



GRUPO
SANETEC

Infraestrutura Terraplenagem Urbanização

GRUPO SANETEC EIRELI - EPP

CNPJ.: 07.591.427/0001-50

Tel.: (96) 3223 7889

sanetec1@hotmail.com

AO ILUSTRÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DA COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO DO MUNICÍPIO DE VITÓRIA DO JARI, AMAPÁ.CPLCSO/PMVJ.

Assim, a exigência de motivação da intenção de recurso pressupõe a indicação do ponto que deve ser revisto, segundo a concepção de quem recorre. Requer que se aponte de maneira específica quais preceitos legais ou quais regras do edital teriam sido efetivamente infringidos (nesse sentido o entendimento da Egrégia Sexta Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, no julgamento de Apelação interposta nos autos do processo 0007304-66.2009.4.02.5101).

GRUPO SANETEC EIRELI-EPP, pessoa jurídica de direito privado, devidamente inscrita no CNPJ sob o número 07.591.427/0001-50, credenciada no processo licitatório em tela, neste ato representada por seu procurador, devidamente credenciado Senhor, PAULO JORGE MONTEIRO LOBO, brasileiro, divorciado, Bacharel em Direito, e Arquiteto e Urbanista, portador da carteira de identidade nº 082074-SSP-AP, CPF 099.105.652-34, com registro no Conselho de Arquitetura e Urbanismo sob o número 139143-7 CAU/BR, residente e domiciliado à Avenida das Peras 188, Loteamento Morada das Palmeiras, bairro Infraero, Cidade de Macapá, Estado do Amapá, CEP 68.908.793, vem com fulcro no o art. 109, § 3º da Lei 8.666/93 vem tempestivamente a presença de Vossa Senhoria interpor



RECURSO ADMINISTRATIVO POR INABILITAÇÃO DA RECORRENTE NALICITAÇÃO – TOMADA DE PREÇO Nº 02/2020-CPLCSO/PMVJ. Contra a decisão dessa digna Comissão de Licitação que inabilitou a recorrente, demonstrando os motivos de seu inconformismo pelas razões a seguir articuladas:

DA TEMPESTIVIDADE.

A publicação do ato administrativo que versa sobre a inabilitação da recorrente ocorreu em 19.06.2020, a quando da divulgação do resultado da fase de habilitação, conforme consta da Ata da seção assinada pelos licitantes presentes. Hoje decorrem um dia da notificação, portanto é tempestivo o recurso ora proposto.

DOS FATOS SUBJACENTES.

Em atendimento ao Processo Licitatório em epígrafe, a recorrente veio participar com a mais estrita observância dos ditames editalícios. No entanto, foi surpreendida com a decisão da Douta Comissão em inabilita-la sem que a recorrente tenha infringido os preceitos do instrumento convocatório conforme veremos a seguir.

Aduz a Douta comissão de Licitação ter à recorrente incorrido em erro formal abaixo apontado, corroborando com o pedido da licitante CFX empreendimentos ltda, que inconformada com o pedido de inabilitação feito pela recorrente por descumprir o item 6.4.1, deixando de apresentar o BALANÇO PATRIMONIAL POR COMPLETO, (ausência do Livro Diário; Termo de Abertura e Termo de Encerramento). O Livro Diário bem como o Termo de Abertura e Termo de Encerramento são peças indissociáveis do Balanço Patrimonial, conforme inteligência dos arts. 1.180 e 1.184 do Código Civil Brasileiro, bem como da Instrução 102/2006 do DNRC e seguintes.

Na tentativa vingar-se pela indicação do vício insanável apontado nos seus documentos de habilitação supra mencionados, e induziu à Douta Comissão à inabilitação da recorrente, fato totalmente desprovido de amparo legal, inclusive sobejamente defendido por um membro da comissão de licitação, e servidor público da Administração, que expôs de forma didática e dentro da ótica do conhecimento acerca do assunto, dando parecer favorável a habilitação da recorrente, infelizmente, foi vencido pela pressão do representante da licitante CFX – Empreendimentos Ltda, que induziu ao erro os demais membros da mesa (CPLCSO) à inabilitar a recorrida.

DAS ALEGAÇÕES:

01 – INFRIGÊNCIA AO ITEM 6.2.6 DO EDITAL.

O Instrumento convocatório estabelece em seu 6.2.6 que a Licitante deverá provar estar inscrita no cadastro de contribuintes estadual ou municipal, se houver, relativo ao domicilio ou sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual.



Pois bem, A licitante demonstrou sobejamente que o cadastro municipal não é uma peça padronizada assim como é o CNPJ, Informou ainda que o Cadastro Municipal é um documento que pode ser provado através de uma Certidão Negativa, de um Alvará ou outro documento emitido pelo fisco municipal que demonstre o código de cadastro etc. Provou ainda que a inscrição Municipal está estampada no canto superior esquerdo da CERTIDÃO NEGATIVA DE TRIBUTOS MUNICIPAIS, bem como no Alvará de Localização (Documentos apensados aos autos do processo Licitatório).

Portanto, como o Edital não especifica qual o tipo de documento específico para a comprovação da inscrição municipal, a recorrente apresentou a CERTIDÃO NEGATIVA DE TRIBUTOS MUNICIPAIS emitida em 25.05.2020, e com validade até 24.06.2020, como prova de sua inscrição no fisco municipal onde se vislumbra no canto superior esquerdo o CÓDIGO DE CADASTRO- 143190888.

