008 / 8854.0008 CNPJ: 11.044.272/0001-00 - IE: 06.382857-0



Ocorre que este entendimento carece de reforma, como será demonstrado no curso desta peça recursal.

DAS RAZÕES PARA A REABILITAÇÃO DA RECORRENTE

No contexto licitatório a fase de habilitação constitui o momento apropriado para a aferição das condições dos licitantes interessados em participar do certame. Com o fito de conferir segurança e uniformidade à muticitada fase a Lei 8.666/93 define em seus artigos 27 e seguintes quais os documentos que podem ser veiculados e exigidos.

O instrumento convocatório possui importância sobrelevada, não apenas por conferir segurança jurídica ao certame (vincula os licitantes – *é a lei interna da licitação*), mas também por funcionar como ferramenta de regulação de todo o procedimento, sinalizando o *modus* e as condições de participação, a fim de que o objeto proposto possa ser corretamente exercitado.

Nesse contexto, registra-se que, presentemente, constitui cada vez mais corriqueira a previsão, ao interno dos ditos instrumentos convocatórios – independentemente da espécie veiculada, de exigências singulares e bastante específicas, a serem devidamente satisfeitas pelos interessados que desejam concorrer do certame.

Não por outra razão, a evolução sentida advém de justificativa legítima e inafastável: no mundo moderno, marcado pela existência de intermináveis e complexas formas de relações sociais desenvolvidas, a proteção ao interesse e patrimônio público deve ser máxima. Se, para tanto, o uso da tecnologia e das vantagens dela decorrentes se afigure útil, que seja dado o adequado aproveitamento. Aliás, não se deve esquecer que a noção de Regime Jurídico Administrativo se orienta a partir de 02 (dois) pilares intensamente imbricados: o da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado e, ainda, o da Indisponibilidade do Interesse Público.



Contudo, não poderá o administrador público, sob o pretexto de estar atuando em consonância à principiologia acima referenciada, inovar, isso é, extrapolar os limites impostos pela legislação pertinente, de modo a exigir o atendimento de condições e exigências despidas de qualquer previsão legal razoável.

Para que seja considerada lícita, a restrição deve, antes e superiormente, estar calcada em base legal, acorde aos ditames expressos na Constituição Federal. Qualquer desvio, por certo, incorrerá em grave prejuízo, configurador inequívoco ferimento ao sistema legal, devendo, isso posto, ser repellido veementemente. Nessa quadra, insere-se a propalada inclusão, **como requisito de habilitação** nos procedimentos de licitações, a apresentação de Certidão de Regularidade com o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS.

1 - Especificamente em relação ao tema sub examine: a Certidão de Regularidade com o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS

Como dito, tem sido bastante comum a inserção dos mais variados tipos de exigências, para que se possa aferir a regularidade-viabilidade da participação das licitantes nos certames públicos. Dentre elas, cita-se condição habilitatória bastante recorrente nos recentes instrumentos de convocação: a apresentação de Certidão de Regularidade com o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS do licitante.

Trata-se de documento emitido eletronicamente, obtido diretamente no sítio da Caixa Econômica Federal :

(<https://consulta-crf.caixa.gov.br/consultacrf/pages/consultaEmpregador.jsf>).

No ponto, e sem pretender fazer, por ora, qualquer juízo de valor sobre a importância do teor veiculado desta certidão de inexistência de débitos, revela-se de extremo interesse extremá-la visto que a informação nela contida veicula a existência ou não de débitos inadimplidos perante ao Fundo.



Assim sendo, baseando-se em uma falsa percepção de maior garantia ao interesse público, vem os gestores públicos optando por consagrar a previsão desta certidão negativa como documento necessário à comprovação desta certidão dentro das condições para a habilitação dos licitantes. Veja-se, pois, o que enuncia a lei licitatória a esse respeito:

2 - LEI COMPLEMENTAR Nº 123, DE 14 DE DEZEMBRO DE 2006 E DECRETO Nº 8.538, DE 6 DE OUTUBRO DE 2015

O Decreto acima citado, que regulamenta 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 (**Redação dada pelo Decreto nº 10273, de 2020**), em seu artigo Art. 4º tem a seguinte redação: **A comprovação de regularidade fiscal das microempresas e empresas de pequeno porte somente será exigida para efeito de contratação, e não como condição para participação na licitação.** (GRIFOS NOSSO).

