

ILMO SR. PREGOEIRO DA CÂMARA MUNICIPAL DE GUARUJÁ NO ESTADO DE SÃO PAULO.

REFERÊNCIAS:

- Pregão Presencial nº 015/2021
- Contratação de empresa para prestação de serviços de limpeza, higiene e conservação predial.
- Processo Administrativo nº 655/2021

ULTRA LITORAL SERVICOS E CONSERVACAO
LTDA, inscrita no Cadastro de Pessoa Jurídica sob o nº **57.815.284/0001-91**, com sede na Av. Senador Pinheiro Machado, nº 133, Marapé - Santos/SP, CEP: 11.075-001, doravante denominada **recorrente**, vem, respeitosamente, por meio de seu responsável legal, Sr. Jader Soares de Oliveira, inscrito no Cadastro de Pessoas Física sob o nº 309.267.538-00, portador da cédula de identidade nº 28.446.877-0, residente e domiciliado na Rua Álvaro Alvim, nº 181, apto. 173, Embaré - Santos/SP, com fulcro no inciso XVIII, do art. 4º, da Lei nº 10.520/02, com aplicação subsidiária da Lei Federal nº 8.666/93, e no item 10.10 do edital do Pregão Presencial supra epigrafo, interpor **RECURSO**, em face da decisão que a **INABILITOU**, conforme razões abaixo, para devida análise e acolhimento, na forma da lei e do instrumento convocatório.

Caso não haja juízo de retratação por parte do Sr. pregoeiro, requer desde já o encaminhamento do presente recurso, devidamente informado, no prazo legal de 5 (cinco) dias úteis, à autoridade competente, para decisão.



1. DA TEMPESTIVIDADE

Inicialmente cabe consignar que segundo a ata da sessão pública realizada no dia 10 de dezembro de 2021, ficou estabelecida a data para apresentação das razões de recurso até o dia 15 de dezembro de 2021, o que também se encontra alinhada ao inciso XVIII, do art. 4º, da Lei nº 10.520/02, no tocante ao prazo de 3 (três) dias úteis, o que torna o presente recurso tempestivo.

2 - DOS FATOS

No dia 19 de novembro de 2021, houve a abertura do Pregão Presencial nº 015/2021, visando à contratação de empresa para prestação de serviços de limpeza, higiene e conservação predial.

Esse certame contou com a participação de 22 (vinte e duas) empresas.

Após a fase de lances, sagrou-se vencedora dessa etapa a empresa VAGNER BORGES DIAS, que apesar de habilitada, foi mais tarde desclassificada, em decorrência de não ter logrado êxito na comprovação da exequibilidade de sua proposta, com base na apresentação da Planilha de Composição de Custos. E o mesmo ocorreu com as duas empresas seguintes.

Ao ser então convocada, a recorrente apresentou devidamente sua Planilha de Composição de Custos, tendo sua proposta aceita pelo pregoeiro e sua comissão técnica.



No entanto, na sessão do dia **06 de dezembro de 2021**, por ocasião da abertura do envelope de habilitação da recorrente, o pregoeiro achou por bem inabilitá-la sob o fundamento de ter apresentado em seu envelope uma Certidão Negativa de Débitos Estadual **DIFERENTE** da que foi solicitada em edital, no **subitem 9.5.5.2**, mesmo tendo realizado uma diligência junto ao sítio oficial e **TER CONSTATADO A PERFEITA REGULARIDADE DA EMPRESA.**

Desse modo, certa de que tanto a certidão apresentada no envelope, como a diligência realizada pelo pregoeiro **NÃO CONFIGURA QUALQUER IRREGULARIDADE** no certame, não restou outra alternativa para a **recorrente**, se não, fazer jus ao seu direito de recurso, com o objetivo de demonstrar os detalhes que passaram despercebidos pela Douta Comissão Julgadora, vindo a ocasionar a sua errônea inabilitação, a fim de alcançar a **reconsideração dessa decisão.**

3 - DA EXIGÊNCIA NÃO IMPUGNADA

À guisa de início, pela melhor didática, optamos por iniciar nosso debate trazendo algumas linhas de entendimento acerca dessa exigência contida no subitem 9.5.5.2, a qual foi a responsável pela inabilitação da recorrente.

