

FOLHA DE ROSTO DO PROCESSO

Nº DO PROCESSO	0011200/2023	DATA DE ENTRADA	30/05/2023 15:57:29
SETOR DO USUÁRIO			
COMISSÃO DE LICITAÇÃO			
ASSUNTO			
LICITAÇÃO / INTERPOSIÇÃO DE RECURSOS			
COMPLEMENTO			
RECURSO CP 01-2023			

DADOS DO REQUERENTE

REQUERENTE	
ETEPAR CONSTRUÇÕES EIRELI	
TELEFONE	CORREIO ELETRÔNICO (EMAIL)

DOCUMENTOS ANEXADOS E NÃO ANEXADOS

[illegible]

USUÁRIO DA CRIAÇÃO DO PROCESSO
08376-LUCIANA DOS SANTOS SILVA DUARTE--ASSESSOR 3 - AS 3



Estado do Rio de Janeiro
Prefeitura Municipal de Maricá

Nº DO PROCESSO

0011200/2023

DATA ABERTURA

30/05/2023 15:57:29

REQUERENTE
ETEPAR CONSTRUÇÕES EIRELI

ASSUNTO
LICITAÇÃO / INTERPOSIÇÃO DE RECURSOS

COMPLEMENTO
RECURSO CP 01-2023

COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO DA PREFEITURA MUNICIPAL DE
MARICÁ— SECRETARIA MUNICIPAL DE EDUCAÇÃO

11.200 / 23

30 08 23

03

Edital de Concorrência Pública nº 01/2023
Processo Administrativo nº 17.501/2022

ETEPAR CONSTRUÇÕES LTDA. ("Etepar" ou "Recorrente"), pessoa jurídica de direito privado, inscrita perante o CNPJ sob o nº 27.595.842/0001-90, com sede na Avenida José Silva de Azevedo Neto, nº 200, bloco 4, sala 104, Barra da Tijuca, Rio de Janeiro/RJ, CEP.: 22.775-056 (doc. 1), por seu representante legal, com fundamento no item 20.1 do Edital de Concorrência Pública nº 01/2023 ("Edital"), no artigo 109 da Lei Federal nº 8.666/1993 ("Lei de Licitações") e em atenção a 4ª e 6ª Ata de Realização da Concorrência Pública nº 01/2023 PMM, apresenta este **recurso administrativo** contra a decisão administrativa de inabilitação da Etepar do Processo Administrativo nº 17.501/2022, nos seguintes termos.

TEMPESTIVIDADE

1. A empresa recorrente foi classificada como inabilitada no certame licitatório que possui por objeto a contratação de empresa especializada para construção de duas quadras poliesportivas e um pátio coberto no Campus de Educação Pública Transformadora – CEPT, na rua Cinquenta e dois, Loteamento Jardim Atlântico, Itaipuaçu, Maricá/RJ.

Etepar Construções LTDA.

E-mail: secretaria@etepar.com.br / CNPJ: 27.595.842/0001-90

2. No curso do certame licitatório, foi lavrada a 4ª Ata de Realização da Concorrência Pública em 11.5.2023, que classificou a empresa recorrente como inabilitada. Dessa forma, considerando que o prazo para apresentação de recurso se inicia a partir da finalização da sessão de habilitação, conforme redação da 6ª ata de realização da concorrência pública lavrada em 23.5.2023, e, considerando o feriado municipal no dia 26.5.2023, é manifestamente tempestiva a interposição deste recurso administrativo, eis que protocolizado antes do encerramento do prazo de 5 (cinco) dias úteis, conforme dispõe o artigo 109 da Lei de Licitações e o item 20.1 deste edital.

BREVE INTROITO:

INABILITAÇÃO NEBULOSA

3. A ETEPAR tomou conhecimento da realização do procedimento licitatório do Processo Administrativo nº 17.501/2022, conforme Edital nº 01/2023, para a contratação de empresa especializada para construção de 2 (duas) quadras poliesportivas cobertas e um pátio coberto no Campus de Educação Pública Transformadora – CEPT, na rua Cinquenta e dois, Loteamento Jardim Atlântico, Itaipuaçu – Maricá/RJ, a ser promovido pela Secretária Municipal de Educação da Prefeitura Municipal de Maricá.

2. Em vista da longa experiência da ETEPAR na participação de certames licitatórios com o Poder Público, bem como na execução de contratos de empreitada para os mais diversos entes da Administração Pública, a ETEPAR, ora recorrente resolveu apresentar a sua documentação de habilitação na forma do Edital para julgamento pela Comissão de Licitação ("Comissão") da Prefeitura Municipal de Maricá.

3. Para espanto da ETEPAR, a Comissão, sem sequer apresentar a devida e adequada motivação para a prática do ato administrativo, decidiu inabilitar a ora Recorrente. Segue, abaixo, a transcrição do trecho no qual a Comissão de Licitação

"Quanto a empresa ETEPAR CONSTRUÇÕES LTDA, o representante apresentou o balanço patrimonial com data de registro posterior a data do certame, no dia 05/05/2023. Nesse sentido, passando para condição de inabilitada."

