



A Secretaria de Infraestrutura



Senhor Secretário,

Encaminhamos cópia do recurso impetrado pela empresa **CONSTRUTORA NOVA HIDROLANDIA EIRELI-ME**, participante julgada inabilitada na **Tomada de Preços nº 06.27.02/2019**, com base no Art. 109, parágrafo 4º, da Lei de Licitações Vigente. Acompanha o presente recurso às laudas do processo nº 06.27.02/2019 juntamente com as devidas informações e pareceres desta comissão sobre o caso.

Tianguá - Ce, 27 de agosto de 2019


Nilcirlene Melo de Oliveira
Presidente da Comissão de Licitação



A Secretaria de Infraestrutura

Informações em Recurso Administrativo

Tomada de Preços nº 06.27.02/2019

Assunto: Recurso Administrativo

Impetrante: **CONSTRUTORA NOVA HIDROLANDIA EIRELI-ME**



A Comissão de Licitação informa a Secretaria referida acerca do recurso administrativo impetrado pela empresa, que fora considerada **inabilitada "CONSTRUTORA NOVA HIDROLANDIA EIRELI-ME inscrita no CNPJ sob o nº 22.675.190/0001-80, por apresentar o Item 2.2.5 em desconformidade, (Por apresentar declaração de que cumpre os requisitos legais e que estaria apta a usufruir dos benefícios estabelecidos nos arts. 42 a 49 da Lei Complementar 123/2006. Contudo, a receita bruta constante em seu balanço contábil mostra-se superiores ao limite estipulado no art. 3º, inciso II, da mesma lei);"**

Sobre o tema alega a recorrente em suas laudas recursais que o motivo da inabilitação não ficou claro, que não cabe ao órgão promotor da licitação fiscalizar o enquadramento dessas empresa como ME ou EPP, que o sistema adotado é que cada empresa se auto declare ME ou EPP, tanto para o fisco em suas demonstrações contábeis como para os órgãos públicos com declarações, que o fato de ter-se declarada daquela forma é falha formal, não prejudicando sua participação no certame, que tanto a apresentação da declaração contestada como não, não ensejaria a inabilitação da recorrente, e que a presidente procurou o meio mais arduo para exclusão da impetrante, informando por fim que tal decisão não prosperará perante o judiciário.

Isto posto, com os argumentos vindouros comprovar-se-á que a habilitação da empresa da forma requerida nas laudas recursais seria equivocada e ofensiva aos princípios da igualdade, julgamento objetivo, vinculação ao instrumento convocatório e da legalidade, conforme fatos e argumentos que se seguem.

Preliminarmente aduzimos que o julgamento da licitação em todos os seus atos será procedido a luz da legislação infraconstitucional como, aliás, aponta a própria Constituição Federal, ou seja, a Lei Federal nº 8.666/93 e suas posteriores alterações, na busca conforme tais mandamentos legais por um julgamento **imparcial**, em consonância com os princípios legais já enfocados.

Sobre as declarações da recorrente é imperioso citar que suas declarações ensejam também responsabilização civil e penal, que não há motivo torpe ou vil em se tratando da decisão de inabilitar a recorrente, pois, outros licitantes também foram inabilitados pela mesma razão, comprovando tratamento igualitário, as acusações da recorrente carecem de comprovação.

Ocorre que a mera alegação, sem a colação aos autos administrativos de provas que comprovem o argumento apresentado, não são suficientes para atestar a veracidade desse argumento, até porque a regra básica é que o ônus da prova cabe a quem alegou. É o que dispõe o **art. 373, I, do CPC e o art. 36 da Lei de Processo Administrativo**, vejamos respectivamente:



Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

Art. 36. Cabe ao interessado à prova dos fatos que tenha alegado sem prejuízo do dever atribuído ao órgão competente para a instrução e do disposto no art. 37 desta Lei.

Os atos da Administração Pública gozam de presunção de veracidade, presunção essa que é apenas relativa. Nesse sentido, para ser desconstituída, depende de prova em contrário.

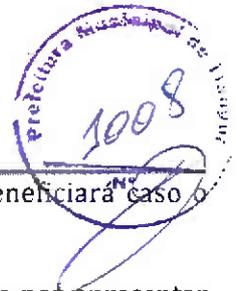
“Presunção de legitimidade é o atributo que torna legítimo todo ato administrativo até que se prove o contrário. As consequências da presunção de legitimidade traduzem-se na ‘imediata execução ou operatividade dos atos administrativos, mesmo que arguidos de vícios ou defeitos que os levem à invalidade’ (Hely Lopes Meirelles), mas somente enquanto não declarada a invalidade, e no fato de que o ônus da prova da ilegitimidade passa automaticamente para quem a alega” (BLANCHET, Luiz Alberto. Curso de direito administrativo. Curitiba: Juruá, 1998. p. 120).

