

SOLUCOES E SERVIÇOS LTDA

RECURSO CONTRA INABILITAÇÃO

A
GRAMADOTUR
A/C PREGOEIRO
REF. PREGÃO Nº 025/2017

Gramado, 14 de Julho de 2017

Eu, Eduardo de Oliveira Baladão, Gerente Comercial, portador da cédula de identidade RG nº 1074932953, CPF 827.433.980-00, REPRESENTANTE LEGAL da empresa BOS SOLUÇÕES E SERVIÇOS LTDA – ME, CNPJ 21.777.585/0001-20, sediada na Rua Amazonas, 566 – Stella Maris, Peruíbe/SP, CEP 11750-000, CONFORME TERMO DE CREDENCIAMENTO DATADO DE 06/07/2017, com fundamento no Art. 42 da Lei Complementar nº123/2006, cuja redação foi dada pela Lei Complementar nº155/2016, e demais dispositivos legais pertinentes à matéria, venho, perante V. Sª interpor o presente RECURSO ADMINISTRATIVO contra a decisão proferida pelo respeitável Pregoeiro que julgou como inabilitada no presente certame a empresa BOS SOLUÇÕES E SERVIÇOS LTDA - ME, tudo conforme adiante segue, rogando, desde já, que seja a presente dirigida à autoridade que lhe for imediatamente superior, caso V. Sª não se convença das razões abaixo formuladas e, “spont propria”, não proceda com a reforma da decisão ora atacada, decidindo, por consequência pela manutenção da inabilitação da referida empresa arrematante.

Tempestividade

É o presente Recurso Administrativo plenamente tempestivo, uma vez que através da ATA do “EDITAL DE PREGÃO Nº 25/2017”, datada de 14/07/2017 (hoje), o pregoeiro abriu prazo legal para apresentação formal das razões e contra razões do recurso.

Conforme item 8.3 do Edital do certame, é concedido o prazo de 3 (três) dias úteis para apresentação das razões.

O Motivo do Recurso

O presente Recurso Administrativo é interposto em decorrência de haver descumprimento de uma Lei Complementar Federal nos atos realizados pelo Pregoeiro e Equipe de Apoio, tornando a Inabilitação da empresa BOS SOLUÇÕES E SERVIÇOS LTDA – ME ilegal e irregular.

Dos Fatos

No dia 14/07 a empresa BOS SOLUÇÕES E SERVIÇOS LTDA – ME se tornou a arrematante do lote 01 (lote único), do Pregão 025/2017. Ressalta-se o fato de ter sido a única empresa participante do certame.

No dia 14/07 foi realizado pelo pregoeiro a abertura do envelope da documentação de habilitação.

No dia 14/07 verificou-se à existência no envelope da “Certidão Negativa de Tributos Mobiliário”, emitida em 29/04/2017 pela Prefeitura Municipal da Estância Balneária de Peruíbe, sede do reclamante. A referida certidão possui validade até 28/07/2017, conforme consta naquele documento.

No dia 14/07 Pregoeiro e Equipe declararam a empresa BOS SOLUÇÕES E SERVIÇOS LTDA – ME inabilitada do certame, sob a alegação que “faltava apresentar a Certidão Negativa de Tributos Imobiliários”.

O Edital versa sobre a questão da regularidade fiscal – assunto em debate – da seguinte forma:

“4.1 Regularidade Fiscal, item ‘c’: Certidão Negativa de Débitos junto ao município sede da licitante”



SOLUCOES E SERVIÇOS LTDA

“4.4 Caso o vencedor do certame esteja enquadrado na condição de microempresa ou empresa de pequeno porte, e tenha comprovado esta condição por meio da declaração constante no item “3.1”, “Observações”, “b”, será assegurado o prazo de 05 (cinco) dias úteis, contados a partir da data do julgamento da proposta, prorrogáveis por mais 05 (cinco) dias, a critério da Administração, para regularização fiscal da documentação.”

Segundo o artigo 27, IV, da Lei 8.666/93, para habilitação nas licitações é necessário comprovar a regularidade fiscal do interessado. Buscando materializar a aplicabilidade do referido dispositivo, o art. 29, da citada lei, tratou, de forma genérica, da documentação relativa à regularidade fiscal.