4. Inconformada com o teor da referida decisão, por meio deste recurso administrativo, a ETEPAR busca:

- PREFEITURA DE MARICÁ
PROCESSO 11200123
DE INICIO 20/05/23
FLS 09
- (i) preliminarmente, a concessão do efeito suspensivo por se tratar de decisão de inabilitação, conforme redação do item 20.4 do edital de Concorrência Pública nº 01/2023 e Processo Administrativo nº 17.501/2022;
 - (ii) ainda em sede preliminar, a anulação do ato administrativo, tendo em vista a existência de grave vício insanável, consistente na carência de motivação, elemento essencial e imprescindível de todo e qualquer ato administrativo, conforme determina o ordenamento jurídico brasileiro, à luz do entendimento jurisprudencial;
 - (iii) no mérito, o julgamento de procedência das razões da ETEPAR para considerá-la habilitada para o prosseguimento da próxima fase do Processo Administrativo nº 17.501/2022, em função do cumprimento adequado dos itens 12.3.1 e 12.3.1.1, f) do Edital;

5. Como se verá mais detidamente doravante, este recurso administrativo merece provimento para, (i) preliminarmente, conceder efeito suspensivo à decisão que inabilitou a ETEPAR CONSTRUÇÕES LTDA., (ii) anular o ato administrativo impugnado para que seja praticado outro em seu lugar, respeitando o princípio da motivação, abrindo eventual prazo para a interposição de novo recurso e; (ii) no mérito, reformar a decisão recorrida para decidir pela regular habilitação da ETEPAR, autorizando-se, desde logo, o prosseguimento da Recorrente para a fase de abertura da sua Proposta de Preço.

Etepar Construções LTDA.

E-mail: secretaria@etepar.com.br / CNPJ: 27.595.842/0001-90

PRELIMINARMENTE:

NECESSÁRIA ATRIBUIÇÃO DO EFEITO SUSPENSIVO

(ITEM 20.4 DO EDITAL DE CONCORRÊNCIA PÚBLICA Nº 01/2023)

PREFEITURA DE MARICÁ
PROCESSO Nº 11.200 / 23
DATA DE INÍCIO 30/05/23
FLS: 06

6. Conforme exposto, este recurso visa reformar a decisão, que, equivocadamente, inabilitou a ETEPAR CONSTRUÇÕES LTDA., por supostamente apresentar balanço patrimonial com data de registro posterior a data de início do certame licitatório.

7. A atribuição do efeito suspensivo, no caso, é impositiva, considerando que o Edital de Concorrência Pública nº 01/2023 dispôs no item 20.4:

"Os recursos contra as decisões relativas à habilitação ou inabilitação de licitante, ou contra o julgamento das Propostas de Preços, terão efeito suspensivo."

8. Dessa forma, considerando a cristalina redação do item 20.4, impositiva se faz a concessão do efeito suspensivo do presente recurso, eis que se insurge contra decisão de inabilitação da empresa recorrente.

9. Ademais, será demonstrado neste recurso, a presença dos requisitos autorizadores para concessão do efeito suspensivo, na medida em que estão presentes os referidos requisitos, notadamente o *fumus boni juris*, diante do grava e insanável vício de carência de motivação da decisão que decidiu pela inabilitação da recorrente e o *periculum in mora*, considerando o interesse e experiência da recorrente em participar do certame público, que foi indevidamente inabilitada, e, consequentemente, impedida de prosseguir no certame licitatório.

10. Superada a inequívoca necessidade de concessão de efeito suspensivo ao presente recurso, no sentido de suspender a decisão administrativa que decidiu pela inabilitação da ETEPAR CONSTRUÇÕES LTDA., passa-se a aprofundar acerca da nulidade do ato administrativo ora impugnado.

Etepar Construções LTDA.

E-mail: secretaria@etepar.com.br / CNPJ: 27.595.842/0001-90

(art. 93, inciso X, da Constituição Federal; arts. 2º e 50 da Lei Federal nº 9.784/1999)

11. Antes de adentrar no mérito das razões pelas quais a ETEPAR merece ser habilitada no Processo Administrativo nº 17.501/2022, cumpre destacar que a decisão da sua inabilitação deve ser imediatamente anulada, tendo em vista a existência de grave e insanável vício de carência de motivação.

SECRETARIA DE MARICÁ
PROCESSO Nº 11.200/23
DATA DE INÍCIO 30/05/23
PLS. 07

12. A leitura do trecho que se refere à inabilitação da ETEPAR não tem a aptidão de esclarecer as razões pelas quais a recorrente estaria impedida de prosseguir no certame. A 4ª Ata de Realização da Concorrência Pública nº 01/2023 PMM, dispôs que a ETEPAR apresentou balanço patrimonial com data de registro posterior a data do certame, no dia 5/5/2023, o que ensejaria a sua inabilitação no certame licitatório.

13. Contudo, o edital previu no item 12.3.1.1, f) que seriam considerados aceitos como na forma da Lei o Balanço Patrimonial e Demonstrações Contábeis apresentadas por ECD, para fins fiscais e previdenciários, o que foi atendido de forma adequada pela ETEPAR CONSTRUÇÕES LTDA., inexistindo, portanto, razões para sua inabilitação.

14. A decisão de inabilitação da empresa limita-se a versar sobre questão temporal, qual seja, a data da assinatura do registro do balanço patrimonial, que teria sido assinado com data posterior a data do certame, sem expressar, como deveria, as razões pelas quais a proponente estaria inabilitada a permanecer no certame licitatório.