No mesmo contexto, a Lei Complementar 123/06, em seu artigo 42 prevê: **“Nas licitações públicas, a comprovação de regularidade fiscal e trabalhista das microempresas e das empresas de pequeno porte somente será exigida para efeito de assinatura do contrato.”** (GRIFO NOSSO)

Com efeito, não poderá o administrador, ao seu talante e de acordo com sua própria conveniência, estabelecer documentação outra que não a legalmente referida para que reste caracterizada a demonstração de qualquer dos itens indicados no decreto acima mencionado, ainda que o faça sob a intenção de proteção do interesse público, impondo restrição incabível, desarrazoada e ilegal, visto não ter tido qualquer autorização legal para assim proceder.

Note-se que o legislador foi absolutamente preciso ao redigir o já referido Artigo 4: **A comprovação de regularidade fiscal das microempresas e empresas de pequeno**



porte somente será exigida para efeito de contratação, e não como condição para participação na licitação (GRIFO NOSSO).

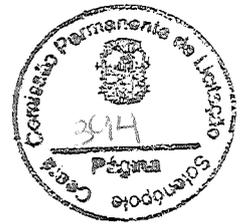
Portanto, a inabilitação da RECORRENTE com base no descumprimento do item 5.3.3.4 do Edital trata-se de exigência que transborda os lindes estabelecidos pela lei, merecendo, pois, que seja declarada a sua ilegalidade e que seja reformada a sua decisão pela Equipe de Pregao, reabilitando a RECORRENTE.

3 - O primado da lei como pressuposto lógico da vinculação ao instrumento convocatório.

Ab initio, impende esclarecer que o Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório não se traduz em instrumento de legitimação ao que vem contido ao interno do edital. Em outros termos, a simples publicação do edital, veiculando as regras a serem observadas no procedimento licitatório – não representa, por si só, condição suficiente para que seja considerado válido o seu conteúdo. Não se trata, pois, de espécie de *tudo-pode*, como se um *poder absoluto* fosse.

A despeito de funcionar como ferramenta imprescindível para a garantia da segurança jurídica durante a licitação, deve o instrumento convocatório guardar estrita obediência a outro princípio maior, de estatura constitucional e de extremo relevo para a manutenção das instituições: o da Legalidade.

O denominado **Primado da Lei**, orientador de todo o sistema jurídico brasileiro (integrado à família do *civil law*, cuja origem remonta, sobretudo, à Europa Continental), se manifesta de forma clarividente no Texto Constitucional de 1988, que logo em seu Artigo 5º, inciso II, assim assevera: *ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei*.



À Administração Pública, certo é que o princípio da legalidade irradia seus efeitos com maior latência e intensidade, eis que a atuação do administrador público deve, antes de mais nada, ter na **lei** o seu ponto de partida e o ponto final.

Nesse diapasão, é o que revela a dicção do Artigo 37, *caput* da CF/88: ***Administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, Estados, Distrito Federal e Municípios obedecerá aos princípios da Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência.***

Ainda a respeito do princípio em comento, a Lei 8.666/93, em seu artigo 3º, *caput*, propugna que as licitações serão processadas e julgadas em conformidade com o princípio da legalidade (dentre outros que são enaltecidos pelo preceptivo *retro*).

Destarte, feito o cotejo do arcabouço normativo que orienta o procedimento licitatório, cumpre regressar ao caso vertente, em ordem a se propor a seguinte indagação: *Poderia o gestor, ao tempo da confecção do instrumento convocatório, exigir, para fins de comprovação da regularidade junto ao FGTS, a apresentação de documento não previsto na norma legal que regulamenta – de forma específica e em caráter restritivo, inclusive – o tema?*

A nosso sentir, não pode o administrador público substituir o próprio legislador e estabelecer tratamento jurídico dissonante ao legalmente instituído. Antes e superiormente, a atividade administrativa é atividade *sublegal*, é dizer, a atuação do gestor prende-se ao que reza a lei. Irretocáveis as lições do aclamado professor Celso A. Bandeira de Mello, ao tecer considerações sobre o tema em foco (DE MELLO, 2014, p. 104):

“Assim, o princípio da legalidade é o da completa submissão da Administração às leis. Esta deve tão somente obedecê-las, cumpri-las, pô-las em prática. Daí que a atividade de todos os seus agentes

D-lix: Vendas e Serviços Corporativos

DAVID ELIAS DO NASCIMENTO E SÁ CAVALCANTE - EPP

Rua Luiza Miranda Coelho, 55 - Luciano Cavalcante - CEP 60.811-110 - Fortaleza-CE

TELEFONES: (85) 3211.1421 / 3252.1120 / 9954.0008 / 8854.0008 CNPJ: 11.044.272/0001-00 - IE: 06.382857-0



públicos, desde o que lhe ocupa a cúspide, isto é, o Presidente da República, até o mais modesto dos servidores, só pode ser a de dóceis, reverentes, obsequiosos cumpridores das disposições gerais fixadas pelo Poder Legislativo, pois esta é a posição que lhes compete no Direito Brasileiro” (grifos do autor).

