

ILUSTRÍSSIMOS(AS) SENHORES(AS) DA COMISSÃO DE LICITAÇÃO DA FUNDAÇÃO HOSPITAL MUNICIPAL GETULIO VARGAS

Ref. Recurso Administrativo – Tomada de Preços 006/2022.

A MONTENG CONSTRUÇÕES LTDA, qualificada neste como licitante, através de seu representante legal, Sr. Juliano Nascente CPF/MF 816.089.850-91 e RG 5070960835 com fundamento no artigo 4º, XVIII, da Lei 10.520/02, vem até Vossas Senhorias, para, tempestivamente, interpor estas RECURSO ADMINISTRATIVO, pelas razões fáticas e jurídicas a seguir delineadas:

1. A licitante é uma empresa idônea e, como tal, preparou seus documentos de habilitação que foram totalmente de acordo com o edital, que foi prontamente aceito por essa Administração.
2. Entretanto, a **EMPRESA IDEA ENGENHARIA E CONSTRUTORA**, com o claro intuito de utilizar-se dos benefícios da Lei Complementar 123/2006, balizada ao Edital, apresentou a declaração ANEXO II alínea E, indicando *“que se inclui no regime diferenciado e favorecido previsto na Lei Complementar nº. 123/2006 e não se utiliza indevidamente deste benefício”*.
3. Estranhamente, a **EMPRESA IDEA ENGENHARIA E CONSTRUTORA** apresentou junto as demonstrações contábeis, receita operacional superior ao regido na legislação (LC123/2006) que a empresa ora se manifesta incluída e favorecida.

Não poderia a Administração afastar esta discussão haja vista a possibilidade da **EMPRESA IDEA ENGENHARIA E CONSTRUTORA**, confrontar os princípios de justiça e de equidade, a ideia comum de honestidade, havendo ofensa ao princípio da moralidade administrativa'.

Assim, tendo os fatos sido explicados, passamos aos entendimentos doutrinários que explanam e demonstram a razoabilidade dos argumentos nestas aludidos.

DA JUSTIFICATIVA :

I – Dos Princípios Norteadores

A licitação é um procedimento administrativo, ou seja, uma série de atos sucessivos e coordenados, voltada, de um lado, a atender ao interesse público e, de outro, a garantir a legalidade, de modo que os licitantes possam disputar entre si, a participação em contratações que as pessoas jurídicas de direito público entendam realizar com os particulares.

A faculdade na promoção de diligências vem descrita no art. 43, § 3º, da Lei nº 8.666/93, senão vejamos:

“Art. 43. (...)

.....

§ 3.º É facultada à Comissão ou Autoridade Superior, em qualquer fase da Licitação, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo,(...)” (grifo nosso)

Perante tal norma jurídica, o Ilustre doutrinador Jessé Torres nos ensina: “*Conquanto a norma trate da hipótese como faculdade, recomendar-se-ia à Administração que sempre promovesse a diligência esclarecedora ou complementar quando a falta ou irregularidade decorresse de razoável incompreensão*” (In Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública).

Em reforço aos fundamentos, trago à colação o convincente arrazoado da lavra do eminente Procurador-Geral do Ministério Público junto ao TCU, Doutor Lucas Rocha Furtado, ao oficial nos autos do TC-Processo 015.824/2001-0, quando a Corte de Contas adotou o Acórdão 223/2005-TCU-Plenário:

“Convém esclarecer que a doutrina é uníssona em considerar que a moralidade administrativa é uma `via de mão dupla`, vale dizer: impõe-se tanto para a Administração Pública quanto para quem com ela se relacione. A lealdade e a boa-fé são cânones presentes não só nos contratos administrativos como também nos contratos privados, em homenagem ao comportamento ético que deve ser observado pelas partes nos negócios jurídicos em geral.”

ACÓRDÃO

[Acórdão 2993/2011-Plenário](#)

DATA DA SESSÃO

16/11/2011

RELATOR

VALMIR CAMPELO

ÁREA

Responsabilidade

TEMA

Declaração de inidoneidade

SUBTEMA

Tratamento diferenciado

OUTROS INDEXADORES

Documentação, Microempresa, Pequena empresa

TIPO DO PROCESSO

REPRESENTAÇÃO

ENUNCIADO

O uso de documentação inidônea com o objetivo de caracterizar a condição de empresa de pequeno porte e obter tratamento favorecido em licitações justifica a inabilitação de empresa para participar de licitação na Administração Pública Federal.

