

RECURSO CONTRA INABILITAÇÃO

Sobral, 04 de março de 2022.

Ilustríssimo Senhora, Flávia Maria Carneiro da Costa
Pregoeira Oficial do Município de Viçosa do Ceará

Inabilitação por suposto descumprimento às cláusulas editalícias,

Ref.: EDITAL DO PREGÃO ELETRÔNICO nº 06/2022-SESA/SRP

L R Distribuidora de Medicamentos LTDA, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ/MF sob nº 41.194.774/0001-88, com sede na Rua Coronel Frederico Gomes nº 1610 – Bairro: Campos dos Velhos, na cidade de Sobral, estado do Ceará, por seu representante legal infra assinado, vem, à presença de Senhoria, a fim de interpor,

RECURSO ADMINISTRATIVO,

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,

Preliminarmente, salienta –se que nos termos do inciso XVII do art. 4º da Lei 10.520/2002, cabe recurso administrativo no prazo de 03 (três) dias da decisão que declare o vencedor em pregão.

Outrossim, o Decreto nº 10.024/2019, que regulamenta a licitação, na modalidade pregão, na forma eletrônica, dispõe no art. 44 que:

“Declarado o vencedor, qualquer licitante poderá, durante o prazo concedido na sessão pública, de forma imediata, em campo próprio do sistema, manifestar sua intenção de recorrer.

§ 1º As razões do recurso de que trata o **caput** deverão ser apresentadas no prazo de três dias.”

No caso em tela, a decisão ocorreu em 04/03/2022 em sessão de licitação. De modo que, o prazo para interpor recurso decorre em 08/03/2022.

Demonstrada, portanto, a tempestividade do presente Recurso.

L R Distribuidora de Medicamentos LTDA CNPJ: 41.194.774/0001-88
Endereço Completo: Rua Coronel Frederico Gomes, nº 1610 – Bairro: Campo do Velhos, Sobral/CE, CEP: 62.030-020.
Telefone: (88) 99911-3361

I – DOS FATOS SUBJACENTES

Acudindo ao chamamento dessa Instituição para o certame licitacional susografado, a recorrente veio dele participar com a mais estrita observância das exigências editalícias.

No entanto, a douta pregoeira julgou a subscriteveinte inabilitada sob a alegação de que a mesma não apresentou o Alvará de Funcionamento e Balanço Patrimonial/Demonstração de Resultado do Exercícios, por isso, teria desatendido o disposto na primeira parte dos subitens 6.3.7 e 6.5.3 do Edital.

Ocorre que, essa decisão não se mostra consentânea com as normas legais aplicáveis à espécie, como adiante ficará demonstrado.

II – AS RAZÕES DA REFORMA

A Comissão de Licitação ao considerar a recorrente inabilitada sob o argumento acima enunciado, incorreu na prática de ato manifestamente ilegal.

Senão vejamos:

De acordo com o subitem 6.3.7. do Edital, - dispositivo tido como violado -, a licitante deveria juntar documento de:

6.3.7. ALVARA DE FUNCIONAMENTO da sede da empresa

A licitação visa obter a proposta mais vantajosa para a administração pública, permitindo que qualquer indivíduo participe da mesma desde que preencha os requisitos previstos no edital, respeitando os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa e da vinculação ao instrumento convocatório.

No procedimento licitatório devem ser observadas as regras constantes no edital, uma vez que é ele que faz lei entre as partes, devendo, é claro, acatar o que preconiza a lei 8.666/93.

Há de se ressaltar que o edital deve ser imparcial, não devendo haver qualquer tipo de favorecimento a nenhum indivíduo ou limitações que possam limitar o número de participantes, garantindo, assim, um tratamento igualitário entre todos os interessados.

Todavia, apesar de existir essa previsão, alguns órgãos em suas licitações têm exigido na fase de habilitação o Alvará Funcionamento, mas será que tal exigência seria legal? Não estaria o órgão licitante induzindo a licitação para um nicho específico?