Na mesma esteira, se posiciona a doutrina dominante como veremos a seguir, atribuindo à Administração competência para diligência objetivando a correção de vício formal. Assim corrobora o item 6.5.1 do Edital 002/2020-CPLCSO/PMVJ.

Ademais a Regularidade fiscal exigida na Lei 8666/93, não estabelece nada nesse sentido, Vejamos a Redação do

Art. 29. A documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista, conforme o caso, consistirá em: (Redação dada pela Lei nº 12.440, de 2011) (Vigência)

I - prova de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Geral de Contribuintes (CGC); (Grifo nosso).

*II - prova de inscrição no cadastro de **contribuintes estadual ou municipal**, se houver, relativo ao domicílio ou sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual; (Grifo nosso).*

Douto julgador, observe que os legisladores a quando da elaboração da LEI 8666/93, deixaram de especificar que tipo de documento deverá ser utilizado para a comprovação da inscrição estadual, bem como da inscrição municipal.

Tal preocupação tiveram com o inciso “I” do referido art. Mas deixaram de especificar no inciso “II”. Portanto, fica subentendido, que qualquer documento que comprove a inscrição estadual, bem como a inscrição municipal serão válidos e deverão ser aceitos para fins de prova conforme estampado no inciso II do art. 29 da Lei de Licitações.

Além do que, o instrumento convocatório EDITAL DE TOMADA DE PREÇOS 002/2020-CPLCSO/PMVJ, não estabelece que tipo de documento deva ser apresentado para provar tal inscrição, reproduzindo *ipsis litteris* o texto do art. 29 – inciso II.

Portanto, A prova de inscrição no cadastro de contribuintes nada mais é do que uma certidão emitida pela Prefeitura ou Estado declarando que a empresa é contribuinte e está regular com suas obrigações.



Sendo assim, • não • existe sentido a inabilitação da recorrente por este fato, uma vez que a mesma apresentou para tanto a CERTIDÃO MUNICIPAL onde está estabelecido o NÚMERO 143.190.888 (CÓDIGO DE CADASTRO).

01 – INFRIGÊNCIA AO ITEM 6.2.7 DO EDITAL

A licitante CFX – Empreendimentos Ltda, atribuiu à recorrente a ausência de apresentação do Alvará de Licença e Funcionamento referente ao exercício de 2020, bem como ausência de documento comprobatório de Inscrição Municipal, infringindo assim o Edital em seu item 6.2.7.

A recorrente apresentou o Alvará de Funcionamento referente o exercício 2019, bem como o comprovante de pagamento da Taxa de Licença para Fiscalização Localização e Funcionamento-TFLF exercício 2020, justificando, que devido que devido a tramitação interna na Prefeitura de Macapá, o Alvará referente ao exercício de 2020 ainda não havia sido liberado, juntou ainda o Decreto Municipal de Macapá, abaixo transcrito, que estende até 31.07.2020 a emissão do aludido documento.

In Verbis:

Decreto Municipal 1.973/2020-PMM, que dispõe sobre a prorrogação dos prazo do Decreto n° 009/2020-PMM que dispõe sobre a Instituição do calendário tributário no âmbito do município de Macapá para o exercício de 2020, nos termos dos artigos 40,65,99,133,134,204II,217,285,287,289 da Lei Complementar 110/2014 – Código Tributário Municipal de Macapá, e outras providencias, nos termos que especifica.

O PREFEITO DO MUNICÍPIO DE MACAPÁ, no uso de suas atribuições legais que lhe são conferidas pelo artigo 222, inciso I e III, da Lei Orgânica do Município de Macapá e do disposto nos artigos 40,65,99,133,134,204II,217,285,287,289 da Lei Complementar 110/2014 – Código Tributário Municipal de Macapá.

DECRETA.

ART 1° - FICA AUTORIZADA a prorrogação do prazo do Calendário Tributário no âmbito do Município de Macapá para o exercício de 2020 conforme as alíneas “a” e “b” do Inciso VI e as alíneas “a”, “b” e “c”, do inciso VII, todos do art. 1° e anexos II e III do Decreto n° 009/2020-PMM que estabelece prazos para o recolhimento da Taxa de Licença para Fiscalização Localização e Funcionamento-TFLF exercício 2020, e o Imposto Predial e Territorial Urbano-IPTU exercício 2020, conforme abaixo: (Grifo nosso)

VI - Taxa de Licença para Fiscalização Localização e Funcionamento-TFLF: (ANEXO II).

- a) – Para pagamento feito em cota única, com desconto de 10% (dez por cento) o vencimento será no dia 31/05/2020.
- b) – O contribuinte que apresentar os comprovantes de pagamento dos últimos 5 anos ganhará desconto extra de 2% (dois por cento) por ano



- comprovados sua quitação, mediante requerimento junto a central de atendimento ao Contribuinte; passando a integrar mais 10% (dez por cento) para pagamento em quota única do Alvará/2020.

ÚLTIMO DIA PARA PAGAMENTO DO MÊS

Parcelas	Mês/Dia MAIO	Mês/Dia JUNHO	Mês/Dia JULHO
Cota Única	31		
1ª Parcela	31		
2ª Parcela		30	
3ª Parcela			31

...() Discorre sobre IPTU.....

