

### ▪ Visualização de Recursos, Contrarrazões e Decisões

#### **RECURSO :**

Ao Ilmo. Presidente da Comissão Permanente de Licitação da Prefeitura Municipal de São Pedro Da Aldeia/RJ

Ref.: Pregão Eletrônico nº 052/2022

Na qualidade de advogadas da COMÉRCIO DE GÊNEROS ALIMENTÍCIOS VIEIRA LTDA. ("Recorrente" ou "Vieira Alimentos"), sociedade com sede na Avenida Cotril nº 3.060, 4º Distrito – Jamapar, Sapucaia/RJ, CEP: 25887-000, inscrita no CNPJ sob o nº 10.866.908/0001-36, por intermédio de suas procuradoras ao final assinadas (DOC. N 01 – PROCURAÇÃO), com fundamento nos arts. 5, incisos XXXIV e LV, alínea "a", e 37, ambos da Constituição da República Federativa do Brasil, combinados com as determinações contidas na Lei 8.666/93, mais precisamente o artigo 109, inciso I, alínea "a" e demais dispositivos legais pertinentes à matéria, vem, perante V. Exa., interpor o presente

#### RECURSO ADMINISTRATIVO HIERÁRQUICO

contra a decisão que inabilitou a RECORRENTE no certame, advertindo-lhe da futura aplicação de penalidade, tudo conforme adiante segue, rogando, desde já, seja a presente dirigida à autoridade que lhe for imediatamente superior caso V. Exa. não se convença das razões abaixo formuladas e, "spontpropria", não proceda com a reforma parcial da decisão ora atacada, decidindo-se, ao final, pela não aplicação de qualquer sano  RECORRENTE.

#### .I.

##### TEMPESTIVIDADE:

O prazo para a apresentação do presente recurso  de 03 (três) dias úteis, nos termos da cláusula 11.4 do Edital de Licitação c/c art. 44, 1 do Decreto n 10.024/2019. Considerando que a manifestação da intenção de recurso foi apresentada no dia 05/09/2022 e que o termo final do prazo recursal na esfera administrativa apenas se dará em 09/09/2022, tendo em vista o feriado nacional da Independência do Brasil no dia 07/09/2022 ser, este recurso é plenamente tempestivo.

#### .II.

##### O MOTIVO DO RECURSO:

No certame em referência, a Recorrente foi inabilitada por se autodeclarar ME/EPP no sistema eletrônico do Portal Comprasnet.

Na ocasião, V.Sa.advertiu que "Conforme subitem 6.7 do Edital, a declaração falsa relativa ao cumprimento dos requisitos de habilitação,  conformidade da proposta ou ao enquadramento como microempresa ou empresa de pequeno porte ou ao direito de preferência sujeitará a licitante às sanções previstas neste Edital".

Cumpra esclarecer que, a autodeclaração pelo sistema, foi feita de forma equivocada pelo setor de licitações da empresa, que, de praxe, vêm, há anos, confeccionando as documentações para participação em pregões como ME/EPP, não sendo proposital e sim um erro isolado, tendo em vista ser recente o seu desenquadramento.

Em que pese o equívoco, a autodeclaração não surtiu nenhum efeito se quer no pregão, a uma porque não se tratava de licitação exclusiva às micro e pequenas empresas; a dois, porque a Recorrente não fez uso da benesse do direito de desempate concedido pela Lei Complementar n 123/2006.

Isso porque, na sessão pública, ao ser oportunizado  Recorrente fazer o uso do direito de desempate,o seu diretor – que foi quem a representou na etapa de lances e estava ciente do desenquadramento como ME/EPP –, recusou dar lance, não se favorecendo da prerrogativa concedida às micro e pequenas empresas (vide DOC. N 02).

Em outras palavras, a Recorrente participou do certame e ofertou o melhor preço mediante concorrência ampla, sem fazer uso de qualquer das benesses conferidas pela Lei Complementar n 123/2006.

Evidente, portanto, não ter havido dolo, m-fé, favorecimento indevido e muito menos prejuízos à competitividade e igualdade almejadas no processo licitatório, mas tão somente um erro escusável de marcao de "opo" dentro do sistema Comprasnet, o que se requer seja considerado por V.Sa.