Na fase de habilitação será analisado se os licitantes estão devidamente regularizados, bem como a sua idoneidade para poder contratar com o Poder Público.

A Lei 8.666/93 em seu artigo 27 determina **taxativamente** quais documentos devem ser exigidos pelo órgão, sendo eles: habilitação jurídica; qualificação técnica; qualificação

econômico-financeira; regularidade fiscal e trabalhista; cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.

A Habilitação Jurídica visa demonstrar que a empresa está legalmente constituída e apta a exercer direitos e obrigações, podendo assim contratar com a administração Pública. Os documentos exigidos são a cédula de identidade, registro comercial, no caso de empresa individual, 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, inscrição do ato constitutivo, no caso de sociedades civis, acompanhada de prova de diretoria em exercício e quando for empresa ou sociedade estrangeira em funcionamento no País 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.

A Qualificação técnica consiste em demonstrar que o licitante possui condições técnicas de cumprir na integralidade o solicitado em edital e poderá ser comprovada por meio de registro ou inscrição na entidade profissional competente; comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequado e disponível para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos.

Já Qualificação econômico-financeira dispõe acerca da idoneidade financeira do participante da licitação. Podendo exigir como prova de idoneidade o balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, certidão negativa de falência ou concordata, bem como garantia em caução em dinheiro, títulos da dívida pública, seguro-garantia e fiança bancária.

A Regularidade Fiscal e Trabalhista visa demonstrar que o licitante não possui débitos junto a Fazenda Pública. O órgão licitador pode exigir prova de regularidade perante as Fazendas Estaduais, Municipais e Federal, bem como junto a Seguridade Social, ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) e a Justiça do Trabalho por meio da Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas (CNDT).

O art. 7º, inciso XXXIII da Constituição Federal consiste na demonstração de que a empresa licitada não explora mão de obra de trabalho infantil, salvo na condição de aprendiz a partir de quatorze anos.

Assim, conforme restou demonstrado no rol de documentos exigidos pela Lei de Licitações, não há qualquer menção a obrigatoriedade de Alvará de Funcionamento na fase de habilitação, sendo que a única menção a esse requisito refere-se à empresas estrangeiras. Portanto, tal exigência é ilegal.

A requisição de Alvará de Funcionamento visa basicamente direcionar a licitação para um determinado nicho, bem como limitar os licitantes, ou seja, trata-se de uma fraude, pois fere os princípios da ampla concorrência e acessibilidade e da isonomia.

Por óbvio que há determinados segmentos que poderiam vir a justificar a necessidade de exigência de Alvará Funcionamento, como é o caso de empresas no comércio de alimentos, mas ainda há de se analisar com cautela tal pleito.

Portanto, não pode ser exigido em editais de licitações como requisito de habilitação técnica, conforme o artigo 30 da lei 8.666/93, nenhum tipo de alvará de funcionamento, ele não se presta a isso.

Entretanto, outra análise se faz quando o edital exige o alvará de funcionamento como requisito de comprovar a habilitação jurídica da licitante.

Vamos observar o seguinte: O legislador no artigo 30 da lei 8.666/93 criou um limitador, quando diz:

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

Observe a expressão da lei “limitar-se-á”. Indica que além do que está previsto no artigo nada mais pode ser exigido, exceto, segundo o inciso IV do mesmo artigo, ocorrer a hipótese de outra lei trazer uma exigência específica, como é o caso da legislação da Engenharia e de outras profissões regulamentadas por leis específicas.

No caso da habilitação técnica, somente uma lei pode trazer outras exigências, excluindo, portanto, normas infralegais como é o caso de Resoluções, Portarias, Instruções Normativas, etc. Tais normas se caracterizam como atos administrativos normativos do Poder Executivo, não tem força de lei.

Tais atos normativos podem somente trazer definições sobre o cumprimento do que já está previsto em uma lei, não criar regras além do que a lei exige.

Fazer uso de atos administrativos normativos do Executivo para exigir documentos de habilitação não previstos em leis, é o mesmo que autorizar o Edital a descumprir a legislação, visto que o Edital é outro tipo de ato administrativo.

