

**EXCELENTÍSSIMA SENHORA PRESIDENTE DA
CONSPÍCUA COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO
ESTADO DO AMAZONAS**

Ref.: CONCORRÊNCIA Nº. 001/2012-TJAM

ESAC ENGENHARIA LTDA - EPP, pessoa jurídica de Direito Privado devidamente inscrita no CNPJ/MF nº 00.892.637/0001-30, sediada na Rua A, nº 11, Shangrila II, Quadra I, Parque Dez, Manaus, CEP. 69.058-112, Estado do Amazonas, por intermédio de seu representante legal, vem, com o devido respeito, amparada no art. 109, inc. I, alínea 'a', § 3º, da Lei 8.666/1993, apresentar **CONTRA RECURSO ADMINISTRATIVO** em face das estapafúrdias alegações formuladas pela proponente **EDEC — ENGENHARIA, CONSTRUÇÃO E COMÉRCIO LTDA.**, pelas razões de fato e de Direito a seguir aduzidas.



PRELIMINARMENTE

Excelência, embora não tenha apresentado sequer uma prova de suas alegações, a Recorrente levemente coloca dúvida sobre a qualidade de empresa de pequeno porte ostentada pela Recorrida.

Ocorre que a aferição desta qualidade se deu no momento da avaliação e do julgamento dos documentos apresentados para habilitação das proponentes, ou seja, em momento anterior ao julgamento das propostas.

Nesta esteira, não se olvide que o rito observado pela Administração Pública quando da realização dos certames é definido pela Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, que regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências, da seguinte forma:

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

I - abertura dos envelopes contendo a documentação relativa à habilitação dos concorrentes, e sua apreciação;

II - devolução dos envelopes fechados aos concorrentes inabilitados, contendo as respectivas propostas, desde que não tenha havido recurso ou após sua denegação;

III - abertura dos envelopes contendo as propostas dos concorrentes habilitados, desde que transcorrido o prazo sem interposição de recurso, ou tenha havido desistência expressa, ou após o julgamento dos re-

cursos interpostos;

IV - verificação da conformidade de cada proposta com os requisitos do edital e, conforme o caso, com os preços correntes no mercado ou fixados por órgão oficial competente, ou ainda com os constantes do sistema de registro de preços, os quais deverão ser devidamente registrados na ata de julgamento, promovendo-se a desclassificação das propostas desconformes ou incompatíveis;

V - julgamento e classificação das propostas de acordo com os critérios de avaliação constantes do edital;

§ 5º. Ultrapassada a fase de habilitação dos concorrentes (incisos I e II) e abertas as propostas (inciso III), não cabe desclassificá-los por motivo relacionado com a habilitação, salvo em razão de fatos supervenientes ou só conhecidos após o julgamento.

Acerca do tema, o eminente doutrinador Marçal Justen Filho discorre que:

"Segundo o § 5º, a decisão acerca da habilitação encerra o exame da matéria, que apenas poderia ser reaberta diante de fatos supervenientes ou só conhecidos após o julgamento. A capacitação do licitante para executar a prestação é uma situação relativa, que pode variar no tempo. Assim, ao tempo da licitação ou da expedição dos documentos, os requisitos poderiam estar pre-

sententes. Porém, eventos posteriores podem alterar essa capacitação. Quando isso se verificar, a Administração pode (e deve) conhecer o assunto, até mesmo de ofício. Evidentemente, aplicar-se-ão os princípios da ampla defesa e do contraditório. A Administração deverá ouvir o licitante e facultar-lhe inclusive a produção de prova, antes de rever sua decisão anterior".ⁱ

Marçal aduz, ainda, que:

"Julgada a habilitação, a mesma questão não pode ser utilizada como critério de julgamento das propostas. Não cabe desclassificar o licitante com base em questões já analisadas por ocasião da habilitação. Se o sujeito preencheu os requisitos para fins de habilitação, é evidente que deve entender-se que a sua proposta, examinada sob os mesmos critérios, é aceitável".ⁱⁱ