No caso, vale destacar o inciso III, do art. 29:

Art. 29. A documentação relativa à regularidade fiscal, conforme o caso, consistirá em:

(...)

III – prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, se houver, relativo ao domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei;

O Sistema Jurídico vigente garante a todos, desde que devidamente habilitados, o direito de participação em licitações públicas. Por isso, a qualificação é um limite legal ao amplo direito de concorrer em certames, o que faz com que seus dispositivos não devam sofrer interpretação ampliada, porque é regra geral de hermenêutica que as limitações de direitos devem ser interpretadas restritivamente.

De acordo com a teoria do diálogo das fontes, que busca harmonizar e conferir efetividade ao ordenamento jurídico, o direito é uno e suas ramificações existem apenas para fins didáticos, para facilitar o estudo e a sistematização das disciplinas. Diante da unidade do sistema jurídico, os diversos ramos do Direito, que hoje é marcado pelo pluralismo de fontes legislativas, devem ser interpretados de forma sistemática e complementar.

Nesse escorço, empregando a complementaridade entre os ramos do Direito, o art. 29, III, da Lei 8.666/93, deve ser interpretado em conjunto com o art. 193, do Código Tributário Nacional – CTN:

Art. 193. Salvo quando expressamente autorizado por lei, nenhum departamento da administração pública da União, dos Estados, do Distrito Federal, ou dos Municípios, ou sua autarquia, celebrará contrato ou aceitará proposta em concorrência pública sem que o contratante ou proponente faça prova da quitação de todos os tributos devidos à Fazenda Pública interessada, relativos à atividade em cujo exercício contrata ou concorre.

Da hermenêutica conjunta, constata-se que a comprovação da regularidade fiscal deve ser exigida tão somente com relação ao ramo de atividade do fornecedor interessado. Portanto, é desprovida de sustentáculo jurídico a exigência de demonstração de regularidade fiscal sobre todos os tributos, notadamente acerca daqueles que não são inerentes à atividade do licitante.

Com base nessa premissa, deflui-se que na fase de habilitação em licitação destinada à contratação de prestador de serviço é ilegal a determinação de comprovação de regularidade fiscal de tributos que não se relacionam com as atividades de circulação de mercadorias e/ou prestação de serviços. Com efeito, sobressai incompatível com o sistema jurídico a exigência de comprovação de regularidade fiscal de tributos imobiliários (IPTU, ITBI, IPVA, ITR, etc.), porquanto ditas exações não se relacionam com a atividade dos fornecedores ou prestadores de serviços.



SOLUCOES E SERVIÇOS LTDA

Ademais, como forma de comprovação da regularidade fiscal, o art. 29, II, da Lei 8.666/93, exige a apresentação da seguinte documentação:

Art. 29. (...)

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;

Extrai-se desse dispositivo que a prova de inscrição no cadastro de contribuintes deve ser pertinente ao ramo de atividade e compatível com o objeto contratual. Por consequência, como o inciso III é silente e não faz prescrição em sentido contrário, não é adequado exigir a comprovação da regularidade tributária de forma generalizada.

A comissão de licitação não é órgão detentor do poder de polícia tributário e não se destina a, por via indireta, arrecadar tributos para os diversos Entes Federados, sob pena de usurpação de atribuições e caracterização de abuso de poder pela prática de desvio de finalidade. A Fazenda Pública já dispõe de uma série de prerrogativas para cobrança de seus créditos, não devendo a comissão de licitação, ante a inexistência de prescrição normativa, arvorar-se das atividades dos fiscais tributários.

No mesmo sentido, conforme sintetizado e defendido pelo Professor Marcelo Neves, é o entendimento dos doutrinadores Marcos Juruena Villela, Maria Sylvania Zanella Di Pietro e Jessé Torres Pereira Junior, *in verbis*:

A segunda linha de entendimento aponta para a necessidade de comprovação de regularidade fiscal do interessado consoante o ramo de atividade a ser contratado, ou seja, é, deve-se, a partir do conhecimento da hipótese de incidência de determinado(s) tributo(s), inerente(s) à atividade do licitante, saber em relação a qual(is) Fazenda(s) solicitar a demonstração da documentação hábil. Afinado por esse diapasão está, por exemplo, o jurisdoutor Marcos Juruena Villela, que assim asseve em seu mais recente livro: “A prova de regularidade fiscal só abrange a quitação para com os tributos inerentes à atividade do licitante (não se incluindo, pois, o IPTU, IPVA, ITR etc.)”