9.5.5.2. A regularidade para com a Fazenda Estadual deverá ser comprovada pela apresentação de Certidão expedida pela Secretaria da Fazenda do Estado.

Faz-se mister enaltecer que é cediço o fato de que ao participar de um procedimento licitatório, os proponentes encontram-se em situação de verdadeira anuência





plena aos dispositivos editalícios, analogicamente a um comum contrato de adesão. No entanto, cabe perquirir se esses dispositivos, ainda que não impugnados, **além de legalmente possíveis**, realmente, levam a um **entendimento seguro e único acerca daquilo que se pretende exigir no ato da licitação**, sob pena de afronta a diversos princípios licitatórios como legalidade, publicidade, julgamento objetivo, vinculação ao instrumento convocatório e segurança jurídica.

Nessa toada, verificamos alguns problemas em relação ao dispositivo citado.

3.1. DA IMPRECISÃO DA CERTIDÃO EXIGIDA

O dispositivo em questão alude a uma certidão emitida pela Secretaria da Fazenda do Estado, **NÃO INDICANDO QUAL A CERTIDÃO ESPECÍFICA PARA ESSE FIM**, mas tão somente, que a comprovação da regularidade no âmbito estadual se daria por ela.

Note-se, que se apenas considerarmos a Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo (já que para licitantes sediados em outros estados, a estrutura administrativa seria diferente), teríamos, pelo menos, as seguintes certidões a escolher, conforme a própria página do sítio eletrônico do Governo do Estado, sendo **TODAS** emitidas por essa Secretaria:

- a. Certidão Negativa de Débitos Inscritos na Dívida Ativa;
- b. Certidão Negativa de Débitos não Inscritos na Dívida Ativa;
- c. Certidão de Pessoa Jurídica Inscrita ou não Inscrita no Cadastro de Contribuintes do ICMS (CADESP);



d. da Certidão de Pagamento de Tributos.

(<https://portal.fazenda.sp.gov.br/servicos/certidoes/Paginas/Sobre.aspx>)

Apenas nessa primeira análise, já verificamos a imprecisão do edital em exigir a regularidade estadual sem especificar nominalmente a certidão pretendida, implicando a escolha mais razoável pela **recorrente**, no caso a Certidão Negativa de Débitos Inscritos na Dívida Ativa.

No tocante a essa obscuridade, o festejado jurista e um dos maiores expoentes no assunto, Marçal Justen Filho, em sua Obra "Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. - 16. ed. - São Paulo: RT, 2014, pg. 712, apresenta uma brilhante lição, que é mais do que suficiente para elucidar esse primeiro tópico.

12.1) Os requisitos de participação

[...]

*Em todas as hipóteses, o edital deverá contemplar, de modo indubitável, as exigências de participação. Não é admissível a adoção de cláusulas genéricas, ainda que reproduzindo o texto expreso legislativo. **A Administração tem o dever de especificar de modo exato, os documentos que pretende ver exibidos.***

[...]

*De todo modo, **se o edital for obscuro, genérico e impreciso, será descabido adotar decisão em prejuízo do licitante.** A interpretação razoável por ele adotada terá de ser aceita pela Administração. **(grifamos)***

Prezados, não é forçoso concluir que a Administração tem a obrigação de especificar **exatamente** **TODOS** os documentos necessários para fins de habilitação em homenagem ao princípio do julgamento objetivo, isonomia,



publicidade e segurança jurídica e que por essa razão, a recorrente **JAMAIS** poderia ter sido inabilitada, sem ter tido a oportunidade de sanar o quesito por meio de diligência complementar.