Art. 2 – Fica acrescentado o inciso IX ao Art.1º do Decreto nº 009/2020, que passa a ter a seguinte redação:

“Art. 1º

.....”

IX – Todo e qualquer processo Fiscal relacionado a JUNTA DE JULGAMENTO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL e do CONSELHO MUNICIPAL DE RECURSOS FISCAIS, ficam SUSPENSOS por 90 (noventa) dias”.(NR).

Art. 3º - Este decreto entra em vigor a partir da data de sua publicação, com efeitos a contar de 1º de maio de 2020.

Art. 4º - Ficam revogadas as disposições em contrário.

REGISTRE-SE, PUBLIQUE-SE E CUMPRA-SE

Palácio LAURINDO DOS SANTOS BANHA, em Macapá, AP.

28 de abril de 2020.

**CLÉCIO LUIS VILHENA VIEIRA
PREFEITO DO MUNICÍPIO DE MACAPÁ.**

Observa-se Douto julgador que o instrumento convocatório em seu item 6.2.7, solicita:

6.2.7 - prova de que a empresa está em plena atividade e compatível com o objeto contratual, que deverá ser comprovado através do Alvará de Funcionamento da Empresa.



No entanto • não • especifica que o Alvará tenha que ser necessariamente o de 2020.

É crível ressaltar que a partir de 17.03.2020, o município de Macapá em razão da pandemia do novo covid 19 que assola o mundo, editou diversos decretos, entre eles o de

elasticidade do CALENDÁRIO TRIBUTÁRIO, conforme Decreto acima transcrito. Portanto, ainda não há que se falar em documento vencido. Embora, como já explanado, a taxa do Alvará da Licitante referente ao exercício 2020 está pago, mas ainda está em tramitação na Prefeitura de Macapá.

Portando, tal exigência como habilitação jurídica não deve ser levada a cabo para inabilitar a recorrente, uma vez que esta provou que pagou e espera seu Alvará de Localização e Funcionamento (Comprovante no bojo de documentos da licitante, apenso aos autos do processo licitatório).

Toda a organização estatal está disciplinada através do ordenamento jurídico, é o Poder Legislativo responsável por criar regras e disciplinas, não sendo diferente para o procedimento licitatório. O exercício da função administrativa não pode ser pautado pela vontade da Administração ou dos agentes públicos, mas deve obrigatoriamente respeitar a vontade da lei. Aliás, constitui regra constitucional que *“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”*.

Não obstante a Lei de Licitações nº 8.666 de 1.993 determinou de forma **taxativa** quais seriam os documentos a serem exigidos para habilitação nas licitações públicas. *Ipsis litteris*:

Art. 27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, **exclusivamente**, documentação relativa a:

I – habilitação jurídica;

II – qualificação técnica;

III – qualificação econômico-financeira;

IV – regularidade fiscal e trabalhista;

V – cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal. (Destacamos)

Tratou ainda de minudenciar os documentos relativos à habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira, regularidade fiscal e trabalhista nos artigos 28 a 31 da lei citada. Veja que na literalidade da lei não há nenhuma menção quanto a exigência de alvará de funcionamento. Ora, se não existe nenhuma expressão taxativa, claramente definida, acerca da exigibilidade qual será o fundamento jurídico que sustente a exigência do alvará em alguns editais?

Após ampla pesquisa e vivência prática no universo licitatório vislumbramos dois fundamentos utilizados que “teoricamente” “amparam” ou “justificam” a exigência do documento em xeque.



Passamos a abordar- • los. Há • quem defenda que o art. 28, inc.V da Lei de Licitações autoriza a exigência ao redacionar:: “(...) **autorização para funcionamento expedido pelo órgão competente, quando a atividade assim exigir.**”

Máxima vênia, não podemos corroborar ao entendimento que fundamente sua justificativa em trechos legislativos, sem que busque encontrar a real intenção do legislador e a correta interpretação da norma.

Vejamos o que estabelece o art. 28 e seus incisos:

Art. 28. **A documentação relativa à habilitação jurídica, conforme o caso, consistirá em:**

I – cédula de identidade;

II – registro comercial, no caso de empresa individual;

III – ato constitutivo, estatuto ou contrato social em vigor, devidamente registrado, em se tratando de sociedades comerciais, e, no caso de sociedades por ações, acompanhado de documentos de eleição de seus administradores;

IV – inscrição do ato constitutivo, no caso de sociedades civis, acompanhada de prova de diretoria em exercício;

V – **decreto de autorização, em se tratando de empresa ou sociedade estrangeira em funcionamento no País, e ato de registro ou autorização para funcionamento expedido pelo órgão competente, quando a atividade assim o exigir.** (Destacamos)

Ao realizarmos a leitura do dispositivo na íntegra não resta dúvidas que o legislador buscou estabelecer regras diferentes para cada regime jurídico e que o “**ato de registro ou autorização para funcionamento expedido pelo órgão competente, quando a atividade assim o exigir**” diz respeito somente às sociedades estrangeiras em funcionamento no País.

Cada “tipo societário” demonstra sua existência através de um ato constitutivo diferente, observando características ímpares uma da outra, de modo que possa comprovar a titularidade de direitos e obrigações. Ou seja, o rol de exigências, inc. I ao V, não é cumulativo e deve ser analisado “**conforme o caso**” como bem pondera o art. 28 “*caput*”.