15. A motivação das decisões é um pressuposto indispensável da garantia constitucional do devido processo legal e do contraditório, como dispõe o artigo 5º,

Etepar Construções LTDA.

E-mail: secretaria@etepar.com.br / CNPJ: 27.595.842/0001-90

LIV e LV, da Constituição Federal¹. Afinal de contas, como é possível a um licitante produzir e apresentar um recurso administrativo substancialmente contra uma decisão de inabilitação quando sequer pôde compreender adequadamente os motivos que levaram à sua eliminação do certame? Não pode.

SECRETARIA DE MARICA
DECISÃO Nº 11200/23
DEFINICÃO 30/05/23
FLS. 08

16. Mais do que isso, a motivação da decisão representa, a toda evidência, a consagração da garantia constitucional da transparência e da publicidade na Administração Pública. Sem a declinação clara e precisa das razões pelas quais um licitante é inabilitado do procedimento licitatório, resta prejudicado o controle jurídico social da concorrência realizada com recursos públicos — controle esse que pode ser exercido pela sociedade civil, pelo Ministério Público, pelo Tribunal de Contas competente ou, ainda, pelo próprio prejudicado.

17. A motivação das decisões em processo administrativo, tal como aqui, é regra clara e inafastável, conforme se observa do artigo 93, inciso X, da Constituição Federal e 2º e artigos 50 da Lei Federal nº 9.784/1999:

"Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: (...)

X - as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros;"

* * *

"Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: (...)

¹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

VII - indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão;"

* * *

SECRETARIA DE MARICÁ
PROCESSO Nº 11200/23
DE INIC. 30/05/23
PLS. 09

"Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses; (...)

III - decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública; (...)

§ 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato."

18. Na mesma linha, o atendimento pacífico do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro é de que deve ser considerado nula a decisão administrativa proferida sem a motivação adequada. Veja-se:

"PROCESSO ADMINISTRATIVO DE CONTROLE EXTERNO. EXAME DE CONFORMIDADE DE CONTRATO. AQUISIÇÃO DE PEDRA DE MÃO, PÓ DE PEDRA E PEDRA BRITA. REJEIÇÃO DAS RAZÕES DE DEFESA. INSTAURAÇÃO DE TOMADA DE CONTAS EX OFFICIO.

AUSÊNCIA DE ELEMENTOS SUFICIENTES NOS AUTOS QUE PERMITAM CONCLUIR PELA OCORRÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO. REGULARIDADE DA TOMADA DE CONTAS COM QUITAÇÃO PLENA.

RECONHECIMENTO DA ILEGALIDADE DO INSTRUMENTO CONTRATUAL E APLICAÇÃO DE MULTA AO JURISDICIONADO, EM RAZÃO DA AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO DA DECISÃO ADMINISTRATIVA QUE ESTABELECEU A VELOCIDADE MÉDIA DE 40 KM/H PARA TRANSPORTE DOS PRODUTOS CONTRATADOS.

(...)

Ausentes essas justificativas nos autos do processo administrativo, deve este Tribunal declarar a ilegalidade do contrato e aplicar sanção ao jurisdicionado **por desobediência ao preceito legal que exige a motivação das decisões administrativas**, sendo esta a solução apresentada neste voto."

(TCE/RJ - Processo nº 108.649-2/14, Relatora: Mariana Montebello Willeman, Data de Julgamento: 28/01/2018 — grifou-se)

19. Tal como o Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, o Tribunal de Contas da União também entende como nula a decisão de inabilitação de licitante sem a declinação da motivação adequada:

Etepar Construções LTDA.

E-mail: secretaria@etepar.com.br / CNPJ: 27.595.842/0001-90

"REPRESENTAÇÃO. SUPOSTAS IRREGULARIDADES EM PREGÃO PRESENCIAL. CLÁUSULAS RESTRITIVAS. INABILITAÇÃO NÃO MOTIVADA. REQUISITOS DE QUALIFICAÇÃO MÁXIMA. REALIZAÇÃO INDEVIDA NOVA FASE DE LANCES. NÃO COMPROVADA A INVIABILIDADE DA ADOÇÃO DA FORMA ELETRÔNICA. CONFIRMAÇÃO DOS PRESSUPOSTOS. SUSPENSÃO LIMINAR DO CERTAME. OITIVAS. ANULAÇÃO DO PREGÃO. PERDA DO OBJETO DA CAUTELAR. AUDIÊNCIA POR PARTE DAS IRREGULARIDADES PRATICADAS. REJEIÇÃO DAS RAZÕES DE JUSTIFICATIVA. NÃO APLICAÇÃO DE MULTA. CIÊNCIA.

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de representação a respeito de possíveis irregularidades relacionadas ao pregão presencial 117/2015 da Prefeitura Municipal de Diadema/SP, que teve por objeto a prestação de serviços de execução de atividades sociais, nas fases de execução e pós obras, reassentamento e remanejamento dos projetos de urbanização e recuperação ambiental nas áreas do PAC 1 - Naval mediante custeio com recursos federais. ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão da Primeira Câmara, ante as razões expostas pelo Relator, em: (...) 9.5. com base no art. 7º da Resolução-TCU 265/2014, dar ciência à Prefeitura Municipal de Diadema/SP sobre as seguintes falhas identificadas no pregão presencial 117/2015, para que sejam adotadas medidas internas com vistas à prevenção de ocorrências semelhantes: (...) 9.5.3. ausência de motivação explícita, clara e congruente para a inabilitação das licitantes na ata do certame, em transgressão aos princípios da publicidade e da motivação dos atos administrativos, insculpidos, respectivamente, no art. 3º, caput, da Lei 8.666/1993 e nos arts. 2º, 50, I e § 1º, da Lei 9.784/1999."