Note-se: da leitura conjunta dos artigos 42 da LEI COMPLEMENTAR Nº 123, DE 14 DE DEZEMBRO DE 2006 e do artigo 4 do DECRETO Nº 8.538, DE 6 DE OUTUBRO DE 2015, conclui-se que a opção legislativa foi a de não deixar qualquer margem de escolha ou atuação suplementar a cargo do administrador no tocante ao tema.

Ora, fosse intenção do legislador propiciar que, durante a fase de habilitação, a prova da regularidade junto ao FGTS fosse obrigatória, assim o teria previsto de forma expressa. Contudo, a passagem normativa é contundente, admitindo uma única solução interpretativa, qual seja, a de que a comprovação de regularidade fiscal das microempresas e empresas de pequeno porte somente será exigida para efeito de contratação, e não como condição para participação na licitação.

Em remate, merecem destaque os ensinamentos de José dos Santos Carvalho Filho, ao se posicionar especificamente sobre a impossibilidade de o administrador estabelecer requisitos e condições de habilitação superiores aos já previstos na lei:

“A Administração não pode fazer exigências indevidas e impertinentes para a habilitação do licitante. A própria Constituição, ao referir-se ao processo de licitação, indica que este “somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações (art. 37, XXI)”. No mesmo sentido, já decidiu o STJ que as exigências na licitação devem compatibilizar-se com seu objetivo, de modo que a “ausência de um documento não essencial para a firmação do juízo sobre a habilitação da empresa não deve ser motivo para afastá-la do certame licitatório”.

D-lix: Vendas e Serviços Corporativos

DAVID ELIAS DO NASCIMENTO E SÁ CAVALCANTE - EPP

Rua Luíza Miranda Coelho, 55 - Luciano Cavalcante - CEP 60.811-110 - Fortaleza-CE

TELEFONES: (85) 3211.1421 / 3252.1120 / 9954.0008 / 8854.0008 CNPJ: 11.044.272/0001-00 - IE: 06.382857-0



Forçoso, pois, seja considerada como ilegal a exigência, como prova da regularidade junto ao FGTS para a habilitação das licitantes, dada a falta de amparo legal para a validade da aludida condição.

4 A orientação consagrada no âmbito do TCU

Faz-se necessário evidenciar, ainda, que o Tribunal de Contas da União, quando instado a se manifestar especificamente sobre casos análogos ao ora apresentado, decidiu pela **ilegalidade** de exigência, contida em edital de concorrência, consistente na *apresentação de Certidão Negativa de Infrações Trabalhistas – expedida pelo Ministério do Trabalho e Emprego – para fins de regularidade trabalhista.*

Consoante consta do acórdão aprovado por aclamação na Corte de Contas ora colacionado, assim se manifestou o Egrégio Tribunal:

“ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, diante das razões expostas pelo Relator, em: (...) 9.3. com fulcro no art. 43 da Lei 8.443/1992, c/c o art. 250, II, do RI/TCU, cientificar à prefeitura municipal de Barra do Choça/BA que foram constatadas as seguintes ilegalidades nos editais das concorrências visando à construção de unidades escolares objeto dos termos de compromissos 29976 e 30109/2014 firmado com o Fundo Nacional do Desenvolvimento da Educação. (...) 9.3.4. exigência de certidão negativa de infrações trabalhistas – Ministério do Trabalho e Emprego – para fins de comprovação de regularidade trabalhista” (grifos do autor).