De forma objetiva, simplória e didática:

- A pessoa física que queira participar de licitação comprovará sua habilitação jurídica através da cédula de identidade (inc. I);
- Empresas individuais através do registro comercial (inc. II);
- As sociedades comerciais mediante estatuto ou contrato social (inc. III) e se tratando de sociedade de ações deverá ser acompanhada da eleição de seus administradores (inc. III);
- Sociedades civis mediante ato constitutivo acompanhado da prova de diretoria em exercício (inc. IV); e
- Sociedade estrangeira em funcionamento no Brasil através de decreto de autorização e ato de registro ou autorização para funcionamento, quando a atividade assim exigir (inc. V).



Isto posto, • inexistente • relação entre o inc. V do art. 28 com o alvará de funcionamento, trata-se tão somente da autorização de funcionamento de uma sociedade estrangeira, vez que, esta é a regra para que possa ser titular de direitos e obrigações, conforme determina o Cód. Civil em seu art. 1.134. *In verbis*:

Art. 1.134. **A sociedade estrangeira**, qualquer que seja o seu objeto, **não pode, sem autorização do Poder Executivo, funcionar no País**, ainda que por estabelecimentos subordinados, podendo, todavia, ressalvados os casos expressos em lei, ser acionista de sociedade anônima brasileira. (Destacamos)

Superada esta questão outro fundamento utilizado para “amparar” a exigência do alvará de funcionamento como exigência de habilitação é o art. 30, inc. IV o qual estabelece:

Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

(...)

IV – prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso.

É trivial que a norma possui eficácia limitada, ou seja, há necessidade de existência legal para sua devida aplicação e não existindo esta não produzirá efeitos.

Por oportuno questionamos, qual seria o nexó existente entre o alvará de funcionamento com a *habilitação técnica*?

O alvará de funcionamento tão somente autoriza localização e funcionamento, independentemente do segmento, não disciplina regras técnicas ou específicas acerca da comercialização ou produção de determinado bem. Assim, descaracterizando o aspecto técnico almejado pela norma em discussão. Com propriedade que lhe é peculiar Marçal Justen Filho pondera que:

“A expressão “qualificação técnica” tem grande amplitude e significado. Em termos sumários, consiste no domínio de conhecimento e habilidades teóricas e práticas para execução do objeto a ser contratado. Isso abrange inclusive, a situação de regularidade em face de organismos encarregados de regular determinada profissão.”ⁱⁱⁱ

Deste modo, determinados nichos de mercado estão sujeitos a disciplinas legais específicas sobre regras de comercialização ou produção, exemplo típico são empresas que comercializam armas de fogo, explosivos, alimentos, bebidas e entre outras. Essas atividades estão condicionadas ao atendimento de regras singulares pertinentes ao seu segmento, sejam através de leis ou através de regulamentos executivos. Portanto, não podemos admitir que o objetivo finalístico do art. 30, inc. IV seja contemplar o alvará de funcionamento.

Na prática a exigência do Alvará de Localização, muitas vezes, é inserida com intuito de direcionar o edital ou limitar os licitantes, o que é ilegal e a jurisprudência corrobora ao entendimento defendido. A saber:

LICITAÇÃO – ARGUIÇÃO DE PERDA DE
OBJETO AFASTADA – HABILITAÇÃO –
REGULARIDADE FISCAL – **ALVARÁ DE
FUNCIONAMENTO** – EXIGÊNCIA DE CÓPIA
AUTENTICADA OU DOCUMENTO ORIGINAL –



- DOCUMENTO NÃO ELENCCADO NA LEI Nº 8.666/93 – SEGURANÇA CONCEDIDA. Não prospera a arguição de perda de objeto em razão da publicação do resultado da concorrência, se ainda houver pendente de julgamentos recursos aviados pela licitante. A finalidade do procedimento licitatório é obter a melhor proposta para a Administração Pública, mediante o maior número de concorrentes possíveis. O edital ao **exigir a apresentação de documento não elencado nos artigos 27 e 29 da Lei nº 8.666/93 como comprovação de regularidade fiscal, fere os princípios da ampla concorrência e acessibilidade, além de afrontar o princípio da razoabilidade.**

(MS 84365/2009, DES. CARLOS ALBERTO ALVES DA ROCHA, SEGUNDA TURMA DE CÂMARAS CÍVEIS REUNIDAS DE DIREITO PRIVADO, Julgado em 17/11/2009, Publicado no DJE 11/12/2009) (Destacamos)

DENÚNCIA. PREFEITURA MUNICIPAL. PREGÃO PRESENCIAL. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE DE PASSAGEIROS E ALUNOS DA REDE PÚBLICA DE ENSINO RESIDENTES NO MUNICÍPIO. AUSÊNCIA DE AMPLA PESQUISA DE PREÇOS. **EXIGÊNCIA DE ALVARÁ DE FUNCIONAMENTO NA FASE DE HABILITAÇÃO.** EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE DISPONIBILIDADE DE EQUIPAMENTOS E PESSOAL TÉCNICO ESPECIALIZADO PARA HABILITAÇÃO. IRREGULARIDADES. APLICAÇÃO DE MULTA AO PREGOEIRO E SUBSCRITOR DO EDITAL