(TCU - Representação nº 03572820159, Relator: Bruno Dantas, Data de Julgamento: 27/07/2016 — grifou-se)

20. A jurisprudência do Poder Judiciário, conforme se observa de precedente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, da mesma forma que o TCU e TCE/RJ, vem decidindo pela anulação da decisão carente de motivação em processo administrativo:

"APELAÇÃO CÍVEL. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS de 'OPERAÇÃO, MANUTENÇÃO BÁSICA E PRONTO OPERAR DAS EMBARCAÇÕES E EQUIPAMENTOS DE RESPOSTA À EMERGÊNCIA DA TRANSPETRO'. DESCUMPRIMENTO DE CLÁUSULA CONTRATUAL. APLICAÇÃO DE MULTA E COMPENSAÇÃO COM OS PAGAMENTOS, DEVIDOS À CONTRATADA. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DO PROCESSO ADMINISTRATIVO POR VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO, REJEITADA. LEGITIMIDADE ATIVA DO CONSÓRCIO-

AUTOR, CORRETAMENTE, RECONHECIDA. RELAÇÃO JURÍDICA DE DIREITO MATERIAL, QUE PODE SER FIRMADA TANTO COM PESSOAS FORMAIS QUANTO COM ENTES DESPERSONALIZADOS. ARTIGO 75, INCISO IX DO CPC. APLICAÇÃO DE MULTA, SOB O FUNDAMENTO DE DESCUMPRIMENTO PARCIAL DO CONTRATO. APRESENTAÇÃO DE DEFESA ADMINISTRATIVA. JULGAMENTO ADMINISTRATIVO QUE DEVE SER REALIZADO DE FORMA PLENA, O QUE PRESSUPÕE A ANÁLISE E O ENFRENTAMENTO DAS MATÉRIAS, INVOCADAS, NA DEFESA, AINDA QUE DE FORMA SUCINTA, NÃO SE MOSTRANDO SUFICIENTE A SIMPLES OPORTUNIDADE DE APRESENTAÇÃO DE DEFESA. PODER JUDICIÁRIO QUE DEVE AFERIR A REGULARIDADE DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO, VELANDO PELA OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO, INCLUSIVE NO QUE SE REFERE A MOTIVAÇÃO, QUE DEVE SER CLARA, SUFICIENTE E COERENTE COM OS FATOS E FUNDAMENTOS, APRESENTADOS. DECISÃO ADMINISTRATIVA GENÉRICA, SEM ADENTRAR NO MÉRITO DAS TESES DEFENSIVAS. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO. NULIDADE. RECONHECIDA. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. DESPROVIMENTO DO RECURSO.

(TJRJ) – Apelação Cível nº Representação nº 0426709-43.2016.8.19.0001, Relatora: Cláudia Pires dos Santos Ferreira, Data de Julgamento: 17/03/2021 — grifou-se)

21. Assim, na largada, a decisão ora recorrida merece ser imediatamente anulada para que nova — dessa vez, de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro — seja produzida e lançada em seu lugar, concedendo, na ocasião, novo prazo recursal para a ETEPAR, com fundamento no artigo 93, inciso X, da Constituição Federal e 2º e nos artigos 50 da Lei Federal nº 9.784/1999.

**CUMPRIMENTO INTEGRAL DO ITEM 12.3.1.1. F DO EDITAL:
APRESENTAÇÃO DE BALANÇO PATRIMONIAL NA FORMA DA INSTRUÇÃO
NORMATIVA RFB Nº 787/2007**

22. Superada as questões preliminares – imediata concessão do efeito suspensivo e ausência de motivação da decisão de inabilitação – a decisão de inabilitação da empresa não pode prosperar, diante do cumprimento integral por parte da ETEPAR, ao item 12.3.1.1, F do Edital, tendo em vista que o referido item previu:

Etepar Construções LTDA.

E-mail: secretaria@etepar.com.br / CNPJ: 27.595.842/0001-90

"Serão considerados aceitos como na forma da Lei o Balanço Patrimonial e Demonstrações Contábeis assim apresentados:

f) As sociedades empresárias enquadradas nas regras da Instrução Normativa RFB nº787, de 19 de novembro de 2007, que institui a Escrituração Contábil Digital-ECD, para fins fiscais e previdenciários poderão apresentar o Balanço Patrimonial, em versão digital, obedecidas as normas do parágrafo único do art.2º da citada Instrução quanto a assinatura digital nos referidos documentos, quanto a Certificação de Segurança emitida por entidade Credenciada pela infraestrutura de Chaves Públicas - Brasileiras-ICP-Brasil] nos termos da IN-RFB nº926, de 11 de março de 2009."