Merece destaque o entendimento do EGRÉGIO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA PRIMEIRA REGIÃO acerca da questão. "Ocorre que, estando o impetrante devidamente habilitado na etapa de abertura das propostas das concorrentes, encontra-se preclusa a exigência impugnada, tendo em vista o enunciado do § 5º, artigo 43 do próprio diploma (...). A habilitação dos licitantes é um ato administrativo de natureza vinculada. Assim, tendo o impetrante demonstrado ser possuidor de requisitos mínimos para a participação no procedimento licitatório, no que se refere ao

que se propõe a presente licitação, voltada à seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, legítima a pretensão deduzida em Juízo, bem como a sentença que lhe concedeu a segurança" (TRF/1ª R., 3ª Turma. AMS nº 1998.01.00.064670-5/BA. DJ 10 jul. 2003, p. 201).

Ainda, vale destacar outro julgado do **EGRÉGIO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA PRIMEIRA REGIÃO:**

"1. A cada etapa da licitação é aberta oportunidade de os concorrentes apresentarem impugnação e recursos, antes de se passar para a fase seguinte.

2. Após, advindo a fase subsequente, é vedada aos licitantes a discussão de assunto referente à etapa pretérita, porque ocorreu o fenômeno da preclusão.

3. ASSIM, SE É PROCLAMADO O RESULTADO DA 3ª FASE, QUE É O JULGAMENTO DA PROPOSTA COMERCIAL, INVIÁVEL AO LICITANTE PRETENDER DISCUTIR ERRO COMETIDO NA 2ª FASE, REFERENTE À PROPOSTA TÉCNICA" (TRF/1ª R., 5ª Turma. AMS nº 1999.34.00.037173-0/DF. DJ 23 set. 2002. No mesmo sentido: TRF/5ª R., 1ª Turma. REO 93.05.308538/CE, DJ, DJ 24 jun. 1994).

Pelo exposto, Excelência, depreende-se que o pleito da Recorrente não merece prosperar, pois ela pretende discutir fatos relacionados exclusivamente a fase de habilitação depois de concluída definitivamente esta fase, cujo marco final se deu com a abertura das propostas.

Evidente, portanto, a preclusão administrativa.

DOS FATOS E FUNDAMENTOS JURÍDICOS DO PEDIDO

Excelentíssima Senhora Presidente,

Trata-se de licitação na modalidade concorrência promovida pelo **EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS**, cujo objetivo é *"a contratação, em regime de empreitada por preço global, de empresa especializada em prestação de serviço de construção civil para a construção do Fórum da Comarca de Tefé, situado no interior do Estado do Amazonas"*, conforme determinação contida no instrumento convocatório.

Destarte, realizada a sessão pública do certame, o objeto foi arrematado pela proponente ESAC, doravante denominada Recorrida, eis que a proponente EDEC insurgiu-se ao resultado da licitação e apresentou recurso administrativo alegando, em síntese, que a Recorrida não teria direito de usufruir do benefício previsto na Lei Complementar 123/2006 na medida em que havia "notícias" de que ela, Recorrida, firmara contratos que totalizariam cinco milhões de reais no exercício de 2011.

Eis a síntese do necessário.

Excelência, o edital da concorrência em apreço definia que para comprovar a condição de microempresa ou empresa de pequeno porte, as interessadas deveriam apresentar declaração nos moldes do Anexo IV. Senão vejamos.

3.3 - As empresas interessadas, em participar desta licitação, deverão apresentar, no dia, hora e local, fixados no preâmbulo deste instrumento:

b) Declaração de enquadramento como Mi-

croempresa - ME ou Empresa de Pequeno Porte
- EPP (Anexo IV), se for o caso;

Seguindo a esteira do edital, a Recorrida apresentou mencionada declaração dando conta de sua condição de empresa de pequeno porte.

Além disso, para habilitação das licitantes — e a Recorrida foi habilitada — o edital exigia a apresentação do balanço patrimonial, donde se depreende que a receita bruta auferida pela Recorrida está dentro da margem prevista na Lei Complementar 123/2006. Vejamos o item editalício em apreço.

7.1.4 - Qualificação Econômico-Financeira:

b) balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei, que comprovem a boa situação financeira da empresa, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais quando encerrado há mais de 3 (três) meses da data da licitação, em que sejam nomeados os valores do ativo circulante (AC) e do passivo circulante (PC), de modo a extrair-se Índice de Liquidez Corrente (ILC) superior a 1 (um).