3.2. DA ESCOLHA DA CERTIDÃO CORRETA

Por melhor que se tenha evidenciada a questão da impossibilidade de se determinar, com acerto, a certidão que esta respeitável Câmara pretendia exigir, temos algumas balizas legais que, de grande valia, serviriam para direcionar a conduta mais correta por essa douta comissão.

Pelo que ficou demonstrado na ata da sessão do dia 06 de dezembro de 2021, a Câmara de Guarujá pretendia, como condição de comprovação de regularidade estadual, receber uma certidão da Secretaria da Fazenda, que aparentemente, **NÃO FOSSE A CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITOS INSCRITOS NA DÍVIDA ATIVA**, mas sim a **CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITOS NÃO INSCRITOS NA DÍVIDA ATIVA**.

Entretanto, segundo a Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, ou seja, o nosso Código Tributário Nacional, **APENAS A DÍVIDA REGULARMENTE INSCRITA GOZA DE PRESUNÇÃO E LIQUIDEZ, POSSUINDO EFEITO DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA**.

CAPÍTULO II

Dívida Ativa

Art. 204. A dívida regularmente inscrita goza da presunção de certeza e liquidez e tem o efeito de prova pré-constituída.



Parágrafo único. A presunção a que se refere este artigo é relativa e pode ser ilidida por prova inequívoca, a cargo do sujeito passivo ou do terceiro a que aproveite.

Logo, ainda que numa análise comezinha, já seria possível inferir que a certidão mais adequada, a fim de satisfazer a intenção do legislador tributário seria a **CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITOS INSCRITOS NA DÍVIDA ATIVA, a qual foi eleita pela recorrente no certame.**

Mas podemos aprofundar um pouco mais a questão trazendo a própria regulamentação dessa certidão, por meio da Portaria CAT nº 20 de 01/04/1998, segundo a qual, em seu art. 1º, trata exatamente da exigibilidade dessa certidão para fins de licitação:

O Coordenador da Administração Tributária, considerando o que dispõem os artigos 205 e 206 do Código Tributário Nacional; **considerando que somente o débito inscrito na dívida ativa, nos termos dos artigos 204 do Código Tributário Nacional e 3º da Lei Federal nº 6.830/80, tem presunção de certeza e liquidez que possa ser oposta aos pretendentes de certidões negativas;** considerando a necessidade de uniformizar procedimentos a serem observados pelas repartições fiscais e para facilitar o atendimento ao público em geral, expede a seguinte Portaria:

Art. 1º O interessado poderá solicitar a expedição de certidão negativa nos seguintes casos:

- I - para participação em licitação pública;
- II - para simples conferência ou outra finalidade.

§ 1º - Na hipótese do inciso I, serão pesquisados e informados somente os débitos inscritos na dívida ativa.



§ 2º - Na hipótese do inciso II:

- a) tratando-se de pedido de certidão para simples conferência, serão pesquisados e informados tanto os débitos não inscritos quanto os débitos inscritos na dívida ativa;
- b) tratando-se de pedido para outra finalidade, serão pesquisados e informados somente os débitos inscritos na dívida ativa, salvo se o interessado requerer também a pesquisa e informação dos débitos não inscritos.

Registre-se que o regulamento acima é claro e cristalino, não deixando dúvidas de que, para fins de licitação só deve ser exigida a certidão de débitos **INSCRITOS NA DÍVIDA ATIVA.**

De outro giro, e só para constar, verificamos no próprio sítio da Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo, que a certidão de débitos tributários não inscritos na dívida ativa "*Trata-se de documento que certifica a inexistência de débitos tributários declarados ou apurados pendentes de inscrição na dívida ativa de responsabilidade do interessado*", o que não garante que eles não existam, pois podem estar sendo discutidos em juízo ou parcelados.