23. Ou seja, considerando que a ETEPAR apresentou ECD, em primeiro momento, referente ao ano de 2021, e, após concedido prazo para apresentação de ECD referente ao ano de 2022, a diligência foi cumprida pela ETEPAR, jamais poderia prosperar a inabilitação da empresa por motivo temporal, conforme fundamentado pela Comissão de Licitação, no sentido de que a proponente apresentou balanço patrimonial com data de registro posterior a data do certame.

24. Repita-se ainda que à exaustão, o edital dispôs que seria considerado aceito como na forma da Lei, a ECD de sociedades enquadradas nas regras da Instrução Normativa RFB nº 787/2007. A referida Instrução dispõe em seu artigo 5º que a ECD será transmitida até o último dia útil do mês de junho do ano seguinte ao ano a que se refira a escrituração. Confira-se:

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

§ 1º Nos casos de extinção, cisão parcial, cisão total, fusão ou incorporação, a ECD deverá ser entregue pelas pessoas jurídicas extintas, cindidas, fusionadas, incorporadas e incorporadoras até o último dia útil do mês subsequente ao do evento.

§ 2º O serviço de recepção da ECD será encerrado às 20 horas - horário de Brasília - da data final fixada para a entrega.

24. Face ao exposto, considerando que a ETEPAR está enquadrada nas sociedades empresárias nas regras da Instrução Normativa RFB nº787, de 19 de novembro de 2007 e que o edital dispôs que seriam aceitos os balanços patrimoniais da supracitada Instrução, assim como os balanços patrimoniais na forma da Lei,

Etepar Construções LTDA.

E-mail: secretaria@etepar.com.br / CNPJ: 27.595.842/0001-90

resta inequívoco o estrito cumprimento do edital por parte da ETEPAR, inexistindo qualquer razão para sua habilitação.

PREFEITURA DE MARICÁ
PROCESSO Nº 11200/13
DATA DE INÍCIO 30.05.23
FLS: 13

25. Neste sentido, o Tribunal de Contas da União, firmou entendimento no acórdão nº 119/2016 - Plenário, reconhecendo como válidas tanto a apresentação de balanço patrimonial, na forma do Código Civil, quanto na forma da Instrução Normativa da Receita Federal:

"12. De outro tanto, o princípio da economicidade também fora invocado na peça recursal da empresa Confederal, nos seguintes termos: Considerando que os itens 10.2.2, 10.2.3 e 10.2.4 estão relacionados ao balanço patrimonial, citado no Inciso I do Artigo 31 da Lei 8.666/93, infere-se que o balanço ofertado pela Recorrente não foi aceito pelo Pregoeiro, AINDA QUE DEMONSTRADA DE FORMA CATEGÓRICA E VÁLIDA a adequada qualificação econômico-financeira por intermédio de instrumento legal. Veremos adiante a legalidade do instrumento/documento apresentado, bem como a demonstração do rigorismo excessivo por parte do Pregoeiro. Tal ato, excessivo, ofende o princípio da ECONOMICIDADE, afastando proposta mais vantajosa para a Administração e dando azo para proposta mais elevada, onerando os cofres públicos. [...] Portanto, avocando os princípios da RAZOABILIDADE e da ECONOMICIDADE, é prudente para a Administração Pública afastar-se do rigorismo excessivo e reconhecer como válidas, PORQUE VÁLIDAS SÃO, ambas as datas em questão que ensejam a validade do balanço patrimonial. Desarrazoado é desclassificar proposta cujos valores estão compatíveis com o mercado, cuja qualificação econômico-financeira está comprovada por documento válido e EXIGIDO no âmbito da Administração Pública até 30 de junho do corrente ano, em detrimento a proposta cujos valores são menos vantajosos para o Erário. (grifei) 13. Por oportuno, cabe ressaltar que o princípio da economicidade também havia sido levado em consideração no próprio voto condutor do Acórdão 1.999/2014-TCU-Plenário, tomado como paradigma, no âmbito do TRT-10, para a inabilitação da empresa Confederal: 14. Ressalte-se (...) que o valor da proposta considerada vencedora da licitação (empresa M Service Ltda., valor negociado R\$ 390.767,27 - peça 4, fl. 36) foi praticamente idêntico ao que havia sido apresentado pela representante (valor negociado R\$ 390.842,17 - peça 4, fl. 9). [grifei] 14. A mais moderna Hermenêutica Constitucional enfatiza o caráter normativo dos princípios, bem como a sua concretude, a sua positividade e, até mesmo, a sua supremacia. A exaltação do positivismo jurídico pode levar o Direito a ser prisioneiro da lei, o que seria uma negação de um ditado elementar da boa

Hermenêutica: "a pior interpretação da lei é a literal"; há de se considerar o seu conteúdo axiológico

(...)