(...)**Vistos, relatados e discutidos estes autos, ACORDAM os Exmos. Srs. Conselheiros da Primeira Câmara, por unanimidade, em conformidade com a ata de julgamento, diante das razões expendidas no voto do Relator, em: I) julgar procedente a denúncia, considerando irregulares: a) a exigência de alvará de funcionamento na fase de habilitação; b) a exigência de comprovação de disponibilidade de equipamentos e pessoal técnico especializado para habilitação; e c) a ausência de ampla pesquisa de preços; II) deixar de aplicar multa pela ausência de ampla pesquisa de preços, nos termos da fundamentação; III) aplicar multa ao Senhor Diego José de Souza Moreira, pregoeiro e subscritor do edital, no valor de R\$1.000,00 (mil reais) pelas irregularidades discriminadas nos itens a e b, o que totaliza o montante de R\$2.000,00 (dois mil reais), a teor do disposto no inciso II do art. 85 da Lei Orgânica do Tribunal; IV) deixar de aplicar multa ao Senhor Marcelo Faria Pereira, prefeito municipal, por entender que as falhas apuradas nos presentes autos são de responsabilidade exclusiva do pregoeiro, mas recomendando-lhe que, nas**



- próximas licitações, não restrinja a cotação de preços aos fornecedores locais, bem como realize ampla pesquisa nos sites dos órgãos públicos; V) determinar a intimação das partes, após a deliberação; VI) determinar o arquivamento dos autos, após promovidas as medidas legais cabíveis à espécie.

(TCE-MG – DEN: 944779, Relator: CONS. CLÁUDIO TERRÃO, Data de Julgamento: 10/05/2016, Data de Publicação: 14/06/2016) (Destacamos)

(...)

Sendo assim, **exigir o alvará de funcionamento como condição de habilitação da licitante implica na imposição de cláusula ou condição que importe em frustração do caráter competitivo do certame**. Entende-se que, se a Lei nº 8666/93 veda a existência de qualquer cláusula ou condição que frustre o caráter competitivo, se o rol dos artigos 27 a 31 é taxativo, ou seja, não admite que a autoridade amplie suas exigências, e se a legislação específica que regulamenta a modalidade Pregão, Lei nº 10520/2002, sequer faz menção, em seu inciso XIII do artigo 4º, à exigência do alvará de funcionamento, à autoridade administrativa é vedado incluir no edital essa exigência.

(Processo nº 877079 – Primeira Câmara – Relator: Conselheiro José Alves Viana – Julgamento em: 12/11/13) (Destacamos)

Reforçando ao exposto o ilustre jurista Jessé Torres Pereira Junior leciona:

“(...) A redação adotada pelo novo estatuto estabelece relações *numerus clausus*, vedando que Administração demande apresentação de qualquer prova diversa daquelas inscritas nos termos da lei. Suprimiu, no pertinente àquelas qualificações, o espaço discricionário e criou vinculação estrita. Poderá a Administração deixar de exigir todos os documentos previstos na lei, sob pena de exceder-se no exercício do dever geral de licitar e sujeitar-se à invalidação da exigência indevida, mantidas apenas aquelas que se compatibilizarem com a provisão legal.”^{iv}

No mesmo contexto, trazemos à baila os ensinamentos de Marçal Justen Filho:

“o art. 27 efetivou a classificação dos requisitos de habilitação. As espécies constituem “numerus clausus”.^v(...)“o elenco dos arts. 28 a 31 deve ser reputado como máximo e não como mínimo, ou seja, não há imposição legislativa a que a Administração, em cada licitação, exija comprovação integral quanto a cada um dos itens contemplados nos referidos dispositivos. O edital não poderá exigir mais do que ali previsto, mas poderá demandar menos”.^{vi}

Sendo assim, exigir o alvará de funcionamento como condição de habilitação da licitante implica a imposição de cláusula ou condição que frustra o caráter competitivo do certame. A Lei



8.666/93 define a documentação que poderá ser exigida para comprovar habilitação jurídica, qualificação técnica, econômico-financeira e regularidade fiscal. Não prevê apresentação de licença ou alvará de funcionamento. O documento em xeque não se presta a comprovar qualificação técnica, econômico-financeira ou regularidade fiscal. Num esforço interpretativo, poder-se-ia cogitá-lo como documento relativo à habilitação jurídica, mas, conforme registrado, a lei não prevê tal hipótese.

Portanto Douto Julgador, data máxima vênia, mas estamos aqui diante de um exemplo clássico de formalismo exacerbado.

O Direito Processual moderno caminha na direção da simplicidade das formas, com vistas à primazia do julgamento do mérito e solução material da lide, fim último do processo. Nesse sentido, o novo Código de Processo Civil de 2015 trouxe normas, consubstanciadas em regras e em princípios, que se traduzem em ferramentas processuais voltadas à paulatina desvalorização e enfrentamento do formalismo excessivo.

Vejamos como a Doutrina dominante trata do Formalismo Excessivo:

O Direito Processual moderno caminha na direção oposta à do formalismo excessivo. Ora, formalidades desarrazoadas são verdadeiros obstáculos para a efetiva prestação jurisdicional, na medida em que inviabilizam a análise do direito material pleiteado, fim último do processo.

