

Fwd: Recurso Açailândia

"EDSON COSTA" <inoveeducacional2019@gmail.com>

Para: licitacao@acailandia.ma.gov.br

26 de Maio de 2020 14:33

Att :Comissão Central de Licitação do Município de Açailândia-CCL
Boa Tarde

Segue em anexo nosso recurso referente ao Pregão Presencial n°018/2020
Processo Administrativo n° 2726/2020.

Por favor acusar recebimento do mesmo.

Atenciosamente
Edson Pinheiro Costa Junior

ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DA COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÕES DO MUNICÍPIO DE AÇAILÂNDIA-MA.

REF.: Pregão Presencial nº 018/2020.
Processo Administrativo nº 2726/2020.

**RECONSIDERAÇÃO DE DECISÃO ADMINISTRATIVA
PROFERIDA POR PREGOEIRO. INABILITAÇÃO
EQUIVOCADA. DESCUMPRIMENTO DE FORMALIDADES DO
PREGÃO PRESENCIAL. INOBSERVÂNCIA DA LEI 10.520/02
E DECRETO 3.555/2000.**

EDSON P. COSTA JUNIOR EIRELI-ME, inscrita no CNPJ nº 35.187.278/0001-02, com sede na Av. Senador Arêa Leão, 2185, PAVMTO 01, SALA 1101, Jóquei, CEP 64.049-110, Teresina-PI, sob o nome de fantasia, **INOVE EDUCACIONAL**, através de seu Representante Legal, infra assinado, vem, tempestivamente, perante V. Sa., apresentar:

RECURSO ADMINISTRATIVO

em face de decisão administrativa proferida por este Pregoeiro, com fulcro no artigo 11 do Decreto nº 3.555 de 08 de agosto de 2000, expor e requerer o que segue:

1) DA PRELIMINAR.

a) Da atipicidade ocorrida no certame do Pregão Presencial nº 018/2020.

Antes de adentrar ao mérito, vale destacar que o Decreto nº 3.555/2000, regulamenta todos os procedimentos referentes à realização do Pregão na forma presencial.

Feito esta nota, os fatos que serão narrados mais a frente, irão gerar confusão e atipicidade sobre o fiel cumprimento do decreto, contudo, por medida de segurança, tendo em vista que a parte que ora recorre, teve seu direito violado, tanto no quesito habilitação, quanto no quesito condução do certame, se manifestará sobre o feito.

Pois bem, como tido acima, a situação é totalmente atípica, mas, não obstante, não se pode deixar de questionar os atos ali praticados, onde por motivo de força maior, no socorreremos da aplicabilidade do art. 11, inciso XVII do decreto supracitado.

Ainda em tempo, deve restar claro, que o direito de petição, que ora, a RECORRENTE transcreve, segundo o saudoso professor José Afonso da Silva, em sua obra "Direito Constitucional Positivo", ed. 1.989, página 382, tanto frisa, o direito de petição não pode ser desconsiderado, como se vê abaixo:

"É importante frisar que o direito de petição não pode ser destituído de eficácia. Não pode a autoridade a quem é dirigido escusar-se de pronunciar sobre a petição, quer para acolhê-la quer para desacolhê-la com a devida motivação".

Nesta mesma linha de raciocínio, o renomado Mestre Marçal Justen filho, "in" Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 8ª ed., pág. 647 assim assevera:

"A Constituição Federal assegura, de modo genérico, o direito de petição (art. 5º, XXXIV, a), como instrumento de defesa dos direitos pessoais, especialmente contra atos administrativos inválidos. Além disso, a Constituição assegura a publicidade dos atos administrativos (art. 37) e o direito ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, inc. LV)."

Feita as observações devidas, a parte RECORRENTE exige, com base no art. 5º, XXXIV da Constituição Federal de 1988, que suas razões já formuladas sejam devidamente autuadas e, se não acolhidas, o que se admite apenas e tão somente "*ad argumentandum*", que haja uma decisão motivada sobre os pedidos ao final formulados.

b) Da Tempestividade do Recurso feito em situação atípica a norma legal.

Tendo em vista que a situação fática, não se corrobora com as exigências contidas no Decreto nº 3.555/2000 e nem tão pouco na Lei 10.520/2002, o pedido aqui formulado tomou por base a aplicabilidade do artigo 11, inciso II, do citado decreto, que aduz o prazo de 03 (três) dias úteis, a contar do ato da intimação.

Assim sendo, haja vista que a sessão do pregão presencial ocorreu em 21 de maio de 2020, contando-se os dias úteis do calendário anual vigente de 2020, o último dia de prazo para interposição recursal seria na data de 26 de maio de 2020.