Tais requisitos de habilitação — repita-se — foram observados à risca pela Recorrida e ampararam a decisão administrativa de habilitá-la para a fase de análise das propostas.

Portanto, qual não foi a surpresa da Recorrida ao verificar que nas razões recursais apresentadas pela Recorrente encontrava-se previstas as exigências de apresentação de documentos não apontados pelo edital, tendentes a, segundo afirma a Recorrente,

comprovar a qualidade ou natureza de empresa de pequeno porte assumida pela Recorrida.

Conquanto compreenda a frustração da Recorrente, não há como acolher as suas ordens, pois contrárias aos princípios da legalidade, da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo, todos previstos no art. 3º da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Senão vejamos.

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 eminente jurista Marçal Justem Filho aduz que "esse artigo apresenta excepcional relevância, devendo-se reconhecer a ele um destaque superior aos demais dispositivos da Lei. O art. 3º consagra os princípios norteadores da licitação".ⁱⁱⁱ

Ainda nas palavras de Marçal, parafraseando e transcrevendo trecho de obra do grande mestre Celso Antônio Bandeira de Mello:

O conceito de princípio foi exaustivamente examinado por Celso Antônio Bandeira de Mello, quando afirmou que é "a disposição expressa ou implícita, de natureza categorial em um sistema, pelo que conforma o

sentido das normas implantadas em uma dada ordenação jurídico-positiva". Deve lembrar-se que a relevância do princípio não reside na sua natureza estrutural, mas nas suas aptidões funcionais. Vale dizer, o princípio é relevante porque impregna todo o sistema, impondo ao conjunto de normas certas diretrizes axiológicas. O princípio é importante não exatamente por ser a "origem" das demais normas, mas porque todas elas serão interpretadas e aplicadas à luz dele. Quando se identifica o princípio fundamental do ordenamento jurídico, isola-se o sentido que possuem todas as normas dele integrantes.^{iv}

Ainda:

"O art. 3º sintetiza o conteúdo da Lei, no âmbito da licitação. Os dispositivos restantes, acerca de licitação, desdobram os princípios do art. 3º, que funciona como norteador do trabalho hermenêutico e de aplicação da Lei das licitações. Nenhuma solução, em caso algum, será sustentável quando colidente com o art. 3º".

Para o saudoso mestre Hely Lopes Meirelles, "toda licitação está sujeita a determinados princípios irrelegáveis no seu procedimento, sob pena de se descaracterizar o instituto e invalidar seu resultado seletivo. Esses princípios resumem-se, para nós, nas seguintes prescrições: procedimento formal; publicidade de seus atos; igualdade entre os licitantes; sigilo na apresentação das propostas; vinculação ao edital ou convite; julgamento objetivo; adjudicação compulsória ao vencedor", conforme se depreende do estudo dos

artigos 3º e seu § 3º, 4º, 50 e 64.

Pois bem, acerca do supracitado princípio da legalidade, a Recorrida tem a aduzir que a legislação de regência das licitações públicas dá a ele atenção especial, razão pela qual, além de estampado na Lei 8.666 (art. 3º), é repetido na Constituição Federal. Senão vejamos.

Constituição Federal.

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

E é a própria Carta Política brasileira que define o princípio da legalidade ao aduzir que: "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei" (art. 5º, inc. II).

Vale frisar, outrossim, que na esfera de Direito Público somente será exigível aquilo que a Lei autorizar ou, como distinguiu o erudito ministro aposentado do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Dr. Eros Grau:

"Se pretendermos, portanto, relacionar o princípio da legalidade ao regime de Direito Público, forçoso seria referirmo-lo, rigorosamente, como princípio da legalidade sob conteúdo de comprometimento positivo".^v

Conclui-se, portanto, que exigir aquilo que a Lei não autoriza e que nem mesmo a técnica aprova, afronta o princípio da legalidade.