Ainda nessa segunda via de entendimento parece estar a professora Maria Sylvania Zanella Di Pietro que, ao examinar os art. 28 a 31 da Lei nº 8.666/93, afirma que “a própria redação deixa clara a não obrigatoriedade de exigir todos os documentos mencionados nos seus incisos; os arts. 28 e 29 falam que a documentação relativa à habilitação jurídica e à regularidade fiscal, “conforme o caso, consistirá em...”; ... “A exigência de documentação será feita de modo atender às várias situações possíveis.”

Jessé Torres Pereira Junior, de igual modo, afirma que “a prova de regularidade fiscal deve referir-se aos tributos devidos em razão da atividade pertinente ao objeto em licitação, em que o concorrente atue. (...)

Essa é, também para nós, a melhor interpretação que se pode dar a esta controversa questão, porquanto conjuga o prestígio ao princípio da razoabilidade com o respeito ao princípio constitucional que subordina as exigências de habilitação ao mínimo possível, preservada a segurança da execução do objeto contratual, ex vi do inc. XXI do art. 37 da CRFB/88.

Igualmente, ressalta-se parte do voto do conselheiro José Milton Ferreira, do Tribunal de Contas do Distrito Federal e Territórios, exarado no julgamento do Processo nº 2.479/1997[3], que foi acolhido pela unanimidade de seus pares:



SOLUCOES E SERVIÇOS LTDA

Voto, assim, acompanhando o douto Ministério Público, por que este Egrégio Plenário determine a expedição de ofício circular às unidades jurisdicionadas, orientando-as no sentido de que, ao discriminar a documentação comprobatória da regularidade fiscal nos procedimentos licitatórios, atente para a necessidade de coordenar o estatuto das licitações com as normas de direito tributário, em especial o disposto no art. 193 do Código Tributário Nacional, que determina que a prova de quitação de todos os tributos devidos à Fazenda Pública seja relativa à atividade em cujo exercício o proponente contrata ou concorre.

Nesse processo, o Douto Procurador-Geral do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas do Distrito Federal e Territórios, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, exarou o Parecer MP/TCDF – 3.0991/97:

O primeiro ponto concerne à exigência de regularidade fiscal, o que motivou, neste particular, a inabilitação de duas empresas do Estado de São Paulo, porque neste Estado exige-se duas certidões: uma quanto aos tributos mobiliários e outra quanto aos imobiliários. As empresas Risograph e Standard teriam apresentado apenas a primeira.

Na inicial sustentei descabida a exigência. A Lei nº 8.112/90 (*sic*) estabelece normas específicas sobre licitações. Neste passo, ao estabelecer no art. 29 a exigência de regularidade com a Fazenda Pública Federal, Estadual e Municipal, o fez de forma genérica e, além disso, em sua parte final, impôs a forma da lei.

Se faz remissão à legislação específica quanto aos tributos, remanesce, como corolário, a necessidade de coordenar-se o estatuto das licitações com as normas de direito tributário, em especial o Código Tributário Nacional. É preciso lembrar, ainda, o princípio básico da ampliação da competitividade, buscando sempre a proposta mais vantajosa, o que se olvidou neste caso, resultado em prejuízo superior a quarenta mil reais.

O CTN, em seu art. 193, restringe a exigibilidade, de forma expressa, aos tributos “relativos à atividade em cujo exercício se contrata”. Isto é Lei, vigente e eficaz ao tempo do procedimento licitatório e, como norma, vincula o Administrador. De qualquer forma, qualquer outro entendimento que pretendesse a abrangência sobre a generalidade dos tributos transformaria as comissões de licitação em órgãos de fiscalização tributária.

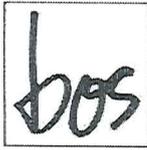
O renomado administrativista Carlos Pinto Coelho Motta, em sua obra “Eficácia nas Licitações e Contratos”, p.145, atesta a aplicabilidade do art. 193 do CTN à licitação.