20. Sustento entendimento diverso justamente por não vislumbrar qualquer tipo de conflito entre o conteúdo do art. 1.078 do Código Civil e o teor do art. 5º da Instrução Normativa da Receita Federal do Brasil (RFB) 1.420/2013, como sugere o sobredito acórdão. Ao revés, homenageando a interpretação sistêmica do ordenamento jurídico vigente, defendo que ambos os dispositivos se prestam justamente a complementar o art. 31, inciso I, da Lei 8.666/93, conferindo-lhe assim eficácia plena, senão vejamos. 21. De acordo com o referido art. 31, inciso I, da Lei 8.666/93, é legítimo exigir do licitante, para fim de qualificação econômico-financeira, "balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei (...)". [grifei] 22. Entendo que a expressão acima empregada "na forma da lei" refere-se tão somente ao termo "apresentados", e não à expressão "já exigíveis". Significa dizer que a lei disciplinará a apresentação do "balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social", estando esse disciplinamento hoje contemplado no Código Civil (Lei 10.406/2002), especificamente em seu art. 1.078 - o qual deixa assente que tal apresentação será feita para que a assembleia dos sócios da sociedade limitada delibere sobre os documentos que lhe foram apresentados -, nada discorrendo sobre a exigibilidade dessa documentação para fim de participação em processo licitatório. Atente-se para o conteúdo desse dispositivo legal: Art. 1.078. A assembléia dos sócios deve realizar-se ao menos uma vez por ano, nos quatro meses seguintes ao término do exercício social, com o objetivo de: I - tomar as contas dos administradores e deliberar sobre o balanço patrimonial e o de resultado econômico; [...] § 1º Até trinta dias antes da data marcada para a assembléia, os documentos referidos no inciso I deste artigo devem ser postos, por escrito, e com a prova do respectivo recebimento, à disposição dos sócios que não exerçam a administração. (grifei) 23. A rigor, à luz do caput do art. 1.078 do Código Civil, a deliberação da assembleia dos sócios sobre o "balanço patrimonial e o de resultado econômico" é que deverá ocorrer "nos quatro meses seguintes ao término do exercício social" (até 30/4), sendo que a apresentação propriamente dita de tais documentos perante os "sócios que não exerçam administração" terá de ser feita "até trinta dias antes da data marcada para a assembleia", portanto nos três meses seguintes ao término do exercício social (até 30/3). Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 54181386. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIAO TC 011.993/2015-4 7 24. Por seu turno, é a Instrução Normativa SRF 1.420/2013 que, implicitamente, oferece resposta para a questão temporal da exigibilidade do "balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social" nas licitações. Isso porque o seu art. 5º dispõe que a Escrituração Contábil Digital (ECD), a qual compreende a versão

Etepar Construções LTDA.

E-mail: secretaria@etepar.com.br / CNPJ: 27.595.842/0001-90

digital dos balanços e demais documentos contábeis (art. 2º), e cuja adoção é obrigatória para as pessoas jurídicas tributadas com base no lucro real ou no lucro presumido (art. 3º), deverá ser transmitida ao Sistema Público de Escrituração Digital (Sped) até o último dia útil do mês de junho do ano seguinte ao que se refira a escrituração."

26. No mesmo ano, o TCU solidificou este entendimento, no sentido de que a apresentação dos documentos relativos ao exercício imediatamente anterior só se iniciaria a partir de 30 de junho do exercício atual. Confira-se, abaixo, o trecho do voto do Relator proferido no acórdão 472/2016 – Plenário:

"3.2. Em relação à alínea "b", foi verificado que o prazo previsto no Código Civil (30/4/2015) refere-se à deliberação da assembleia de sócios sobre o balanço patrimonial e não a sua publicação. O fato de a empresa apresentar documentação referente ao exercício de 2013 em 22/5/2015 encontra respaldo na Instrução Normativa 1.420/2013 da Receita Federal do Brasil, pois, para as empresas que adotam o regime de tributação vinculado ao Sistema Público de Escrituração Digital - Sped, a exigência para apresentação dos documentos relativos ao exercício imediatamente anterior só se inicia a partir de 30 de junho do exercício atual."

PREFEITURA DE MARICÁ
PROCESSO Nº 11.200/23
DATA DE INÍCIO 30/05/23
FLS. 15

27. Isto posto, resta evidente a validade da transmissão de ECD, na forma da Instrução Normativa RFB nº787, de 19 de novembro de 2007 e o estrito cumprimento do item 12.3.1.1.F do Edital, sendo imperiosa a habilitação da proponente.

**NECESSÁRIA ANÁLISE À LUZ DO FORMALISMO MODERADO
AUSÊNCIA DE QUALQUER PREJUÍZO ÀS PARTES**

28. Superado o estrito cumprimento aos termos do edital pela recorrente, cumpre salientar que o edital dispôs que as análises dos documentos seriam balizadas no princípio do formalismo moderado, visando priorizar o interesse público e a economicidade. Confira-se:

"12.1.1 – As documentações solicitadas deverão ser apresentadas na sessão de licitação obedecendo a ordem descrita no edital e numerada.

Etepar Construções LTDA.

E-mail: secretaria@etepar.com.br / CNPJ: 27.595.842/0001-90

OBS: Cabe ressaltar que a análise será balizada no princípio do formalismo moderado, no qual vícios sanáveis serão retificados em sessão, amparados pelos acórdãos 1211/2021 e 966/2022 TCU, visando priorizar o interesse público e a economicidade."