Mas, como se afirmou anteriormente, as exigên-

cias formuladas pela Recorrente afrontam também o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, impresso no art. 3º da Lei 8.666/1993 e definido pelo art. 41 do mesmo diploma legal. Vejamos.

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

Ainda que o texto legal seja claro, convém transcrever trecho da jurisprudência relacionada ao princípio em comento.

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL pacificou o entendimento de que:

"A Administração, bem como os licitantes, estão vinculados aos termos do edital [art. 37, XXI, da CB/88 e arts. 3º, 41 e 43, V, da Lei n. 8.666/93], sendo-lhes vedado ampliar o sentido de suas cláusulas, de modo a exigir mais do que nelas previsto" (MS-AgR nº 24.555/DF, 1ª T., rel. Min. Eros Grau, j. em 21.02.2006, DJ de 31.03.2006).

Por fim, mas não menos importante, apontamos a definição dada pela Lei 8.666/1993 a outro princípio vilipendiado pela Recorrente, qual seja o princípio do julgamento objetivo. Vejamos.

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.

Art. 45. O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os

J2.

critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle.

E o princípio em comento já passou pelo crivo do **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA** que chegou ao seguinte entendimento.

"A impetrante alega que a comissão de licitação, ao habilitar a proposta da concorrente que teria deixado de apresentar documentos exigidos no edital ou fazê-los de forma irregular, acabou por violar o princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

Os documentos exigidos pelo edital foram apresentados com teor válido e interpretados equivocadamente pelo concorrente, ou foram supridos por outros com mesma finalidade e mesmo valor probatório, razão pela qual inexistiu a alegada violação" (REsp nº 5.601/DF, Rel. Min. Demócrito Reinaldo).

O **EGRÉGIO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO** definiu com bastante propriedade a importância dos princípios analisados até agora, razão pela qual se acredita na importância de transcrever o acórdão.

"... A decisão subjetiva é rechaçada pelo ordenamento jurídico, que impõe o julgamento objetivo e a vinculação ao edital, em homenagem aos princípios constitucionais da isonomia, da impessoalidade e da moralida-

de.

4. O edital é a lei interna do processo de licitação, vinculando aos seus termos tanto a Administração Pública como os licitantes. Não seria aceitável que a Administração fixasse no edital a forma e o modo de participação dos licitantes e, no decorrer do processo ou na realização do julgamento, se afastasse do estabelecido. Ou ainda, que aceitasse de apenas um dos participantes a apresentação de proposta em desacordo com o estabelecido" (Acórdão nº. 3.474/2006, 1ª C., rel. Min. Valmir Campelo).

Excelência, além de não serem exigidos pelo edital, os documentos descritos nos dispositivos legais apontados pela Recorrente em nada se coadunam com as normas de regência das licitações e contratos administrativos e, conseqüentemente, não servem para provar o enquadramento da Recorrida como empresa de pequeno porte.

Ao contrário, os documentos previstos no edital para este fim são, a saber, a declaração de enquadramento como empresa de pequeno porte e o balanço patrimonial. Ambos foram apresentados pela Recorrida e são de conteúdo incontestável, razão pela qual se acredita que as afirmações sem provas realizadas pela Recorrente de forma atabalhoada serão rechaçadas de plano por Vossa Excelência.

Por fim, convém ressaltar que o balanço patrimonial do exercício de 2010 apresentado pela Recorrida é válido e eficaz na medida em que ela é obrigada a utilizar a Escrituração Contábil Digital (ECD), para fins fiscais e previdenciários, de acordo com o

disposto na Instrução Normativa RFB nº 787, de 19 de novembro de 2007, que assim determina:

Art. 3º. Ficam obrigadas a adotar a ECD, nos termos do art. 2º do Decreto nº 6.022, de 2007:

I - em relação aos fatos contábeis ocorridos a partir de 1º de janeiro de 2008, as sociedades empresárias sujeitas a acompanhamento econômico-tributário diferenciado, nos termos da Portaria RFB nº 11.211, de 7 de novembro de 2007, e sujeitas à tributação do Imposto de Renda com base no Lucro Real;

II - em relação aos fatos contábeis ocorridos a partir de 1º de janeiro de 2009, as demais sociedades empresárias sujeitas à tributação do Imposto de Renda com base no Lucro Real.