Como bem elucidado por Carlos Alberto Álvaro de Oliveira (2010, p. 22-23),

Tudo conflui, pois, à compreensão do processo civil a partir de uma nova fase metodológica – o *formalismo-valorativo*. Além de equacionar de maneira adequada as relações entre direito e processo, entre processo e Constituição e colocar o processo no centro da teoria do processo, o formalismo-valorativo mostra que o formalismo do processo é formado a partir de valores – *justiça, igualdade, participação, efetividade, segurança* – base axiológica a partir da qual ressaem *princípios, regras e postulados* para sua elaboração dogmática, organização, interpretação e aplicação. Nessa perspectiva, o processo é visto, para além da técnica, como fenômeno cultural, produto do homem e não da natureza. Nele os valores constitucionais, principalmente o da efetividade e da segurança, dão lugar a direitos fundamentais, com características de normas principais. A técnica passa a segundo plano, consistindo em mero meio para atingir o valor. O fim último do processo já não é mais apenas a realização do direito material, mas a concretização da justiça material, segundo as peculiaridades do caso.

É atento a esse fenômeno, portanto, que o novo Código de Processo Civil sobreleva a importância do aproveitamento dos atos processuais, proclamando o abandono ao formalismo desmedido. Conforme se verifica desde a exposição de motivos do Projeto do novo CPC, apresentada pela Comissão presidida pelo Ministro Luiz Fux,



significativas foram as alterações no que tange aos recursos para o STJ e para o STF. O novo Código contém regra expressa que leva ao aproveitamento do processo, de forma plena, devendo ser decididas todas as razões que podem levar ao provimento ou improvimento do recurso. [...] Vê-se, pois, que as alterações do sistema recursal a que se está aqui

aludindo proporcionaram simplificação e levaram a efeito um outro objetivo [...]: obter o maior rendimento possível de cada processo.

Destarte, o novo CPC prega a persecução da análise de mérito e o privilégio do direito material, afastando a formalidade excessiva para proporcionar maior busca da solução da lide e da tutela dos interesses das partes.

Precisas as palavras de Humberto Dalla Bernardina de Pinho (2010, p.87-88), ao concluir que

é possível afirmar que se trata de um verdadeiro Diploma da Contemporaneidade ou da Pós-Modernidade. O pós-moderno é, por natureza, complexo. Conceitos tem que ser vistos, revistos e amadurecidos. O Projeto dá esse passo inevitável e há muito esperado, cumprindo seu papel de retirar o processo civil da modernidade. Assim como já havia ocorrido com o direito civil, agora o direito adjetivo passa a contar com regras que se afinam e se adequam à estrutura constitucional idealizada em 1988, e forjada pelo Pretório Excelso nesses 22 anos. Há, principalmente, eixos temáticos bem definidos: Estado Constitucional; tutela de direitos e processo justo.

Analisar-se-á, a seguir, alguns dispositivos que corroboram o entendimento exposto.

1.1 A OPORTUNIZAÇÃO PARA CORREÇÃO DE VÍCIO SANÁVEL

O art. 317 do novo CPC estatui que “antes de proferir sentença sem resolução de mérito, o juiz deverá conceder à parte oportunidade para, se possível, corrigir o vício.”

Trata-se, segundo entendimento de Márcio Carvalho Faria (2012, p. 274), do princípio da colaboração ou cooperação, o qual é previsto de maneira expressa no NCPC, em sua parte geral, e que, dentre outras características oportunamente abordadas, consiste na observação, pelo magistrado, do chamado dever de advertência.

Significa dizer que cabe ao julgador da causa esclarecer às partes sobre o risco de o uso inadequado do processo ser capaz de comprometer-lhe o exame de mérito, devendo, ainda, oportunizar aos sujeitos da lide a correção de erros formais sanáveis.



1.2 A CORREÇÃO DE VÍCIO SANÁVEL EM MATÉRIA RECURSAL

No mesmo viés, o NCPC determina:

Art. 938. [...]

§ 1º Constatada a ocorrência de vício sanável, inclusive aquele que possa ser conhecido de ofício, o relator determinará a realização ou a renovação do ato processual, no próprio tribunal ou em primeiro grau, intimadas as partes; cumprida a diligência, sempre que possível prosseguirá no julgamento do recurso.

A novidade legislativa teve como escopo ampliar a possibilidade de correção de vício sanável – anteriormente possível apenas para os casos envolvendo o recurso de apelação, por força do art. 515, § 4º, do Código de Processo Civil revogado – para todas as espécies recursais. Dessa maneira, a parte não verá seu recurso inadmitido antes de lhe ser oportunizado que corrija o erro formal, sendo-lhe aberta nova oportunidade para que, posteriormente, tenha o mérito recursal conhecido.

Trata-se, mais uma vez, do princípio da colaboração processual, o qual informa ser o processo um produto da atividade cooperativa triangular, vale dizer, um conjunto de esforços direcionados entre magistrado e partes. Consubstancia, em última análise, a efetivação do princípio do contraditório.

1.3 A POSSIBILIDADE DE DESCONSIDERAÇÃO, PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, QUANDO DA ANÁLISE DOS RECURSOS EXTREMOS, DE VÍCIO FORMAL QUE NÃO SE REPUTE GRAVE.

O NCPC fixa que, havendo, em recurso tempestivo, defeito formal que não se repute grave, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal poderão desconsiderá-lo ou, ainda, mandar saná-lo, procedendo ao julgamento de mérito (art. 1.029, § 3º do mencionado diploma).