Portando, para efeito de legalidade e oportunidade, o presente recurso encontra-se dentro dos moldes essenciais da **tempestividade recursal**, mesmo que a situação fática seja totalmente incomum à norma legal vigente.

2) DOS FATOS

A empresa ora recorrente, no dia 21 de maio de 2020, participou do certame referente ao **Pregão Presencial nº 018/2020**, que tem como objeto o registro de preços visando a eventual contratação de pessoa(s) jurídica(s), para aquisição de livro didático para os alunos da educação infantil (creche de 2 e 3 anos, Pré-escolar de 4 e 5 anos), da rede municipal de ensino, do Município de Açailândia-MA, com o critério de menor preço e adjudicação por item.

Na data em questão, na sessão supracitada, a empresa ora recorrente, classificou-se em primeiro lugar, na fase de proposta de preços e lances verbais, com a proposta de valor mais baixo, em todos os itens previstos no edital.

Contudo, após sua classificação, já na fase de habilitação, a mesma foi considerada **inabilitada**, por descumprir o Item 7.1.4.1 (balanço patrimonial), previsto no edital em referência.

Ao final, o Pregoeiro **não prosseguiu com o certame**, ou seja, declarando os respectivos vencedores subsequentes, **como assim determina a lei**, em vez disso, a CPL já abriu o prazo de 03 (três) dias, para manifestações recursais, contrariando desta forma o que prescreve o Decreto nº 3.555/2000, bem como a lei nº 10.520/2002. Portanto, o procedimento realizado ficou em desacordo com o habitual e legalmente previsto na legislação vigente.

Diante da certeza de que o pregoeiro agiu de forma equivocada, tanto na inabilitação da recorrente, como na paralisação do certame de forma irregular, a parte recorrente espera a devida reconsideração sobre o ato administrativo, conforme os precedentes apresentados a seguir.

3) DO MÉRITO.

a) Do regramento jurídico brasileiro.

O ordenamento jurídico brasileiro traz em seu bojo a vinculação da Administração Pública e seus agentes a um leque de princípios indispensáveis à persecução dos interesses gerais, como **o da legalidade, da moralidade, da impessoalidade, da igualdade, dentre outros**.

Nestes termos, surge como corolário desta gama de princípios, a exigência – constitucional, desde 1988, que a realização de licitação para a efetivação de obras, serviços, compras e alienações por particulares em situações de interesse público, devem obedecer à risca estes princípios.

A Constituição Federal de 1988 diz:

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: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)
(...)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante **processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes**, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de **qualificação técnica e econômica INDISPENSÁVEIS à garantia do cumprimento das obrigações.** (grifo nosso)

Os procedimentos licitatórios desenvolvem-se em várias etapas, quais sejam: **formalização, publicação do edital, habilitação, julgamentos das habilitações e das propostas, homologação do resultado e adjudicação.**

Dentre estas etapas, a de maior importância é de habilitação, bem definida pelo professor Hely Lopes Meirelles (2003, p. 286) da seguinte forma:

(...) **habilitação** ou qualificação é o ato pelo qual o órgão competente (geralmente o julgador da licitação, mas pode ser também a Comissão de Julgamento do registro cadastral, quanto existente na repartição interessada), examinada a documentação, manifesta-se sobre os requisitos pessoais dos licitantes, habilitando-os ou inabilitando-os. **Habilitado** ou qualificado é o proponente que demonstrou possuir os requisitos mínimos de capacidade jurídica, capacidade técnica, idoneidade econômico-financeira, regularidade fiscal e regularidade trabalhista, pedidos *no edital*; inabilitado ou desqualificado é o que, ao contrário, não logrou fazê-lo.

Em cumprimento à exigência do supracitado art. 37, XXI, da CF/88, o legislador criou a Lei nº 8.666/1993, que institui normas para licitações e contratos da Administração Pública, estando o procedimento de habilitação regulamentado precisamente pelos arts. 27 a 33 deste diploma legal.

Pois bem, ao analisar art. 31, I, da Lei nº 8.666/93, referente à comprovação da qualificação econômico-financeira do candidato, constatamos a seguinte exigência:

Art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a:

I - 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 de apresentação da proposta;

Certo de que devemos nos lembrar, que no caso em tela o procedimento licitatório foi realizado sob a modalidade pregão presencial, que é regulamentada por dois mecanismos legais, sendo eles o Decreto nº 3.555/2000, que regulamenta o pregão na forma presencial, e a Lei 10.520/02, que se manifesta como a lei do Pregão.