Vamos observar agora o artigo 28 da lei 8.666/93 que trata da habilitação jurídica:

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

Observe que o legislado usou a expressão “conforme o caso”, dando abertura para outras hipóteses legais, a depender de cada segmento das atividades empresariais. Nesse sentido, vamos ver como o Tribunal de Contas da União se manifestou:

“Para fins de habilitação jurídica, é vedada a exigência de apresentação de alvará de funcionamento sem a demonstração de que o documento constitui exigência do Poder Público para o funcionamento da licitante, o que deve ser evidenciado mediante indicação expressa da norma de regência no edital da licitação. Acórdão 7982/2017-Segunda Câmara.

A exigência de tal documento na fase de habilitação claramente frustra o caráter competitivo do certame. Assim, caso a empresa concorrente se depare com um edital que

L R Distribuidora de Medicamentos LTDA CNPJ: 41.194.774/0001-88
Endereço Completo: Rua Coronel Frederico Gomes, nº 1610 – Bairro: Campo do Velhos, Sobral/CE, CEP: 62.030-020.
Telefone: (88) 99911-3361

requiera documentos diversos do que aduz a lei de licitação, deve-se em caso de inabilitação apresentar recurso administrativo.

Conclusão: O alvará de funcionamento só é possível ser exigido para cumprimento da habilitação jurídica, quando houver normas jurídicas de qualquer nível hierárquico do Poder Público que faça outras exigências para uma empresa funcionar.

Não se admite sua exigência para fins de habilitação jurídica, porque não é documento próprio para comprovar o pleno funcionamento da licitante, o qual poder e deve ser suprido pela AUTORIZAÇÃO DE FUNCIONAMENTO DE ESTABELECIMENTO (AFE) emitido pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária.

Na verdade, a exigência de alvará, assim como outras não elencadas pelo legislador, só contribui para afastar licitantes dos certames, quando exigidas para fins de participação na licitação.

Assim, deveria, ainda, o termo de referência concedido ao licitante vencedor um prazo mínimo de 30 dias a contar da homologação da licitação para que este apresente o alvará de funcionamento como condição para assinar o contrato, assim como já existem outras regras para efeito de contratação, como é o caso da habilitação fiscal da ME e EPP, nos termos da LC 123/2006 atualizada.

Vejamos também:

De acordo com o subitem 6.5.3 do Edital, - dispositivo tido como violado -, a licitante deveria juntar documento de:

6.5.3. Entende-se que a expressão "na forma da lei" constante no item 6.5.1, no mínimo Balanço Patrimonial, DRE - Demonstração do Resultado do Exercício, devidamente registrado na junta comercial da sede da licitante. (grifo nosso)

Entende-se por "forma da lei" o seguinte:

Quando S.A, balanço patrimonial devidamente registrado (art. 289, eaput e paragrafo 51, da Lei Federal Nº 6.404/76).

Quando outra forma societária, balanço acompanhado de cópia do termo de abertura e de encerramento do Livro Diário do qual foi extraído (artigo 50, parágrafo 20, do Decreto-lei Nº 486/69), autenticado pelo órgão competente do Registro do Comércio acompanhado da Certidão de Regularidade do Profissional - CRP reconhecido pelo conselho regional de contabilidade, nos termos da Resolução CFC 1.402/2012 do Conselho Federal de Contabilidade.

Observamos que já no enumerado subitem 6.5.2, alínea d., está elencado no item 6.5. RELATIVA À QUALIFICAÇÃO ECONÔMICA-FINANCEIRA.

d) As empresas constituídas no ano em curso: apresentarão deverão apresentar demonstrativo do Balanço de Abertura, devidamente registrados ou autenticados na Junta Comercial do domicílio da Licitante, acompanhado dos termos de abertura

e de encerramento do Livro Diário - estes termos devidamente, registrados na Junta Comercial assinado pelo sócio-gerente ou diretor e pelo contador ou outro profissional equivalente, devidamente registrado no Conselho Regional de Contabilidade.