Em novembro de 2009, o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao julgar recurso de apelação envolvendo matéria análoga, adotou a corrente defendida. Nesse passo, destaca-se parte do voto do Desembargador Rui Stoco, relator do caso:

Mais precisamente, a inabilitação deu-se por ausência de comprovação de regularidade fiscal, no que respeita ao recolhimento da espécie tributária ITBI (Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis). É o que se infere do documento acostado a fls. 186.

(...)

O artigo 27, da Lei 8.666/93 (Lei de Licitações), em seu inciso IV, determina ser requisito à habilitação, a regularidade fiscal. Em complementação, o artigo 29, inciso III, do referido diploma, esclarece que a documentação pertinente ao requisito de regularidade fiscal envolverá “prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei”.



SOLUCOES E SERVIÇOS LTDA

É certo que em atenção à unidade do ordenamento jurídico, que tem como vértice normativo a Constituição Federal, qualquer dispositivo deve ser tomado em consonância com o conteúdo desta.

Nesse diapasão, é imperioso destacar o disposto no artigo 37, inciso XXI, da CF/88, segundo o qual, em sede de licitação, apenas serão formuladas exigências razoáveis, ou seja, aquelas "indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações" cominadas pelo contrato administrativo que se pretende firmar.

Daí a necessidade de se analisar a exigência formulada, com o objeto do certame licitatório.

No caso em tela, como móvel da licitação promovida pela ré afigurava-se a construção e administração de instalação portuária, consistente em armazém de graneis sólidos (fls. 36 - item 6 do Edital).

Indaga-se, por conseguinte, qual a pertinência do objeto da licitação e a regularidade fiscal referente ao ITBI?

Ora, a exigência em apreço, não guarda qualquer liame lógico, causal ou pertinência com o objeto da licitação, qual seja, arrendamento de armazém, eis que se não atendida, em nada comprometeria o desenvolvimento do serviço contratado.

Em 2014, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo também já demonstrava entendimento definido sobre o momento e a forma de apresentação da regularidade fiscal das Microempresas:

“Diante disso, sustentando que está enquadrada na condição de microempresa (fls. 13 e 14/18) e, por essa razão, a comprovação de sua regularidade fiscal somente poderia ser exigida para efeito da assinatura do contrato, a postulante MOURATUR TRANSPORTE ARAÇATUBA LTDA. impetrou o presente mandado de segurança em face de ato coator do PRESIDENTE DA COMISSÃO DE LICITAÇÃO DA PREFEITURA MUNICIPAL DE ARAÇATUBA, requerendo fosse suspensa a sessão de abertura dos envelopes com as propostas, invalidado o ato administrativo que a inabilitou e anulada a Concorrência Pública nº 009/2010 (fls. 02/11).

Na sentença, o MM. Juízo a quo afastou a pretensão anulatória e concedeu parcialmente a segurança para o fim de reconhecer a ilegalidade do ato administrativo que inabilitou a impetrante do certame,

PODER JUDICIÁRIO

SÃO PAULO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

tendo em vista que, por sua condição de microempresa, tem o dever de comprovar sua regularidade fiscal somente no momento da assinatura do contrato, nos termos previstos no artigo 42, da Lei Complementar Federal 123/2006 e da cláusula 6.2.5.1 do edital (fls. 147/149).

Pelo que se depreende dos autos, a sentença deve ser mantida.

Isso porque restou incontroverso nos autos que a impetrante está enquadrada no conceito de microempresa (fls. 13 e 14/18), não tendo esta condição sido questionada pela autoridade coatora em suas informações (fls. 114/120).



SOLUCOES E SERVIÇOS LTDA

E, se assim é, não se mostrou correto o procedimento da Comissão de Licitação ao desclassificar a impetrante na fase de habilitação por ausência de apresentação da certidão negativa de tributos imobiliários, pois, consoante inteligência do artigo 42, da Lei Complementar Federal 123/2006, a comprovação da regularidade fiscal das microempresas nas licitações somente será exigida no momento da assinatura do contrato, in verbis:

Art. 42. Nas licitações públicas, a comprovação de regularidade fiscal das microempresas e empresas de pequeno porte somente será exigida para efeito de assinatura do contrato.