Ante todo o exposto, tem-se que plenamente demonstrada a ilegalidade contida na exigência da apresentação de certidão do FGTS – nos termos do ora veiculado – como requisito de habilitação, visto que a leitura em conjunto dos dispositivos constantes no artigo 42 da LEI COMPLEMENTAR Nº 123, DE 14 DE DEZEMBRO DE 2006 e do artigo 4

D-lix: Vendas e Serviços Corporativos

DAVID ELIAS DO NASCIMENTO E SÁ CAVALCANTE - EPP

Rua Luiza Miranda Coelho, 55 - Luciano Cavalcante - CEP 60.811-110 - Fortaleza-CE

TELEFONES: (85) 3211.1421 / 3252.1120 / 9954.0008 / 8854.0008 CNPJ: 11.044.272/0001-00 - IE: 06.382857-0



do DECRETO Nº 8.538, DE 6 DE OUTUBRO DE 2015, revela uma única interpretação possível e legítima: **A comprovação de regularidade fiscal das microempresas e empresas de pequeno porte somente será exigida para efeito de contratação, e não como condição para participação na licitação. (Grifo nosso).**

Ainda que a malfadada certidão do FGTS venha prevista nos instrumentos convocatórios que regem a licitação, não poderá ser admitida a cobrança, sob o pretexto de ser o documento *a lei interna entre as partes*. Ora, antes de tudo, deve o próprio instrumento – edital ou convite – guardar estrita consonância ao que está contido na lei, amoldam-se a ela. Do contrário, estar-se-ia afundando o postulado da lei, cláusula constitucional, insculpida no Artigo 5º, II da CF/88, segundo o qual constitui tarefa da lei – e tão somente dela – a atividade de prever direito e estabelecer obrigações aos cidadãos. Aos atos normativos secundários, restará a correspondente aderência e pleno acatamento.

Por fim, deve esta Comissão de Licitação estar vigilante em relação ao tema em foco, sobretudo para que a ilegalidade de cláusula transgressora não prejudique a segurança jurídica de todo o ordenamento posto, a partir do correto cumprimento às leis nacionais e locais, e levar em consideração também que, **a inabilitação da RECORRENTE causa prejuízo direto ao município de valor superior a R\$ 100.000,00 (cem mil reais)**, conforme pode ser verificado facilmente consultando o valor ofertado pela RECORRENTE em comparação aos demais licitantes dos lotes 1 e 2, conforme print abaixo:

1	DAVID ELIAS DO NASCIMENTO E SA CAVALCANTE	EPP*	Desclassificado	R\$ 1.348.999,77	30/03/2022 09:2
2	J R COELHO TAVARES	ME*	Desclassificado	R\$ 1.400.000,00	30/03/2022 09:2
3	J E DA SILVA JUNIOR AUTOPECA	ME*	Arrematante	R\$ 1.445.000,00	30/03/2022 09:2

LOTE 1: A RECORRENTE OFERTOU LANCE R\$ 96.000,30 (NOVENTA E SEIS MIL E TRINTA CENTAVOS) menor do que a empresa arrematante atual:

1	DAVID ELIAS DO NASCIMENTO E SA CAVALCANTE	EPP*	Desclassificado	R\$ 53.876,22	30/03/2022 09:5
2	J E DA SILVA JUNIOR AUTOPECA	ME*	Arrematante	R\$ 60.000,00	30/03/2022 09:5

LOTE 2: A RECORRENTE OFERTOU LANCE R\$ 6.123,78 (SEIS MIL, CENTO E VINTE E TRES REAIS E SETENTA E OITO CENTAVOS) menor do que a empresa arrematante atual:



Desta forma, resta comprovado com clareza solar o equívoco de entendimento dessa Digna Equipe de Pregão, devendo ser reformada a sua decisão, reabilitando a Recorrente para os lotes 1 e 2.

DOS PEDIDOS

Ante o exposto, requer que:

- a) Que seja recebido, conhecido e provido o presente recurso administrativo;
- b) Que ao final, esta administração, em manifestação de seu poder de autotutela, proceda com a **REABILITAÇÃO DA EMPRESA RECORRENTE;**
- c) Outrossim, amparada nas razões recursais, requer-se que essa Comissão de Licitação reconsidere sua decisão e, na hipótese não esperada disso não ocorrer, faça este subir à autoridade superior em consonância com o previsto no § 4º, do art. 109, da Lei nº 8666/93, comunicando-se aos demais licitantes para as devidas impugnações, se assim o desejarem, conforme previsto no § 3º, do mesmo artigo do Estatuto.

Confia no senso de justiça dessa Comissão de Licitação, na capacitação técnica da equipe que a assessora, para o restabelecimento da verdade dos fatos.

Nestes termos pede deferimento

Fortaleza/CE, 10 de abril de 2022.

DAVID ELIAS DO NASCIMENTO E SÁ CAVALCANTE
REPRESENTANTE LEGAL