Segundo a **Lei Federal nº 9.784/1999** imputa o ônus da prova ao interessado, conforme inclusive bem observa José dos Santos Carvalho Filho:

Vigora para o processo administrativo o mesmo princípio adotado no processo judicial no que toca ao ônus da prova: cabe ao interessado o ônus da prova em relação às alegações que tenha apresentado. O postulado já resulta do ensinamento dos romanos: *onus probandi incumbit ei dicti, non qui negat*. No estatuto processual civil, tendo em vista que o processo contém um conflito de interesses no qual a pretensão de uma parte encontra resistência por parte da outra, a regra é a de que o autor tem o ônus de provar o fato constitutivo de seu pedido, ao passo que o réu deve comprovar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. O sistema atual, portanto, baseia-se na distribuição da prova e no interesse direto da parte no que tange à comprovação fática, e daí se realça a importância das alegações no processo: se quem faz a alegação relata determinado fato, a ela deve caber prová-lo.

“Ônus da prova é a atribuição, pela lei, a cada uma das partes, de demonstrar a ocorrência de seu próprio interesse para as decisões a serem proferidas no processo. Visa a motivar os litigantes a participarem ativamente do contraditório processual e, assim, influenciarem diretamente na formação do convencimento judicial. É pela comprovação das alegações que as partes podem tirar o Magistrado do estado de dúvida, atribuindo-lhe argumentos para fundamentar a decisão.” (CAMBI, Eduardo. Código de processo civil comentado (livro eletrônico). Sob a coordenação de José Sebastião Fagundes Cunha (coordenador geral), Antônio César Bochenek e Eduardo Cambi. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 1102)

Assim, o argumento esposado pela recorrente não merece amparo, posto que não juntou aos autos qualquer meio de prova que corrobore com o alegado, o encargo da prova



de determinado fato deve ser imposto àquela parte que teoricamente se beneficiará caso o fato alegado prevaleça. Se é seu o virtual bônus, deve ser seu o ônus.

Noutro ponto, a empresa fora inabilitada, alijada do certame por apresentar declaração falsa de um enquadramento que não condiz com sua situação fiscal, financeira, aquela com informações prestadas pela própria recorrente, tanto aos fisco quanto aos órgãos públicos.

Especificamente sobre o tema, faz-se necessário esclarecer que a empresa figura como ME mas deveria ser enquadrada como EPP, pois faturou um valor maior que o exigido para o enquadramento como Microempresa, conforme o Art. 3º da Lei nº 123/2006 e alterações.

Art. 3º Para os efeitos desta Lei Complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte, a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que:

I - no caso da microempresa, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais); e

II - no caso de empresa de pequeno porte, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais). [Redação dada pela Lei Complementar nº 155, de 2016] Produção de efeito

Pelo que se observa a empresa deveria estar enquadrada como EPP – Empresa de Pequeno Porte dado o faturamento comprovado pelos dados verificados junto ao Portal da Transparência do Tribunal de Contas do Estado do Ceará e balanço patrimonial.

Nesses casos o TCU – Tribunal de Contas da União é enfático:

“A mera participação de licitante ME ou EPP, amparada por DECLARAÇÃO FALSA, configura fraude a licitação e acarreta a sanção de inidoneidade.”
ACÓRDÃO 1677/2018 – TCU PLENÁRIO.

Na mesma tônica vejamos o Acórdão a seguir:

9.4. declarar a inidoneidade da empresa Inova Serviços de Mão de Obra Eireli. (CNPJ 06.979.037/0001-90) para participar de licitação e contratar com a Administração Pública Federal, pelo período de um ano, com fundamento no art. 46 da Lei 8.443/1992, caracterizada pela participação, nos meses de outubro, novembro e dezembro de 2018, no Pregão Eletrônico 2/2018 da Superintendência Estadual 16-SR/MS – Incra, na condição de empresa de pequeno porte, valendo-se da opção pelo tratamento jurídico diferenciado disposto na Lei Complementar 123/2006, sem cumprir os requisitos legais para tanto, uma vez que a



receita bruta total obtida pela licitante no mês de setembro de 2018 ultrapassou o limite legal de 20% (R\$ 5.760.000,00) , fato que extinguiu a prerrogativa já no mês seguinte à ocorrência do excesso, conforme o disposto no art. 3º, § 9º, da referida lei; ACÓRDÃO 1378/2019 - PLENÁRIO. Relator: AUGUSTO NARDES

O edital regedor inclusive tem dispositivo que trata do tema, quando aponta que os casos omissos serão resolvidos nos termos da legislação pertinente.