(<https://portal.fazenda.sp.gov.br/servicos/certidoes/Paginas/perguntas-frequentes.aspx#:~:text=O%20que%20%C3%A9%20CND%3F,ativa%20de%20responsabilidade%20do%20interessado>)

Vejam a jurisprudência do TCU a respeito dessa certidão:

"Quanto à exigência de **débitos não inscritos em dívida ativa**, cabe dizer que podem estes estar sendo parcelados ou questionados em juízo, ou ainda, discutidos no âmbito da própria administração, o que,



por si só, não torna a situação do licitante irregular perante à Fazenda Pública, haja vista o disposto no art. 151, III, IV, V e VI, do CTN (...)" **(Acórdão 1.848/2003, Plenário, rel. Min. Adilson Motta, trecho da manifestação da unidade técnica acolhida pelo julgado)**

Assim, nobres julgadores, sem nos furtarmos da observância ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, é incontroverso que a interpretação mais razoável do dispositivo em análise seja a que direcione para a única possibilidade, legal e habitualmente exigível no âmbito das contratações públicas, qual seja, **CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITOS INSCRITOS NA DÍVIDA ATIVA.**

3.3. DA HABILITAÇÃO DE EMPRESAS DE PEQUENO PORTE

Nunca é demais lembrar também, que a Lei Complementar nº 123/2006 introduziu um regime diferenciado de tratamento de regularidade fiscal de microempresas e empresas de pequeno porte.

Art. 42. 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.

Art. 43. As microempresas e as empresas de pequeno porte, por ocasião da participação em certames licitatórios, deverão apresentar toda a documentação exigida para efeito de comprovação de regularidade fiscal e trabalhista, mesmo que esta apresente alguma restrição.

§1º Havendo alguma restrição na comprovação da regularidade fiscal e trabalhista, será assegurado o prazo de cinco dias úteis, cujo termo inicial corresponderá ao momento em que o proponente for declarado vencedor do certame, prorrogável por igual período, a critério da administração pública, para



regularização da documentação, para pagamento ou parcelamento do débito e para emissão de eventuais certidões negativas ou positivas com efeito de certidão negativa.

E na esteira desse dispositivo, o próprio edital também manifestou anuência em seus subitens **10.9.3 e 9.5.1.2.**

10.9.3. Se o conteúdo do envelope que estiver sendo analisado for de uma Microempresa ou Empresa de Pequeno Porte, e ela comprovar essa condição nos termos deste edital, será aplicado o artigo 43 da Lei Complementar Nacional 123/2006.

9.5.1.2. No caso de Microempresa (ME) ou Empresa de Pequeno Porte (EPP), havendo alguma restrição na regularidade fiscal, será assegurado para sua regularização o prazo de 5 (cinco) dias úteis, prorrogáveis por igual período a critério da Administração, contados a partir do 1º(primeiro) dia útil após o proponente ser declarado vencedor, sob pena de decadência do direito, sujeitando-se em caso de descumprimento, as penalidades estabelecidas no item 14.

De tal modo que, se assim dispunha o edital, **a recorrente, na qualidade de empresa de pequeno porte, deveria ter tido a oportunidade de regularizar sua suposta pendência no prazo de até 5 (cinco) dias, sem qualquer impeditivo, aliás, em perfeita consonância com os preceitos legais.** Porém, em nenhuma hipótese, poderia ter sido declarada, de plano, **INABILITADA.**

3.4. DA DILIGÊNCIA REALIZADA PELO PREGOEIRO

A questão que ficou em evidência refere-se à desnecessidade da exigência da certidão de débitos não inscritos, uma vez que não possui relevância prática para os



critérios de habilitação, sendo como suficiente e necessária apenas e tão somente a certidão que foi apresentada pela **recorrente**.

E esse entendimento segue o adotado pelo Tribunal de Contas da União, não podendo a Administração se furtar de segui-lo.

É irregular a inabilitação de licitante em razão de ausência de informação exigida pelo edital, quando a documentação entregue contiver de **maneira implícita** o elemento supostamente faltante e a Administração não realizar a diligência prevista no art. 43, § 3º, da Lei 8.666/93, por representar formalismo exagerado, com *prejuízo* à competitividade do certame.