Passo largo na direção da busca pela justiça que se mostre capaz de gerir os interesses em conflito sob jurisdição, é certo que, como ensina Márcio Carvalho Faria (2012, p. 283),

mais uma vez, o novo CPC pensou na efetivação do direito, na solução do mérito da causa. No caso, a ideia é tentar aproveitar, ao máximo, instrumento processual que, se trespassado o óbice da admissibilidade, contribuiria para o próprio ordenamento, quer uniformizando determinada questão de direito ainda controvertida nos tribunais locais, quer permitindo intenso debate junto aos Ministros julgadores sobre determinado tema que, até aquele momento, não tinha ascendido à Corte Superior, quer orientando, através de seu caráter paradigmático, os demais casos pendentes sobre o mesmo *thema decidendum*.



Significa dizer que, nesse ponto, o novo CPC demonstra harmonia entre o interesse processual das partes, a competência constitucionalmente definida do STJ como guardião da

interpretação da lei federal e do STF como intérprete último da Constituição, e o anseio hermenêutico pela aplicação de princípios caros ao ordenamento e à relação jurídica posta.

Caberá ao entendimento jurisprudencial, agora, identificar quais os parâmetros a serem utilizados para definir os vícios formais que não serão reputados graves. Para tanto, será imprescindível a observância dos princípios norteadores do NCPC, já comentados, mormente o da colaboração, fundamental à adequada exegese normativa do novo diploma.

A toda evidência, o formalismo excessivo não se coaduna com a tendência moderna do Direito Processual, que vê na satisfação efetiva da lide o fim último do processo, sendo este, em verdade, mero instrumento de que as partes dispõem para fazer valer o acesso à justiça e ouvir a voz da jurisdição estatal. O novo CPC, pois, consentâneo a esse entendimento, trouxe importantes ferramentas que se alinham a técnicas processuais de colaboração das partes e do magistrado, bem como da primazia do julgamento de mérito para integral satisfação da lide.

O formalismo processual compreende o conjunto de formas e ritos, caracterizando um requisito objetivo intrínseco para a própria validade do processo, porém o formalismo não pode ser adotado de forma exagerada, não pode merecer importância maior que as finalidades do processo.

Conforme assevera Liebman (2005, p. 328), “as formas são necessárias, porém, o formalismo excessivo é uma deformação”.

Tecendo considerações críticas sobre o formalismo excessivo, advertiu Bedaque (2001, p. 50):

“O processualismo exagerado normalmente acaba por criar enormes dificuldades para o próprio escopo do processo. A grande atenção que se dá para os conceitos processuais configura inversão de valores, pois o que realmente importa são os resultados alcançados pelo processo, no plano do ordenamento material e da pacificação.

A preocupação com a técnica é justificável enquanto meio para atingir fins. A precisão conceitual é necessária a qualquer ciência. Apenas não pode se transformar a técnica, os conceitos e as definições em objeto principal da ciência processual. Pretende-se demonstrar que todos os fenômenos inerentes ao processo devem ser concebidos em função do direito material. A técnica adequando-se ao objeto, com vistas ao resultado.”

A visão moderna dos estudiosos da ciência processual conduz ao reconhecimento de uma concepção norteadora da interpretação e aplicabilidade da norma pautada na evolução do pensamento meramente tecnicista e a perspectiva de valorização da carga meritória levada a apreciação do Estado. Trata-se do denominado formalismo-valorativo capaz de compatibilizar a



necessária estabilidade e previsibilidade da técnica procedimental com uma visão contemporânea tendente a priorizar o justo e efetivo resultado da contenda, a partir de um processo que esteja adequado e estruturado à luz das tutelas efetivas dos direitos fundamentais

Em consonância com a questão em apreço, merece destaque o posicionamento do jurista Carlos Alberto Álvaro de Oliveira: “o formalismo excessivo pode, inclusive, inibir o desempenho dos direitos fundamentais do jurisdicionado.” (OLIVEIRA, 2006, p. 15). O retrocitado autor complementa:

“Pode acontecer, contudo, e esse é o âmago do problema, que o poder organizador, ordenador e disciplinador do formalismo, em vez de concorrer para a realização do direito, aniquile o próprio direito ou determine um retardamento irrazoável da solução do litígio. Neste caso o formalismo se transforma no seu contrário: em vez de colaborar para a realização da justiça material, passa a ser o seu algoz, em vez de propiciar uma solução rápida e eficaz do processo, contribui para a extinção deste sem julgamento do mérito, obstando a que o instrumento atinja a sua finalidade essencial.” (OLIVEIRA, 2006, p. 19).

Na mesma acepção, procedendo a acertada crítica ao formalismo excessivo, Pedro J. Bertolino considera que o formalismo excessivo configura um verdadeiro abuso de direito, pois de acordo com o jurista, todo uso inadequado é, por si só, uma forma de abuso e pode gerar um dano à própria justiça:

Na opinião de Bedaque (2007, p. 574), “a valorização excessiva da técnica processual produz resultados danosos, representando verdadeira inversão de valores. O formalismo é necessário, mas deve limitar-se a assegurar os objetivos do processo”.

VEJAMOS COMO SE POSICIONA O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO ACERCA DO FORMALISMO EXACERBADO:

Constitui-se *excesso* de rigor a desclassificação de licitantes por conta de erro formal na apresentação da proposta e da documentação exigida. (Grifo nosso).