3.5.1.4 - Será inabilitado o licitante que não atender às exigências deste edital referentes à fase de habilitação, bem como apresentar os documentos defeituosos em seu conteúdo e forma, e ainda, a ME ou EPP que não apresentar a regularização da documentação de Regularidade Fiscal e trabalhista no prazo definido no item "3.10.1.2" acima.

19.5- Os casos omissos nesta TOMADA DE PREÇOS serão resolvidos pela Comissão Permanente de Licitação, nos termos da legislação pertinente.

Isto posto, em sede de descumprimento de exigência comprovadamente legal, decidiu o STJ:

"...desmerece habilitação em licitação pública a concorrente que não satisfaz as exigências estabelecidas na legislação de regência e dadas no edital."

Fonte: STJ. 1ª turma, RESP nº 179324/SC. Registro nº 199800464735.DJ 24 Jun.. 2002. p. 00188. Revista Fórum Administrativo - Direito Público vol. 17. ano 2. jul. 2002.

É claro e inequívoco o que se prega aqui, a lei não comporta palavras inúteis, porém não é mister que se interprete a legislação da forma que dela se quer tirar proveito, há que se coadunar com a realidade e a lógica de sentido que está implícita nesta, ou seja, se a lei não exige, quem a aplica não pode alargar seu raio de ação, pois estaria legislando, e essa não é ratio legis.

Isto posto, na há que se falar em entendimento diverso, é a máxima: **"Não é dado ao intérprete alargar o espectro do texto legal, sob pena de criar hipótese não prevista"** (Ivan Rigolin).

O professor Toshio Mukai, pontua **"Onde a lei não distinguiu, não cabe ao intérprete fazê-lo"**.

Assim, não poderá o comissão de licitação considerar habilitada a empresa **CONSTRUTORA NOVA HIDROLANDIA EIRELI-ME**, pelas razões já apontadas nesta peça, posto que, se assim proceder, descumprirá o princípio da legalidade

O princípio da legalidade constitui-se basilar na atividade administrativa e segundo o qual a Administração está restritamente regulada pelo instituído em lei, ou seja, o administrador ou gestor público está jungido à letra da lei para poder atuar. Seu *facere* ou *non facere* decorre da vontade expressa do Estado (com quem os agentes públicos se confundem, segundo a *teoria da apresentação* de **Pontes de Miranda**), manifestada por lei. Nesse exato sentido é a lição de **Celso Ribeiro Bastos**:



"... É que, com relação à Administração, não há princípio de liberdade nenhum a ser obedecido. É ela criada pela Constituição e pelas leis como mero instrumento de atuação e aplicação do ordenamento jurídico. Assim sendo, cumprirá melhor o seu papel quanto mais atrelada estiver à própria lei, cuja vontade deve sempre prevalecer. (CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO, Saraiva, 2ª ed., São Paulo, 1996, p. 25.)

O Mestre MIGUEL SEABRA FAGUNDES, em sua obra "O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário", Saraiva, São Paulo, 1984, pág. 3, assevera: **Administrar é aplicar a Lei de Ofício.**

Os princípios constitucionais dirigem-se ao Executivo, Legislativo e Judiciário, condicionando-os e pautando a interpretação e aplicação de todas as normas jurídicas vigentes. No Estado de Direito o que se quer é o governo das leis e não dos homens.

Não é por outro motivo que Celso Antônio Bandeira de Mello dá ênfase ao descumprimento desses princípios, assinalando que:

"violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia.

Desta forma, entendemos pela permanência da inabilitação da empresa **CONSTRUTORA NOVA HIDROLANDIA EIRELI-ME** pelas razões acima expostas, mantendo-se o julgamento dantes proferido como forma de preservar-se a legislação competente, mormente os princípios norteadores da atividade administrativa, tais quais o da legalidade, igualdade, impessoalidade, moralidade, vinculação ao instrumento convocatório e julgamento objetivo.

Tianguá – Ce, 27 de agosto de 2019

Nilcirlene Melo de Oliveira
Nilcirlene Melo de Oliveira
Comissão de Licitação