Acórdão 1795/2015-Plenário, TC 010.975/2015-2, relator Ministro José Múcio Monteiro, 22.7.2015.

E desse entendimento, entramos numa outra questão que é o poder-dever da Administração de sanar, inclusive por meio de diligências, os possíveis vícios, ou obscuridades **formais** nos procedimentos, sem com isso, ir de encontro com a isonomia do certame ou com a busca pela proposta mais vantajosa, conforme dispõe o § 3º do Art. 43, da Lei nº 8.666/1993, "*in verbis*".

Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:

[...]

§ 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. (grifo nosso)



§ 4º O disposto neste artigo aplica-se à concorrência e, no que couber, ao concurso, ao leilão, à tomada de preços e ao convite.

E Marçal Justen Filho ainda arremata:

2.2.4) Interpretação das exigências e superação de defeitos

Nesse panorama, deve-se interpretar a Lei e o Edital como veiculando exigências instrumentais. A apresentação de documentos, o preenchimento de formulários, a elaboração das propostas não se constituem em condutas ritualísticas. Não se trata de verificar a habilidade dos envolvidos em conduzir-se do modo mais conforme ao texto da lei. Todas as exigências são o meio de verificar se o licitante cumpre os requisitos de idoneidade e se sua proposta é a satisfatória e vantajosa.

Portanto, deve-se aceitar a conduta do sujeito que evidencie o preenchimento das exigências legais, ainda quando não seja adotada a estrita regulação imposta originariamente na Lei ou no Edital. Na medida do possível, deve promover, mesmo de ofício, o suprimento de defeitos de menor monta. Não se deve conceber que toda e qualquer divergência entre o texto da Lei ou do Edital conduz à invalidade, à inabilitação ou à desclassificação.

A jurisprudência dos tribunais pátrios vem assinalando, em reiteradas decisões, que o proponente não deve ser inabilitado ou desclassificado da licitação pelo descumprimento de mero **detalhe formal**.

A respeito do tema, tomam-se os esclarecimentos de Hely Lopes Meirelles:

"o princípio do procedimento formal, todavia, não significa que a Administração deva ser "formalista" a ponto de fazer exigências inúteis ou desnecessárias à licitação, como também não quer dizer que se deva anular o procedimento ou o julgamento, ou inabilitar licitantes, ou desclassificar



propostas, diante de simples omissões ou irregularidades na documentação ou não proposta, desde que tais omissões ou irregularidades sejam irrelevantes e não causem prejuízos à Administração ou aos concorrentes" (grifo acrescido, Licitação e Contrato Administrativo, 12 ed., São Paulo: Malheiros, 1999. p. 27).

Ao tratar do princípio da razoabilidade, Marçal Justen Filho ataca o cerne da questão:

"... portanto, deve-se aceitar a conduta do sujeito que evidencie o preenchimento das exigências legais, ainda que não seja adotada a estrita regulação imposta originariamente na Lei ou no Edital. Na medida do possível, deve promover, mesmo de ofício, o suprimento de defeitos de menor monta. Não se deve conceber que toda e qualquer divergência entre o texto da Lei ou do Edital conduz à invalidade, à inabilitação ou à desclassificação" (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 7 ed., São Paulo: Dialética, 2000. p. 79).

A propósito, leia-se decisão do Superior Tribunal de Justiça, da lavra do Ministro José Delgado:

"1. A interpretação das regras do edital de procedimento licitatório não deve ser restritiva. Desde que não possibilitem qualquer prejuízo à administração e aos interessados no certame, é de todo conveniente que compareça à disputa o maior número possível de interessados,



para que a proposta mais vantajosa seja encontrada em um universo mais amplo.

2. O ordenamento jurídico regulador da licitação não prestigia decisão assumida pela Comissão de Licitação que inabilita concorrente com base em circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, fazendo exigência sem conteúdo de repercussão para a configuração de habilitação jurídica, da qualificação técnica, da capacidade econômico-financeira e da regularidade fiscal. (STJ. MS nº 5779/DF).”