Deve restar claro, que tanto o decreto quanto a lei que trata do pregão, prevêem em seu bojo a exigência dos documentos fiscais, habilitação jurídica, qualificação técnica e financeira, do mesmo modo como é previsto nos art. 27 a 31 da Lei 8.666/93.

b) Da inabilitação equivocada cometida pelo pregoeiro.

Voltando ao caso em questão, o item 7.1.4.1 do edital em referência assim explanou a seguinte exigência, senão vejamos:

7.1.4.1. Balanço patrimonial e Demonstrações Contábeis do último exercício social, já exigíveis e

apresentados na forma da Lei, que comprovem a boa situação financeira, vedada a substituição por balancetes provisórios, conforme segue:

O item acima transcrito é base legal contida na lei 8.666/93, que subsidiariamente, estende tal exigência às leis do pregão.

Contudo, vale destacar que o edital ainda traz outra ressalva, **extremamente importante**, para o ponto chave deste recurso, especificamente no item 7.1.4.1.3.1, senão vejamos:

7.1.4.1.3.1 – A empresa licitante que ainda não encerrou o seu primeiro exercício social, por ter sido constituída a menos de um ano, deverá apresentar, em substituição ao balanço patrimonial, o balanço de abertura devidamente registrado na forma da lei.

Pois bem, o Pregoeiro da Sessão ao confeccionar o edital de licitação confundiu-se com os preceitos jurisprudenciais existentes em nosso país, que flexibilizam a cobrança do item acima inserido por ele.

A flexibilização do item é resultado da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que em sua decisão, ao julgar o recurso especial nº 1.381.152/RJ, assim se manifestou, senão vejamos:

*"Tratando-se de sociedade constituída há menos de um ano e não havendo qualquer exigência legal a respeito do tempo mínimo de constituição da pessoa jurídica para participar da concorrência pública, não se concebe condicionar a comprovação da idoneidade financeira à apresentação dos demonstrativos contábeis do último exercício financeiro, **sendo possível demonstrá-la por outros documentos, A EXEMPLO da exibição do balanço de abertura**" (grifo e destaque nosso).*

Em outras palavras, ao analisar o caso, o relator Ministro Mauro Campbell Marques, reforçou o entendimento da corte, que a comprovação de qualificação financeira da empresa poderá ser comprovada por outros documentos, nos quais ele colocou como exemplo o balanço de abertura.

Ilustríssimo pregoeiro, em momento algum a jurisprudência do STJ obriga, ou coloca como única opção o "balanço de abertura", mas apenas exemplifica que o mesmo também pode ser usado, citando-o apenas como exemplo.

Fato este tão notório, que antes de mencionar o balanço de abertura, o douto relator utiliza a frase "**sendo possível demonstrá-la por outros documentos**", ou seja, coloca à disposição **das empresas com menos de 01 (um) ano de exercício**, a possibilidade de comprovar sua realidade financeira, para poder contratar com o Poder Público, em futuro contrato administrativo.

Na jurisprudência acima, ao julgar o Recurso Especial, o STJ considerou que o simples fato de a empresa fornecer no certame declaração do contador responsável pelas finanças da empresa, devidamente habilitado, a qual afirmava que a licitante ainda não havia completado um ano de

existência, não tendo, por motivo, os documentos exigidos pelo instrumento convocatório. Tal documento, segundo entendimento da Corte, restou mais do que suficiente para comprovar que a empresa possui lançamentos financeiros suficientes para atestar a sua capacidade financeira.

Nesta senda, resta comprovada que o Pregoeiro responsável pelo Pregão Presencial nº 018/2020, da Prefeitura Municipal de Açailândia, assim como outros Pregoeiros e Comissões de Licitação espalhados pelo Nordeste, interpretaram de forma errônea a jurisprudência do STJ.

No mais, os documentos apresentados na sessão pela recorrente são mais do que necessários para a comprovação de sua capacidade financeira, tendo em vista que foi apresentada: ***Demonstração de resultados, contendo a receita bruta operacional da empresa, faturamento, despesas administrativas e operacionais, além do resultado líquido do período em exercício, que no caso concreto corresponde às datas de 15/10/2019 a 31/12/2019.***

Junto a estas demonstrações, também foi anexado os respectivos termos de abertura e encerramento, além da respectiva demonstração de situação financeira, aplicando os valores do LG, IET e ILC, tendo em vista que a base financeira durante o período acima exposto, corresponde à atualização do patrimônio e receitas da empresa naquele período, uma vez que o dispositivo usado é a escrituração digital SPED.