#### .III.

##### AUSÊNCIA DE DOLO, M-F OU FAVORECIMENTO INDEVIDO:

Conforme já demonstrado, em que pese a marcao da declaração de forma equivocada como ME/EPP, a Recorrente não se beneficiou indevidamente do tratamento diferenciado no procedimento licitatório.

Isso porque, não se tratava de licitação reservada exclusivamente às micro e pequenas empresas, bem como, na sessão pública, o seu diretor não fez uso do direito de desempate conferido pela Lei Complementar n 123/2006, justamente por saber do seu desenquadramento, estando afastado o dolo, a má-fé e o favorecimento indevido.

De acordo com a jurisprudência pátria, o elemento que autoriza a aplicação de penalidade pelo ilícito é o dolo em causar prejuízo às verdadeiras microempresas e empresas de pequeno porte mediante o uso indevido das prerrogativas para, com isso, lograr êxito no certame. Confirma-se, nesse sentido, julgado do Tribunal de Contas da União (TCU):

- ACÓRDÃO 339/2019 - PLENÁRIO

“55. Convém também ressaltar que:

55.1. para participar do PE 6/2018 na condição de EPP, a empresa Linkon apresentou, juntamente com sua proposta inicial, declaração datada de 26/6/2018, informando que, sob as penas da lei, não ultrapassou o limite de faturamento e cumpria os requisitos estabelecidos no art. 3º da LC 123/2006, estando apta a usufruir do tratamento favorecido estabelecido nos arts. 42 a 49 da mesma lei (peça 37) ;

55.2. a empresa Linkcon, quando questionada pela Pregoeira, por meio um de seus funcionários, utilizou a prerrogativa do direito de preferência previsto na multicitada lei complementar (peça 26) agindo, dessa forma, conscientemente para sagrar-se vencedora do certame.

56. Em face desses fatos, no presente caso, não se pode entender pela existência de boa-fé e ausência de dolo da empresa Linkcon para obter proveitos indevidos mediante ação equivocada da Pregoeira, haja vista que o seu faturamento é superior ao estipulado pela lei complementar, no mínimo desde 2011.

57. Dessa forma, uma vez que a receita operacional bruta da licitante não era mais compatível com seu enquadramento como EPP para usufruir do benefício dado pela LC 123/2006, sua atitude consciente de fazer uso de informação ou documentação desatualizada, caracteriza fraude à licitação.

58. Por essa razão, a empresa Linkcon incorre na pena prevista no art. 46 da Lei 8.443/1992, que consiste na declaração de inidoneidade para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal.”

No presente caso, não se faz presente o dolo, a má-fé, o favorecimento indevido e nem qualquer prejuízo à terceiros, pura e simplesmente porque a Recorrente não agiu conscientemente com o intuito de fraudar a licitação, tanto que sequer utilizou quaisquer das benesses conferidas pela Lei Complementar nº 123/2006, tendo participado do certame e oferecido o melhor preço com total integridade.

Ante todo o exposto, e em prestígio à boa-fé da Recorrente, requer-se seja afastada a aplicação de quaisquer penalidades.

.V.

ATENUANTES:

A Recorrente ofertou o menor valor em igualdade de condições com as demais licitantes e não pelo critério de desempate.

A disputa ofertada pela Recorrente em conjunto com a empresa vencedora, perfez uma potencial economia aos cofres públicos, estando presente os princípios da economicidade e vantajosidade da contratação

E mais, cabe também ponderar que somente ao final do exercício de 2021 a Recorrente veio a auferir receita bruta superior ao teto estabelecido no art. 3º, inciso II, da Lei Complementar 123/2006, sendo situação apta a configurar erro escusável por parte do setor de licitações da empresa, principalmente por tais informações não serem da alçada daquele setor específico, que erroneamente assinalou a condição de ME/EPP no sistema eletrônico do Comprasnet.

Uma vez que não há dolo e tampouco má-fé, bem como se revela evidente a baixa materialidade dos reflexos da declaração como ME/EPP – haja vista a ausência de favorecimento indevido e prejuízos a terceiros –, tais circunstâncias demandam que a Administração Pública se abstenha de aplicar quaisquer penalidades.