Acórdão 1924/2011-Plenário | Relator: RAIMUNDO CARREIRO



-
- **ÁREA:** Licitação | **TEMA:** Julgamento | **SUBTEMA:** Erro material
Outros indexadores: Documentação, Princípio do *formalismo* moderado, Desclassificação

Acórdão 3340/2015-Plenário

Data da sessão

09/12/2015

Relator

BRUNO DANTAS

Área

Licitação

Tema

Habilitação de licitante

Subtema

Diligência

Outros indexadores

Documentação, *Erro formal*

Tipo do processo

REPRESENTAÇÃO.

Enunciado

Na condução de licitações, falhas sanáveis, meramente *formais*, identificadas na documentação das proponentes não devem levar necessariamente à inabilitação ou à desclassificação, cabendo à comissão de licitação promover as diligências destinadas a esclarecer dúvidas ou complementar o processamento do certame (art. 43, § 3º, da Lei 8.666/1993).

Excerto

Voto:

18. É pacífico o entendimento do Tribunal de que falhas sanáveis, meramente formais, identificadas nas propostas, não devem levar necessariamente à inabilitação, cabendo à Comissão Julgadora promover as diligências destinadas a esclarecer dúvidas ou complementar o processamento do certame (Lei 8.666/1993, art. 43, § 3º). É o sentido que se extrai do Acórdão 2.521/2003-TCU-Plenário, in verbis: "atente para o disposto no art. 43, § 3º, abstendo-se, em consequência, de inabilitar ou desclassificar empresas em virtude de detalhes irrelevantes ou que possam ser supridos pela diligência autorizada por lei".

Acórdão:

- Ao constatar incertezas sobre o cumprimento de disposições legais ou editalícias, especialmente dúvidas que envolvam critérios e atestados que objetivam comprovar a habilitação das empresas em disputa, o responsável pela condução do



- certame deve promover diligências para aclarar os fatos e confirmar o conteúdo dos documentos que servirão de base para a tomada de decisão da Administração (art. 43, § 3º, da Lei 8.666/1993).

- **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 8.666/1993, por representar formalismo exagerado, com prejuízo à competitividade do certame.** (Grifo nosso).

- Ao constatar incertezas sobre o cumprimento de disposições legais ou editalícias, especialmente dúvidas que envolvam critérios e atestados que objetivam comprovar a habilitação das empresas em disputa, o responsável pela condução do certame deve promover diligências para aclarar os fatos e confirmar o conteúdo dos documentos que servirão de base para a tomada de decisão da Administração (art. 43, § 3º, da Lei 8.666/1993).

- **Não cabe a inabilitação de licitante em razão de ausência de informações que possam ser supridas por meio de diligência, facultada pelo art. 43, § 3º, da Lei 8.666/1993, desde que não resulte inserção de documento novo ou afronta à isonomia entre os participantes.** (grifo nosso).

- A inabilitação de licitante em virtude da ausência de informações que possam ser supridas por meio de diligência, de que não resulte inserção de documento novo ou afronta à isonomia entre os participantes, caracteriza inobservância à jurisprudência do TCU.

A realização de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do procedimento licitatório independe de previsão em edital, uma vez que a Lei 8.666/1993 não impõe tal exigência.

II – AS RAZÕES DA REFORMA

Diante da exposição acima, sobejamente arrazoada e contestada ponto a ponto na exata ordem dos itens supostamente infringidos, a recorrente invoca e apoia-se ao princípio da Razoabilidade para manifestar suas razões de fato e direito com vistas a suplicar a Douta Comissão de Licitação para apreciar com o mais justo senso de justiça o recurso ora proposto.

III – DO PEDIDO



- a) – Requer a Vossa Senhoria que a Comissão de Licitação receba e conheça o presente recurso para que reconsidere a decisão que inabilitou a recorrente, viabilizando a regular participação da recorrente em todas as fases posteriores da Tomada de Preço 002/2020/CPLCSO/PMVJ.
- b) - Na hipótese da Comissão de Licitação não reconsiderar sua decisão no prazo de cinco dias úteis como lhe faculta o parágrafo 4 do art. 109 da Lei 8.666/93, que o presente seja encaminhado à autoridade hierarquicamente superior para apreciar e acolher as razões e motivos aduzidos, que comprovem que a inabilitação da recorrente foi ato fundado em interpretação equivocada e de excessivo rigor formal da Comissão a fim de que seja dado **TOTAL PROVIMENTO** no sentido de determinar a reforma do ato administrativo que a inabilitou, viabilizando a regular participação da recorrente em todas as fases posteriores da licitação em tela.
- c) – Manter a inabilitação da Licitante CFX Empreendimentos Ltda, por ter cometido vício insanável no tocante a apresentação do Balanço patrimonial sem o: LIVRO DIÁRIO, e TERMO DE ABERTURA E ENCERRAMENTO, conforme disciplina o art.1.180 do Código Civil e Instrução Normativa 11 do Departamento Nacional de Registro Empresarial e Integração, e Instrução Normativa 106/2006 do Departamento Nacional de Registro do Comércio, bem como não ter disponibilizado acervo técnico compatível com obra de pavimentação em blocos sextavados de concreto.

Termos em que,

Pede e Espera Deferimento,

Vitória do Jari, AP 22 de junho de 2020,



GRUPO SANETEC EIRELI-EPP
Paulo Jorge Monteiro Lobo
Procurador