Art. 5º. A ECD será transmitida anualmente ao Sped até o último dia útil do mês de junho do ano seguinte ao ano-calendário a que se refira a escrituração.

No início houve quem defendesse que muito embora obrigadas a registrar seu balanço apenas em junho do ano-calendário seguinte, as pessoas jurídicas que compulsoriamente utilizassem a ECD deveriam antecipar o registro para participar de licitações. Nesta esteira, muitas injustiças foram perpetradas, mas, felizmente, desde a manifestação do SICAF em abril de 2009 a questão foi dirimida e já não se discute que as pessoas jurídicas nesta situação tem até o final de junho para elaborar o balanço patrimonial do

exercício anterior. Vejamos.

Alteração validade balanço - 13/05/2009

Senhores Fornecedores,

Informamos que a Instrução Normativa da Receita Federal Brasileira nº 787, de 2007, instituiu a Escrituração Contábil Digital - ECD, que compreende a versão digital do livro Diário, livro Razão, livro Balancetes Diários e Balanços, que devem ser assinados digitalmente.

Para fins fiscais, são obrigadas a adotar a ECD em relação aos fatos contábeis de 2008 as sociedades empresárias sujeitas a acompanhamento econômico-tributário diferenciado, nos termos da Portaria RFB nº 11.211, de 2007, e sujeitas à tributação do Imposto de Renda com base no Lucro Real.

As demais sociedades empresariais sujeitas à tributação do Imposto de Renda com base no Lucro Real serão obrigadas a adotar a ECD para os fatos contábeis a partir de 2009.

Para as demais sociedades empresárias a adoção da ECD é facultativa.

O prazo para a transmissão da ECD será o último dia útil do mês de junho do ano seguinte ao ano-calendário a que se refira a escrituração.

Dessa forma, o Sistema Unificado de Cadas-

tramento de Fornecedores (SICAF) foi alterado permitindo que o balanço patrimonial do exercício 2008 ano calendário 2007 seja considerado válido até 30 de junho de 2009 e o balanço do exercício 2009 ano calendário 2008 seja considerado válido até 30 de junho de 2010, independentemente do tipo de constituição da pessoa jurídica, objetivando garantir a isonomia dos participantes de procedimentos licitatórios e contratantes da Administração Pública Federal.

Brasília, 30 de abril de 2009

Ao cabo, a análise do eminente jurista Ariosto Mila Peixoto acerca do tema:

"Portanto, até que a RECEITA FEDERAL juntamente com o DNRC - Departamento Nacional de Registro do Comércio - se manifestem sobre o prazo de apresentação do Livro Diário para as empresas optantes pelo regime tributário de Lucro Real, o Balanço Patrimonial do exercício de 2010 deverá ser aceito até junho/12, uma vez que o Balanço de 2011 somente será exigido após o último dia útil do mês de junho de 2012".

DO PEDIDO

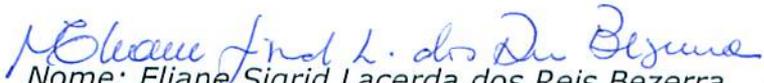
"EX POSITIS", Requer a Vossa Excelência que se digne a conhecer o recurso administrativo, pois tempestivo, para no mérito negar-lhe provimento, determinando a manutenção da respeitável decisão administrativa, por ser esta a única medida dotada de *legalidade e razoabilidade*, assim como a única exteriorização possível

de respeito à **J U S T I Ç A**.

Termos em que Pede,

E Aguarda Deferimento.

Manaus, 30 de maio de 2012.


Nome: *Eliane Sigríd Lacerda dos Reis Bezerra*
CARGO: SÓCIA-ADMINISTRATIVA
CPF/MF nº 413.289.302-20

ⁱ *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14ª edição, São Paulo : Dialética, 2010, p. 595.

ⁱⁱ *Op.cit.*, p. 596.

ⁱⁱⁱ *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 10ª edição. Ed. Dialética. São Paulo. 2004. p. 47.

^{iv} *Op. cit.* p. 48.

^v A ordem econômica na Constituição de 1988. Ed. Revista dos Tribunais. P. 147.