SECRETARIA DE MARICÁ
PROCESSO Nº: 11200 / 23
DATA DE INÍCIO: 30/05/23
FLS: 16

28. Ocorre que, ainda que previsto no edital, que a análise da documentação se daria em atenção ao princípio do formalismo moderado, a decisão de inabilitação da ETEPAR mostra um excessivo formalismo, eis que foi fundamentada por conta de limite temporal e não demonstra qualquer economicidade e eficiência para a administração pública, tampouco, desconformidade com os princípios da administração pública previstos no art. 37 da Constituição Federal

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

29. Cumpre ressaltar que o certame licitatório iniciou no dia 4/5/2023, às 10 horas, conforme 1ª Ata de Realização da Concorrência Pública nº 01/2023 PMM, ou seja, considerando que a decisão de inabilitação se motivou devido à apresentação de balanço patrimonial em data posterior a data do certame, e, considerando que o registro do balanço patrimonial se deu em 5/5/2023, é possível perceber que a experiente empresa responsável pela execução de contratos de empreitada para os mais diversos entes da Administração Pública, foi impedida de prosseguir no certame licitatório por conta da diferença de um dia entre o registro do balanço patrimonial e o início do certame licitatório.

30. Todavia, conforme já exposto, na realidade, a apresentação de ECD referente ao ano de 2022, tratava-se de diligência da ETEPAR com a finalidade de cumprir integralmente os termos do edital, o que foi feito.

31. Neste sentido, questiona-se qual seria prejuízo para a administração pública no que tange ao prosseguimento da ETEPAR no certame licitatório, considerando: (i) o cumprimento ao item 12.3.1; (ii) a inequívoca saúde financeira

da ETEPAR; (iii) a necessidade de análise dos documentos apresentados pelas proponentes, à luz do princípio do formalismo moderado.

SECRETARIA DE MARICÁ
PROCESSO Nº 112007/23
DATA DE INÍCIO 30/05/23
FLS: 17

32. Por se tratar de questão temporal e a égide dos princípios norteadores da Administração Pública como razoabilidade e economicidade, o TCU reconheceu mais de uma data como válida para apresentação de balanço patrimonial, conforme acórdãos 119/2016- Plenário e 472/2016 -Plenário.

33. Isto posto, resta evidente que a apresentação de balanço patrimonial datado do dia cinco do mês de maio está em total consonância com a jurisprudência do TCU, sendo impossível a classificação da ETEPAR como inabilitada, devido à data da apresentação do balanço patrimonial.

34. Até porque como seria possível a decretação de inabilitação de uma empresa, se inexistente qualquer prejuízo para a Administração Pública. Nesse sentido, consagrado é o princípio do *Pás de Nulitté Sans Grief* – Não há decretação de nulidade sem prejuízo, princípio consagrado no Código de Processo Civil, no art. 282.

"Art. 282. Ao pronunciar a nulidade, o juiz declarará que atos são atingidos e ordenará as providências necessárias a fim de que sejam repetidos ou retificados.

§ 1º O ato não será repetido nem sua falta será suprida quando não prejudicar a parte.

§ 2º Quando puder decidir o mérito a favor da parte a quem aproveite a decretação da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta."

35. Como não poderia ser diferente, o egrégio Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento neste sentido, quanto à impossibilidade de decretação de nulidade, quando constatada a ausência de prejuízo. Confira-se:

"EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. FALECIMENTO DO AUTOR. SUSPENSÃO DO PROCESSO. ARTIGOS 265, I E 266 DO CPC. DESNECESSIDADE. PREJUÍZO PARA AS PARTES. INEXISTÊNCIA. 1. Os artigos 265, I do CPC e 266 do CPC objetivam, além da regularidade processual, assegurar que não ocorra prejuízo aos

Etepar Construções LTDA.

E-mail: secretaria@etepar.com.br / CNPJ: 27.595.842/0001-90

sucessores das partes, de seu representante legal ou de seu procurador na condução da lide. 2. Em que pese a previsão legal de suspensão do processo quando ocorrer o falecimento do autor não ter sido observada, ante a falta de prejuízo para a Fazenda Nacional e dos sucessores do autor, não há nulidade a ser declarada, pois não basta a existência de irregularidade processual, é necessário que se verifique prejuízo, considerando que o Código de Processo Civil adotou o princípio pas de nullité sans grief (não há nulidade sem prejuízo). 3. Recurso especial improvido."

(STJ; Recurso Especial REsp 767186 / RJ; Relator(a): Castro Meira; Órgão Julgador: 2ª Turma; Data da Decisão: 24/08/2005; Data de Publicação: 19/09/2005)

SECRETARIA DE MARICA
PROCESSO Nº: 11200 / 23
DATA DE INÍCIO: 30/05/23
FLS: 18

"EMENTA: PROCESSUAL PENAL E PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO. JÚRI. ALEGAÇÃO DE NULIDADE NA AUDIÊNCIA REALIZADA SEM A PRESENÇA DO RECORRENTE. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. ART. 563 DO CPP. PRISÃO PREVENTIVA. EXCESSO DE PRAZO. SÚMULA 21 DO STJ. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. Segundo a legislação penal em vigor, é imprescindível quando se trata de alegação de nulidade de ato processual a demonstração do prejuízo sofrido, em consonância com o princípio pas de nullité sans grief, consagrado pelo legislador no art. 563 do CPP. 2. A presença do acusado na audiência de instrução, embora recomendável, não é essencial para a validade do ato, porém o reconhecimento da sua nulidade depende da comprovação concreta do prejuízo. 3. Compulsando os autos, não se verifica nenhum vício apto a inquinar de nulidade o feito, uma vez que o recorrente foi devidamente assistido por defesa técnica, necessária para a garantia do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório. 4. De acordo com a Súmula 21 do STJ, pronunciado o réu, fica superada a alegação de constrangimento ilegal por excesso de prazo. 5. Recurso ordinário em habeas corpus improvido."