O SPED – Sistema Público de Escrituração Digital, foi criado para dar mais celeridade na formalização dos balanços patrimoniais ou atualização da situação financeira da empresa, **que tanto pode ser o registro de um balanço de abertura, como uma simples demonstração financeira em período determinado.**

Em outros termos, a licitação realizada pela Prefeitura Municipal de Açailândia-MA, ignorou a jurisprudência do STJ e também a recomendação do Tribunal de Contas da União, em situações de verificação da capacidade financeira das empresas, senão vejamos:

Faça constar nos editais de licitação a obrigatoriedade de que sejam apresentadas as Notas Explicativas às Demonstrações Financeiras, no caso em que essas tenham sido emitidas, de modo a permitir o conhecimento de informações relevantes capazes de alterar as situações econômica, financeira ou patrimonial das empresas participantes dos procedimentos licitatórios. Acórdão 1544/2008 Primeira Câmara

A empresa recorrente apresentou as demonstrações financeiras, e não menos importante, como nota explicativa os cálculos de ILG, IET e ILC, que por si só, já demonstram a saúde financeira da empresa.

Portanto, nos termos legais permitidos pela jurisprudência pátria, o Pregoeiro **inabilitou de forma equivocada**, uma empresa que demonstrou a capacidade financeira perfeitamente exigida pela Constituição Federal e também pela Lei de Licitações, sem contar **que não houve a perfeita aplicação da jurisprudência real** proferida pelo STJ e TCU.

c) **Da atipicidade e má condução do certame.**

O procedimento licitatório na modalidade Pregão Presencial possui um regramento simples, contudo, muito objetivo. Suas fases e peculiaridades estão previstas no Decreto 3.555/2000 e também na Lei 10.520/2002.

Pois bem, na sessão realizada no dia 21 de maio de 2020, referente aos trabalhos do Pregão Presencial nº 018/2020, o Pregoeiro **inabilitou a parte recorrente na fase de habilitação**, abrindo os envelopes das empresas subsequentes, contudo, **não as declarou vencedoras do certame**, já abrindo prazo de 03 (três) dias para manifestações recursais, fugindo totalmente dos preceitos legais exigidos na normal legal de licitação, referentes à modalidade acima especificada.

Mais uma vez, o Pregoeiro demonstrou desconhecer a legislação de licitações, e isto fica claro de se observar, simplesmente ao ler o inciso XVII do art. 11 do Decreto nº 3.555/2000, senão vejamos:

Art. 11. A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:

XIV - constatado o atendimento das exigências fixadas no edital, o licitante será declarado vencedor, sendo-lhe adjudicado o objeto do certame;

XVII - a manifestação da intenção de interpor **recurso será feita no final da sessão**, com registro em ata da síntese das suas razões, podendo os interessados juntar memoriais no prazo de três dias úteis;

O Decreto estipula uma sequência lógica, **primeiro se declara o vencedor do certame, para depois, e, somente depois, se abrir o prazo recursal para as empresas insatisfeitas com o resultado.**

Tal realidade, também se manifesta na Lei 10.520/2002, senão vejamos:

Art. 4º (...)

XVIII - **declarado o vencedor**, qualquer licitante poderá **manifestar imediata e motivadamente a intenção de recorrer**, quando lhe será concedido o prazo de 3 (três) dias para apresentação das razões do recurso, ficando os demais licitantes desde logo intimados para apresentar contrarrazões em igual número de dias, que começarão a correr do término do prazo do recorrente, sendo-lhes assegurada vista imediata dos autos;

Ora senhor Pregoeiro, não resta dúvidas de que V. Sa. ignorou procedimento formal obrigatório da lei que rege a modalidade escolhida por sua pessoa. Fato este tão importante, que nos obriga a deixar uma pergunta no ar: **Por que parar o procedimento licitatório, quando, como manda a lei, pode-se prosseguir e ao final abrir a oportunidade aos que quiserem contrapor-se às suas decisões.**

Assim como na análise da capacidade financeira, o pregoeiro aqui também precipitou-se ao não respeitar os procedimentos legais previstos na lei, comprometendo também a contagem de prazo desta empresa que ora recorre.

Tendo em vista que o pregoeiro não declarou as empresas vencedoras na sessão, sendo esta condição necessária, prevista em lei, para interposição de recurso administrativo, mesmo assim a recorrente o interpôs com base no princípio da **instrumentalidade das formas**.

Tal princípio está contido nos artigos 188 e 277. do **Novo Código de Processo Civil de 2015**, senão vejamos:

Art. 188. Os atos e os termos processuais independem de forma determinada, salvo quando a lei expressamente a exigir, considerando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preenchem a finalidade essencial.