RESUMO

Representação do Sindicato de Empresas de Asseio, Conservação e Serviços Terceirizados do Estado de Santa Catarina - SEAC/SC, efetuada com suporte no art. 113, § 1º, da Lei 8.666/1993, acusou possível fraude praticada por empresa em licitações públicas. O autor da representação apontou a obtenção de benefício indevido auferido pela empresa representada, que obteve tratamento favorecido ao concorrer como empresa de pequeno porte, sem atender aos requisitos exigidos para tanto. O Relator, ao examinar essa representação, observou que o faturamento da empresa, em 2007, sem levar em conta eventuais receitas oriundas de contratos com órgãos municipais ou empresas privadas, foi de, pelo menos, R\$ 2.456.945,22, conforme levantamentos da unidade técnica. Anotou, também, que, segundo o art. 3º da Lei Complementar 123/2006, são consideradas empresas de pequeno porte aquelas que afirmam, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 240.000,00 e igual ou inferior a R\$ 2.400.000,00. Acrescentou que, segundo o § 9º desse art. 3º, "A empresa de pequeno porte que, no ano-calendário, exceder o limite de receita bruta anual previsto no inciso II do caput deste artigo fica excluída, no ano-calendário seguinte, do regime diferenciado e favorecido previsto por esta Lei Complementar para todos os efeitos legais". Após explicitar a sistemática que materializa os benefícios, concedidos a pequenas empresas e a empresas de pequeno porte, tratada nos arts. 44 e 45 da citada LC 123/2006, o relator ressaltou que o Decreto 6.204, de 5/9/2007 estabelece, no seu art. 11, que o enquadramento como microempresa ou empresa de pequeno porte dar-se-á nas condições estabelecidas pela LC 123/2006, com base em declaração fornecida pela empresa. Refutou, ainda, o argumento de ter havido mero erro do profissional contratado para organizar a documentação necessária à participação em licitações ao informar o faturamento da empresa. Entendeu, isto sim, que a representada, "valendo-se de documentos falsos, usou a condição de empresa de pequeno porte para obtenção de tratamento favorecido em licitações públicas" e que tal conduta está tipificada no art. 46 da Lei 8.443/1992. Sugeriu, ao final, para que se guarde "correlação com a grandeza da falta identificada", impor à empresa faltosa a sanção de inabilitação prevista no anteriormente citado comando normativo, pelo período de um ano. Propôs, ainda, a expedição de determinação ao Banco do Brasil e à Justiça Federal de 1º Grau/SC para que se abstenham de estender os prazos dos instrumentos firmados com a empresa contratada. O Plenário do Tribunal ratificou tal proposta de encaminhamento.

EXCERTO**Voto:**

2. Tal documento foi submetido à consideração da Corte de Contas pelo [Sindicato], à vista de possíveis fraudes praticadas pela firma [omissis], ao participar de licitações promovidas por unidades jurisdicionadas.

3. No caso, as irregularidades perpetradas consistiriam no fato de a firma representada ter obtido tratamento favorecido, ao concorrer como empresa de pequeno porte, para fins do disposto na Lei Complementar nº 123, de 14/12/2006, embora não estivesse legalmente enquadrada como tal, sagrando-se vencedora em determinados certames graças à apresentação de declaração falsa nesse sentido.

4. Como se sabe, a aludida LC nº 123/2006 instituiu o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, em atendimento aos princípios estatuídos nos arts. 170, inciso IX, e 179 da Constituição Federal, com o objetivo de estabelecer regras de tratamento diferenciado e favorecido a tais empresas, cuja definição consta do art. 3º daquela LC: [...]

5. Com efeito, o art. 44 da mesma LC contempla o regramento necessário para esse tratamento diferenciado e favorecido, a saber:

[...]

6. Já a regulamentação pertinente - Decreto nº 6.204, de 5/9/2007 - estabelece no seu art. 11 que o enquadramento como microempresa ou empresa de pequeno porte dar-se-á nas condições estabelecidas pela LC nº 123/2006, "em especial quanto ao seu art. 3º, devendo ser exigido dessas empresas a declaração, sob as penas da lei, de que cumprem os requisitos legais para a qualificação como microempresa ou empresa de pequeno porte, estando aptas a usufruir do tratamento favorecido". (destacamos) .

7. Por sua vez, a Instrução Normativa nº 103, de 30/4/2007, elaborada pelo Departamento Nacional de Registro do Comércio do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, dispõe sobre o enquadramento, reenquadramento e desenquadramento de microempresa e empresa de pequeno porte nas Juntas Comerciais. O seu art. 8º estabelece que "a comprovação da condição de microempresa ou empresa de pequeno porte pelo empresário ou sociedade será efetuada mediante certidão expedida pela Junta Comercial".

8. À luz desse conjunto de normas, e tendo em vista os resultados de diligências e apurações diversas levadas a efeito pela Secex-PR, aí incluídos os esclarecimentos oferecidos pela firma representada, a unidade técnica e o Ministério Público são de opinião que o Tribunal deve reconhecer a procedência da representação em apreço.

9. Com isso, sugerem sejam impostas à empresa [omissis] as consequências previstas em lei para os atos por ela praticados ilegalmente, com a rejeição do seu argumento, no sentido de que teria havido equívoco por parte do profissional contratado para cuidar do assunto.