Tal documento, ao revés do decidido pela Comissão de Licitação, atende ao exigido no Edital.

Em conformidade com texto legal, concomitantemente com o subitem 6.5.2 do edital em comento, como acima exposto, a recorrente é sociedade constituída há menos de um ano, haja vista, ter sido constituída no ano corrente, mais precisamente em 12/03/2021, comprovando-se tal situação em toda documentação de habilitação apensa ao processo licitatório.

Ao contrário da decisão proferida pela douta e ilibada comissão de licitação, a recorrente encontra-se totalmente HABILITADA, vez que, a mesma atendeu plenamente os requisitos editalícios, no que concerne a qualificação econômico e financeira, cumprindo o que disciplina o subitem 6.5.2, indo mas além, mesmo que, sem previsão editalícia a recorrente coadunou os termo de abertura e encerramento do livro diário, juntamente com a CRP de seu profissional contábil, salienta-se ainda, que está recorrente atendeu plenamente os ditames do subitem 6.5.9. Comprovação de possuir Capital Social equivalente a no mínimo 10,0% (dez por cento) do valor da sua proposta escrita, entretanto não há previsão editalícia para empresa na condição da recorrente em atender o sub-item 6.5.9, estando a decisão da nobre comissão totalmente desarrazoada.

É claro e evidente que, o subitem 6.5.2, é subsidiário do subitem 6.5.9, nessa esteira a regra apontada como não cumprida por esta reclamante cai por terra, haja vista, que a comprovação de capital social mínimo por si só atende o que disciplina o subitem em cortejo.

É cediço que a Administração não pode exigir de pretensos licitantes, a qualificação econômica e financeira de maneira em separado, vez que, tal qualificação será auferida por conjunto de situações e condições ensejadas no art. 31 da Lei 8.666/93, e suas alterações posteriores.

Assim Sendo, a decisão por inabilitar a recorrente, vai de encontro aos ditames e requisitos propostos pela própria municipalidade, ferindo de morte o princípio da vinculação ao ato convocatório e do julgamento objetivo, bem como outros princípios correlatos. Uma vez que, o subitem 6.5.2, mostra de forma clara e irrefutável que as empresas que não encerraram seu primeiro exercício social, ou seja, empresas constituídas há menos de um ano, supririam as exigências no tocante a qualificação econômica e financeira apresentando unicamente o balanço de abertura registrado na junta comercial e assinado por contador e seu representante, e essa foi a forma da apresentação de sua qualificação econômico e financeira em restrito atendimento ao edital.

Por tanto podemos perceber que a decisão da nobre comissão de licitação, estar indo de encontro ao que disciplina o edital elaborado por ela própria, vez que, coloca medidas e condições para satisfazer as exigências contidas no mesmo, e julga a recorrente por outra

L R Distribuidora de Medicamentos LTDA CNPJ: 41.194.774/0001-88

Endereço Completo: Rua Coronel Frederico Gomes, nº 1610 – Bairro: Campo do Velhos, Sobral/CE, CEP: 62.030-020.

Telefone: (88) 99911-3361

trena, pra não dizer de forma atabalhoada, nesse sentido, o julgamento da recorrente deverá dar-se em conformidade ao subitem 6.5.2, e não pelo subitem 6.5.3. as exigências contidas no edital e dito como motivo para inabilitar esta recorrente, dar-se á, as empresas que já finalizaram pelo menos um exercício financeiro, que no caso em pauta, a impetrante não se enquadra.

Licitante que iniciou as atividades no exercício em que se realizara licitação poderá apresentar balanço de abertura.

DELIBERAÇÕES DO TCU:

O Edital não pode conter restrições ao caráter competitivo do certame, tais como a proibição do envio de documentos por via postal; exigência de balanços patrimoniais do próprio exercício da licitação; exigência de comprovação da capacidade de comercialização no exterior e de certificado profissional, em caso de profissão não regulamentada. (fis. 440 - Manual de licitações e contratos 4ª edição TCU) Abstenha-se de exigir balanços referentes a exercícios sociais anteriores ao último, obedecendo estritamente ao disposto no art. 31, inciso 1, da Lei no 8.666/1993. Acórdão 354/2008 Plenário.