Em linha, encontra-se a jurisprudência do TCU que, em recente decisão, ao tratar de situação semelhante em que a assinalada a declaração da condição de ME/EPP sem o ser e sem utilizar do critério de desempate, entendeu por não sancionar a licitante e arquivar os autos. Confirma-se abaixo:

- Acórdão 1375/2021-TCU-Primeira Câmara

“Considerando que, ao participar do pregão eletrônico 5/2020, promovido pelo Instituto Nacional de Câncer José Alencar Gomes da Silva (Inca) , embora a empresa Ecolav tenha se declarado erroneamente no sistema Comprasnet como ME/EPP, não usufruiu do direito de preferência previsto na LC 123/2006, tendo sido declarada vencedora por ter ofertado o menor preço;

Considerando, portanto, que não houve infringência à jurisprudência deste Tribunal (vide acórdãos 1797/2014, 745/2014, 2978/2013, 2858/2013, 1399/2013 e 107/72, todos do Plenário) ,uma vez que as situações ali tratadas se diferenciam do caso ora analisado, pois naquelas decisões as licitantes foram, de uma forma ou de outra, beneficiadas pelo uso indevido da situação jurídica prevista na LC 123/2006;

Considerando que o restante dos documentos apresentados pela Ecolav, tais como o balanço patrimonial e a demonstração do resultado, demonstram corretamente que a empresa não se enquadra como ME/EPP;

Considerando que já se encontra celebrado o contrato 169/2020, decorrente da licitação ora questionada.

Os ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão da 1ª Câmara, com fundamento no art. 1º, XXIV, na forma do art. 143, V, "a", ambos do RI/TCU, e de acordo com o parecer da unidade instrutiva emitido nos autos,

ACORDAM, por unanimidade, em conhecer da presente representação, para, no mérito, considerá-la parcialmente procedente, indeferir o pedido de concessão de medida cautelar formulada pela representante, encerrar o processo e arquivar os autos, dando-se ciência desta decisão, bem como da instrução da unidade técnica (peça 109) , ao Instituto Nacional do Câncer José de Alencar Gomes da Silva (Inca) , e à representante.”

Caso ainda assim V.Sa. discorde, requer-se seja aplicada, no máximo, pena de advertência, evitando-se a aplicação de sanção exagerada e desproporcional e a judicialização da questão.

Afinal, considerando que a declaração da condição de ME/EPP se deu em razão de erro escusável e não proposital durante os preenchimentos de declaração no sistema, bem como que a Recorrente não se beneficiou das vantagens conferidas pela Lei Complementar nº 123/2006, tais circunstâncias devem ser tidas como atenuantes, a influenciar na dosimetria da pena.

Portanto, em que pese a ter sido assinalada no sistema do Comprasnet a declaração de enquadramento como ME/EPP, há que sopesar em favor da Recorrente as situações atenuantes mencionadas nos itens precedentes.

.VI.

CONCLUSÃO:

Diante de todo o exposto, requer-se que V.Sa. se digne de:

(i) rever e reformar parcialmente a decisão exarada, concluindo pela não aplicação de qualquer penalidade à VIEIRA ALIMENTOS, haja vista a inexistência de dolo, má-fé, tampouco favorecimento indevido, uma vez que:

- a marcação da opção de enquadramento como ME/EPP, no sistema Comprasnet, se deu pura e simplesmente por erro escusável dos colaboradores do setor de licitações da Recorrente, que não se atentaram ao seu recente desenquadramento;
- a Recorrente não se beneficiou do tratamento diferenciado conferido às micro e pequenas empresas, na medida que não se tratava de licitação exclusiva às micro e pequenas empresas e não fez uso do direito de desempate conferido pela Lei Complementar nº 123/2006 quando convocada para usufruir de tal prerrogativa.

(ii) não sendo acatado o pedido acima formulado, realizar a remessa do presente recurso à autoridade que lhe for imediatamente superior, a fim de que a mesma o aprecie, como dedireito; e

(iii) intimar as demais licitantes para, querendo, impugnarem o presente recurso administrativo.

Termos em que,  
Pede deferimento.

Sapucaia, 09 de setembro de 2022.

Ariana Dias Pereira  
OAB/RJ nº 221.360

**Fechar**