10. Também a este relator, considerando os elementos reunidos nos autos, parece não caber o acolhimento da alegação oferecida para as ocorrências em tela, porquanto restou comprovado que dita entidade procedeu de má-fé ao contratar com o setor governamental, faltando com o dever de lealdade.

11. Sem dúvida, existem neste feito provas suficientes para se concluir que a aludida firma, conscientemente, valendo-se de documentos falsos, usou a condição de empresa de pequeno porte para obtenção de tratamento favorecido em licitações públicas, embora não estivesse enquadrada legalmente como tal, infringindo a ordem jurídica e frustrando o alcance de preceito fundamental estatuído no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal.

12. Evidentemente, isso caracteriza fraude comprovada aos certames, que repousa na afronta à lisura, à honestidade e à boa-fé no trato com o Poder Público, lembrando a lição de Alvino Lima, reportada no parecer do Ministério Público, no sentido de que a fraude decorre da prática de atos "com finalidade ilícita de prejudicar terceiros, ou, pelo menos, frustrar a aplicação de determinada regra jurídica" (in Direito Civil, 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 400) .

[...]

19. Em reforço aos fundamentos utilizados para a reprovação que ora se faz quanto aos procedimentos objeto da representação em foco, trago à colação o convincente arrazoado da lavra do eminente Procurador-

Geral do Ministério Público junto ao TCU, Doutor Lucas Rocha Furtado, ao oficiar nos autos do TC-[Processo 015.824/2001-0](#), quando a Corte de Contas adotou o [Acórdão 223/2005-TCU-Plenário](#):

"Convém esclarecer que a doutrina é uníssona em considerar que a moralidade administrativa é uma `via de mão dupla', vale dizer: impõe-se tanto para a Administração Pública quanto para quem com ela se relacione. A lealdade e a boa-fé são cânones presentes não só nos contratos administrativos como também nos contratos privados, em homenagem ao comportamento ético que deve ser observado pelas partes nos negócios jurídicos em geral.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello (Curso de Direito Administrativo, 16. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, pág. 488) :

'O princípio da moralidade significa que o procedimento licitatório terá de se desenrolar na conformidade de padrões éticos prezáveis, o que impõe, para a Administração e licitantes, um comportamento escorreito, liso, honesto, de parte a parte'. (grifamos)

Não é outra a lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (Direito Administrativo, 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002, pág. 79) :

'Em resumo, sempre que em matéria administrativa se verificar que o comportamento da Administração ou do administrado que com ela se relacione juridicamente, embora em consonância com a lei, ofende a moral, os bons costumes, as regras de boa administração, os princípios de justiça e de equidade, a ideia comum de honestidade, estará havendo ofensa ao princípio da moralidade administrativa'.

(...) " - os destaques são do Procurador-Geral Lucas Rocha Furtado.

20. Colocada a matéria nesses termos, entendo que a conduta da empresa [omissis] encontra-se tipificada no art. 46 da Lei nº 8.443/1992. Com efeito, cabe ao Tribunal declarar a inidoneidade dessa firma para participar de licitação na Administração Pública Federal.

21. Quanto ao prazo da inidoneidade, julgo que o período de 1 (um) ano mostra-se razoável, parecendo-me de acordo com o princípio da proporcionalidade, ao guardar correlação com a grandeza da falta identificada. Já foi, aliás, abraçado pelo TCU em situações semelhantes (cf. [Acórdão 1028/2010-TCU-Plenário](#) e [1.972/2010-TCU-Plenário](#)).

Acórdão:

9.1. conhecer da presente representação, para, no mérito, considerá-la procedente;

[...]

9.3. declarar a inidoneidade da empresa [omissis], para participar de licitação na Administração Pública Federal, pelo prazo de 1 (um) ano, por ter obtido, mediante fraude, tratamento favorecido em certames promovidos pelo Banco do Brasil e pela Justiça Federal de 1º Grau em Santa Catarina, ao concorrer como empresa de pequeno porte, para fins do disposto na Lei Complementar nº 123/2006, embora não estivesse legalmente enquadrada como tal;

PUBLICADO

DA SOLICITAÇÃO :

1. Em que preze o zelo e o empenho desta digníssima Comissão, em guardar o caráter isonômico do procedimento, respeitando os Princípios da Legalidade, da Impessoalidade, da Moralidade Administrativa, e da Supremacia do Poder Público, entendemos, com toda vênua, que sejam apuradas as informações mediante aos documentos juntados pela EMPRESA IDEA ENGENHARIA E CONSTRUTORA.

Nestes Termos Pedimos
Bom Senso, Legalidade
e Deferimento.

Esteio dia 02/03/2023.

MONTENG CONSTRUÇÕES LTDA