Art. 277. Quando a lei prescrever determinada forma, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade.

Como visto acima, considerando que o âmbito administrativo também absorve de forma subsidiária os mecanismos legais de processo civil, este recurso que ora fora dirigido à pessoa do pregoeiro responsável pelo Pregão Presencial nº 018/2020, encontra-se convalidado, mesmo que não tenha sido avocado através da forma legal prescrita em lei, uma vez que a culpabilidade adveio do responsável pela sessão.

Ainda em tempo, não podemos nos esquecer que, desconsiderar o fato de que a empresa **EDSON P. COSTA JÚNIOR EIRELI-ME**, com base na jurisprudência do STJ, **cumpriu a exigência da capacidade financeira**, é o mesmo que violar de forma indireta princípios como o da probidade administrativa e também do julgamento objetivo.

De acordo com o art. 3º da Lei 8.666/93, são princípios expressos da licitação:

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. (grifo nosso)

Dentre eles, destaca-se estes dois, uma vez que a Administração Pública deve conduzir a licitação de maneira satisfatória e sempre alinhada com a ética, e julgamentos técnicos sempre pautados no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente tomando por base as decisões das Cortes Superiores.

d) Da preservação da legalidade nos procedimentos licitatórios.

Importante frisar, que os procedimentos licitatórios devem sempre pautar-se nas estruturas normativas do direito, com o objetivo de não se afastar da sua função típica, qual seja, a escolha de uma proposta que seja mais vantajosa e que ao mesmo tempo, tenha capacidade habilitatória eficaz e satisfatória.

Para isto, a Administração Pública, seja ela estadual, municipal ou a própria União, não podem desconsiderar preceitos legais válidos e vigentes, sob pena de incorrer em ilegalidade e possível vício de todo o procedimento realizado.

Não obstante, para afastar os indícios de ilegalidade ou possíveis manifestações contrárias à ordem jurídica, a Lei 8.666/93, trás em seu bojo, os seguintes mecanismos de controle, senão vejamos:

Art. 113 (...)

§ 1º Qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica poderá representar ao Tribunal de Contas ou aos órgãos integrantes do sistema de controle interno contra irregularidades na aplicação desta Lei, para os fins do disposto neste artigo.

Ou seja, a lei de licitações explana que os mecanismos de controle ali inseridos, são essenciais para a manutenção do princípio da legalidade, pois sem o cumprimento deste princípio, o procedimento licitatório torna-se viciado.

Portanto, para efetivação de controle, sempre se faz necessária a atuação do Tribunal de Contas de cada Estado da Federação, como também, a presença do Ministério Público, que tem como papel principal a defesa da Ordem Jurídica.

Assim é obrigação da administração pública não somente buscar a proposta mais vantajosa, mas também demonstrar que concedeu a todos os concorrentes aptos a mesma oportunidade e que tomou por base todos os dispositivos legais existentes em nosso país, sob pena de incorrer em ilegalidade administrativa.

No mais, em virtude dos dispositivos elencados acima, e com base na legislação vigente, passo agora a minha súplica.

4) DO PEDIDO.

Diante do exposto requer do ilustríssimo Pregoeiro:

- a) Que seja **CONHECIDO** e **PROVIDO** o referido recurso, cercado pelos efeitos do Princípio da Instrumentalidade das Formas, previsto no Novo Código de Processo Civil;
- b) Que reforme a sua decisão com relação à inabilitação da empresa que ora recorre, por entender que a mesma cumpriu as exigências do edital, por força da jurisprudência proferida pelo STJ; passando a declarar empresa **EDSON P. COSTA JÚNIOR EIRELI-ME, HABILITADA** e conseqüentemente **VENCEDORA** do certame;

- c) Que em caso de o Pregoeiro não reconsiderar sua decisão, **REMETA OS AUTOS À AUTORIDADE SUPERIOR**, afim de que se possa conforme o art. 109, § 4º da Lei 8.666/93, fazer a devida análise do recurso interposto;
- d) Que uma vez ultrapassada a instância superior, e mantendo a sua decisão, que **REMETA CÓPIA DOS AUTOS AO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO MARANHÃO** e também ao Ministério Público Estadual, na Comarca de Açailândia, para que se possa analisar o viés legal do Procedimento.

Nestes termos,

Pede e espera deferimento

Teresina(PI), 26 de maio de 2020.


Edson Pinheiro Costa Junior
CPF 417.338.273-15
Representante Legal