Para finalizar, leia-se também um excerto de um parecer do Procurador Geral da República:

"(...) Se a irregularidade praticada pela licitante vencedora a ela não trouxe vantagem, nem implicou em desvantagem para as demais participantes, não resultando assim em ofensa à igualdade; se o vício apontado não interfere no julgamento objetivo da proposta, e se não se vislumbra 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" (Relator Ministro Sepúlveda Pertence, acórdão citado).

Destarte, a comissão, indubitavelmente, agiu de forma correta quando realizou a diligência no ato da sessão, complementando a informação que julgou necessária, resultando na comprovação da regularidade fiscal da **recorrente**, em que pese posteriormente tê-la inabilitado.

3.5. DA POSSIBILIDADE DE INCLUSÃO DE NOVO DOCUMENTO

Nesse momento chegamos à tese derradeira de nossas razões, sendo talvez a mais contundente de todas as demais apresentadas.



Ao que pudemos constatar, o pregoeiro juntamente com sua comissão, sentiram-se impelidos a **inabilitar** a **recorrente** sob o fundamento da vedação contida no §3º do art. 43, da Lei nº 8.666/93, segundo o qual a inclusão de documento posterior que, em tese, deveria constar da proposta, seria irregular.

Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:

[...]

§ 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.**

No entanto, acerca desse fundamento temos duas vertentes, sendo a primeira já exhaustivamente aclarada nos tópicos acima, no entendimento de que o documento legalmente exigível foi apresentado pela recorrente, e a diligência representou apenas uma complementação das informações exigidas no edital, nada mais.

Já a segunda vertente, a mais preciosa, traz à baila uma decisão recente do Tribunal de Contas da União, digna de ser enquadrada e tão clara que deixaremos o texto falar por si só:

Licitação. Habilitação de licitante. Documentação. Documento novo. Vedação. Definição. A vedação à inclusão de novo documento, prevista no art. 43, § 3º, da Lei 8.666/1993 e no art. 64 da Lei 14.133/2021 (nova Lei de Licitações), não alcança documento ausente, comprobatório de condição atendida pelo licitante quando



apresentou sua proposta, que não foi juntado com os demais comprovantes de habilitação e da proposta, por equívoco ou falha, o qual deverá ser solicitado e avaliado pelo pregoeiro.

(Acórdão nº 1211/2021 Plenário - Representação, Relator Ministro Walton Alencar Rodrigues)

Ante todo o exposto, douta comissão, parece-nos que entramos num labirinto onde a única saída possui como porta a reconsideração da decisão que inabilitou a recorrente.

4. DO PEDIDO

Considerando, em suma, que a **RECORRENTE** comprovou:

- a.** A obscuridade do edital acerca de qual certidão deveria ser apresentada;
- b.** O equívoco na escolha do documento a ser apresentado para fins de comprovação de regularidade fiscal estadual;
- c.** A possibilidade de habilitação tardia das ME/EPP, conforme a Lei Complementar nº 123/2006;
- d.** A correta conduta do pregoeiro em proceder com a diligência no ato da sessão;



ULTRA LITORAL

Serviços e Conservação

e. A possibilidade de inclusão de novo documento habilitatório, segundo jurisprudência do TCU.

Requer-se que, seja devidamente processado e julgado o presente instrumento, reconsiderando a decisão que INABILITOU a empresa ULTRA LITORAL SERVICOS E CONSERVACAO LTDA, em razão da mais lúdima justiça.

Termos em que,
pede deferimento.

Santos, 14 de dezembro de 2021.

JADER SOARES DE OLIVEIRA

CPF: 309.267.538-00

57.815.284/0001-91

Ultra Litoral Serviços e
Conservação Ltda

Av. Senador Pinheiro Machado, 133
Marapé - CEP 11.075-001

SANTOS - SP