Note-se que o texto da aludida norma foi replicado na cláusula 6.2.5.1 do Edital da Concorrência Pública 009/2010. Confira-se:

“Cláusula 6.2.5.1 A

comprovação de regularidade fiscal das microempresas ou empresas de pequeno porte somente será exigida para efeito de assinatura do contrato, conforme art. 42 da Lei Complementar nº 123/06” (fls. 25).

Como se vê, com o propósito de conferir efetividade ao tratamento diferenciado exigido constitucionalmente no tocante às microempresas e empresas de pequeno porte (artigos 170, IX 1 e 179 2, ambos da Constituição Federal, tanto a legislação federal como o edital deixam claro que a comprovação da regularidade fiscal somente será exigida no momento da assinatura do contrato, de modo que restou dispensada a necessidade de que tal documentação seja apresentada na fase de habilitação.

Com isso, tendo em vista que o mandado de segurança constitui remédio constitucional voltado a amparar **direito líquido e certo**, sendo este “o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercido no momento de impetração”, ou seja, “há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante”³, era mesmo de rigor a concessão parcial da ordem de segurança para o fim de reconhecer a ilegalidade do ato administrativo que inabilitou a impetrante do certame.

Correta, pois, a solução albergada na r. 1 **Art. 170**. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

2 Art. 179. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.

³ AFONSO DA SILVA, José, Curso de Direito Constitucional Positivo, 33ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2010, p. 447.”



SOLUCOES E SERVIÇOS LTDA

Ressaltamos também que nossa empresa possui a regularidade fiscal solicitada, estando portanto regular dentro da absurda exigência efetuada. Porém o documento não constava no envelope da documentação pois acreditávamos estar amparados pela Lei; a qual o Sr. Pregoeiro e Equipe ignoraram a existência.

Vejam cópia digitalizada do documento abaixo:



PREFEITURA MUNICIPAL DA ESTÂNCIA BALNEÁRIA DE PERUIBE
Secretaria Municipal da Fazenda
Departamento de Rendas e Tributos
Serviço de Cadastro Imobiliário
Estado de São Paulo – Brasil

CERTIDÃO IMOBILIÁRIA

*C E R T I F I C O, a pedido de pessoa interessada, que verificando o fichário do Cadastro Predial Territorial Urbano desse município da Estância Balneária de Peruíbe, desse Estado de São Paulo, nele verifiquei **NÃO CONSTAR** como contribuinte “BOS SOLUÇÕES E SERVIÇOS LTDA - ME”, inscrito no CNPJ sob o n.º 21.777.585/0001-20 e Inscrição Estadual sob n.º 524.068.541.112, portanto **não há débitos até a presente data.***

Esta certidão tem validade por 90 (noventa) dias.

O referido é verdade e dou fé.

Peruíbe, 14 de Julho de 2017.



Diogo Pinheiro
Fiscal – Matrícula 869
Decreto n.º 3.809 de 9 de maio de 2013
Delegação OS 01/2017 SMF



Elaine Rodrigues de Matos
Auxiliar Administrativo
Matr. 7.619

*Loja Expediente ISS
Guia nº 0048/2017
RS 46.41*



SOLUCOES E SERVIÇOS LTDA

Do Pedido

Esperamos ter sido suficientemente claros referente as nossas razões, e sustentados nos princípios da isonomia, celeridade, publicidade, legalidade e vinculação ao ato editalício.

Na esteira do exposto, requer-se que seja julgado provido o presente Recurso Administrativo, com efeito para que, reconhecendo-se equivocada a decisão do Pregoeiro como de rigor, admita-se a HABILITAÇÃO da empresa BOS SOLUÇÕES E SERVIÇOS LTDA – ME, e a consequente sequência da etapa de habilitação/homologação do certame.

Solicitamos também, conforme a LC 123/2006, que a apresentação do documento solicitado ocorra no ato da assinatura do contrato; com a apresentação do mesmo em cópia autenticada ou original.

Outrossim, lastreada nas decisões recursais, requer-se que esta comissão 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 8666/93.

Nestes Termos, Pede deferimento

Eduardo de Oliveira Baladão