Deste modo, como não há obrigatoriedade de apresentação de balanço patrimonial para as empresas recém constituídas, de logo há óbices na apresentação dos índices. Prevalecendo a apresentação de BALANÇO DE ABERTURA, possibilitando assim, a participação no torneio de empresas nessas condições.

Nenhuma empresa pode ser impedida de participar de licitações, por não possuir o balanço patrimonial, em virtude do tempo de existência inferior a um ano.

Nos casos de empresas recém constituídas, a exigência prevista no artigo 31, I, da Lei 8.666/93, será atendida mediante a apresentação do "Balanço de Abertura". Consoante dispõe o Manual de Licitações e Contratos do TCU, 4ª edição (fl. 440):

"Licitante que iniciou as atividades no exercício em que se realizar a licitação poderá apresentar balanço de abertura."

Vale salientar, que os índices exigidos no subitem 6.5.8., mesmo que usualmente utilizados como parâmetro para habilitação em processo licitatório, por si só e usados solitariamente não é garantia de solidez das empresas participante dos referidos processos.

Em consonância com regramento legal vigente, a recorrente apresentou a documentação necessária para sua habilitação, a nobre comissão de licitação ao inabilitá-la incorreu em gravíssimo erro, haja vista, que a forma na qual foi apresentada a devida documentação relativa á sua habilitação, atende plenamente o regimento do edital susografado, e em nada desqualifica a impetrante, a incorreção da decisão proferida pela douta comissão, vilipendia o direito da mesma, e exclui do processo uma empresa idônea, com *capacidade* técnico

operacional e financeira, em detrimento a um julgamento demasiadamente equivocado.

Salientamos então, que a exigência supracitada vai de encontro com ao que leciona o regramento vigente.

Como a Lei não autoriza exigência de índices de Liquidez Geral (LG) Solvência Geral (SG) e Liquidez Corrente (LC) das empresas recém constituídas, toma-se uma exigência exorbitante ferindo o princípio da legalidade, eis que o incisoII do artigo 5º da Constituição Federal preconiza que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei"

Conclui-se, portanto, que, enquanto não revista a legislação no tocante à forma da exigência de índices contábeis, deve o administrador evitar a utilização desse mecanismo de afastamento dos interessados, sob pena de recair em procedimento licitatório maculado pela participação de licitantes inaptas ou pela exclusão de proponentes plenamente capacitadas.

III – DO PEDIDO

Na esteira do exposto, requer-se seja julgado provido o presente recurso, com efeito para que, reconhecendo-se a ilegalidade da decisão hostilizada, como de rigor, admita-se a participação da recorrente na fase seguinte da licitação, já que habilitada a tanto a mesma está.

Outrossim, lastreada nas razões recursais, requer-se que essa Comissão de Licitação reconsidere sua decisão e, na hipótese não esperada disso não ocorrer, faça este subir, devidamente informado, à autoridade superior, em conformidade com o § 4º, do art. 109, da Lei nº 8666/93.

Nestes Termos
P. Deferimento

Sobral, 04 de março de 2021,

L R DISTRIBUIDORA DE
MEDICAMENTOS
LTDA:41194774000188

Assinado de forma digital por L R
DISTRIBUIDORA DE MEDICAMENTOS
LTDA:41194774000188
Dados: 2022.03.07 14:19:36 -03'00'

Representante Legal: Riana Firmo de Lima
RG: 2004031010460
CPF:01584648341
L R Distribuidora de Medicamentos LTDA.
CNPJ: 41.194.774/0001-88

L R Distribuidora de Medicamentos LTDA CNPJ: 41.194.774/0001-88
Endereço Completo: Rua Coronel Frederico Gomes, nº 1610 – Bairro: Campo do Velhos, Sobral/CE, CEP: 62.030-020.
Telefone: (88) 99911-3361