(STJ; Recurso Ordinário em Habeas Corpus RHC 56530 / BA; Relator(a): Ribeiro Dantas; Órgão Julgador: 5ª Turma; Data da Decisão: 13/06/2017; Data de Publicação: 23/06/2017)

36. No mesmo sentido, como não poderia ser diferente, também é uníssono o entendimento do Tribunal de Justiça.

"EMENTA: PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA ON LINE. BLOQUEIO DE VALORES NA CONTA CORRENTE DO EXECUTADO. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE CITAÇÃO. ADUZ QUE NA

CORRESPONDÊNCIA NÃO HÁ INDICAÇÃO DO SEU ENDEREÇO COMPLETO. EM QUE PESE A ALEGAÇÃO DA PARTE AGRAVANTE, CERTO É QUE O AVISO DE RECEBIMENTO - AR RETORNOU DEVIDAMENTE RECEBIDO POR CARLOS JOSÉ, EM 18/03/2022. ORA, NÃO SE MOSTRA CRÍVEL, QUE O CARTEIRO TENHA SIMPLEMENTE ENTREGADO A CORRESPONDÊNCIA EM UM ENDEREÇO QUALQUER, SEM DILIGENCIAR SOBRE O CORRETO ENDEREÇO DO DESTINATÁRIO. CABE SALIENTAR, QUE O AGRAVANTE É UM POSTO DE GASOLINA, SENDO FACILMENTE LOCALIZADO, BASTANDO UMA SIMPLES PESQUISA. ADEMAIS, O NOSSO ORDENAMENTO JURÍDICO PROCESSUAL DETERMINA QUE SOMENTE SERÁ DECLARADA A NULIDADE DE ATOS PROCESSUAIS QUANDO COMPROVADA A OCORRÊNCIA DE PREJUÍZO ÀS PARTES, CONFORME PREVISÃO EXPRESSA NO ARTIGO 282, § 1º, DO NCPC (CORRESPONDENTE DO REVOGADO ARTIGO 249, § 1º, DO CPC/1973). NA PRESENTE HIPÓTESE, O PRAZO PARA O EXECUTADO APRESENTAR SUA DEFESA, SOMENTE COMEÇA COM A GARANTIA DO JUÍZO. O COMPARECIMENTO ESPONTÂNEO DO EXECUTADO SUPRE QUALQUER IRREGULARIDADE QUE PORVENTURA POSSA EXISTIR EM SUA CITAÇÃO. ENTENDIMENTO DO E. STJ E DESTA C. TRIBUNAL SOBRE O TEMA. DESPROVIMENTO."

(TJRJ); Agravo de Instrumento 0062898-78.2022.8.19.0000; Relator(a): Des(a). Cleber Ghelfenstein; Órgão Julgador: Décima Quarta Câmara Cível; Data da Decisão: 16/03/2023; Data de Publicação: 17/03/2023)

37. Face ao exposto, resta evidente o exacerbado formalismo na decisão de inabilitação da ETEPAR, diante: (i) da ausência de prejuízo para as partes; (ii) à luz dos princípios da economicidade e eficiência, e, (iii) em atenção à jurisprudência consolidada, no sentido de que somente seria declarada a nulidade quando comprovada a ocorrência de prejuízo às partes.

CONCLUSÃO

38. Pelo exposto, a Etepar Construções Ltda. confia em que essa respeitável Comissão Permanente de Licitação:

- (i) preliminarmente, concederá efeito suspensivo ao presente recurso, por se tratar de decisão de inabilitação, conforme redação do item 20.4 do edital de Concorrência Pública nº 01/2023 e Processo Administrativo nº 17.501/2022;

Etepar Construções LTDA.

E-mail: secretaria@etepar.com.br / CNPJ: 27.595.842/0001-90

- (ii) ainda em caráter preliminar, determinará a anulação do ato administrativo que decidiu pela inabilitação da ETEPAR, diante da carência de motivação da decisão de inabilitação, por se tratar de elemento essencial e imprescindível de todo e qualquer ato administrativo, conforme determina o ordenamento jurídico brasileiro, à luz do entendimento jurisprudencial;
- (iii) no mérito, julgará procedente o presente recurso, considerando a ETEPAR CONSTRUÇÕES LTDA., como habilitada para o prosseguimento da próxima fase do Processo Administrativo nº 17.501/2022, diante do estrito cumprimento adequado do item 12.3.1.1. F do Edital, sendo também reconhecida a ausência de prejuízo às partes, no que tange à apresentação de ECD com data posterior à data de início do certame;

Rio de Janeiro, 30 de maio de 2023.

Cordialmente,

ETEPAR CONSTRUÇÕES LTDA.

Thaiane Manfumat Ribeiro

27.595.842/0001-90
ETEPAR CONSTRUÇÕES LTDA
AV JOSE SILVA DE AZEVEDO NETO, 200, BL. 004 SALA 0104
BARRA DA TIJUCA - CEP 22.775-056
RIO DE JANEIRO - RJ

Etepar Construções LTDA.

E-mail: secretaria@etepar.com.br / CNPJ: 27.595.842/0001-90