



ESTADO DE GOIÁS
PODER LEGISLATIVO
CÂMARA MUNICIPAL DE ARUANÃ

UNIDADE CENTRAL DE CONTROLE INTERNO

Memorando nº 01 -2023

Ao Excelentíssimo Senhor

WEDSON BATISTA CAMPOS

Presidente da Câmara Municipal de Aruanã

PROCESSO Nº 11/2023

Carta Convite Nº 01/2023

ASSUNTO: AUTOTUTELA. NULIDADE PARCIAL. RETORNO À FASE DE JULGAMENTO DE HABILITAÇÃO.

I – Dos Fatos

Chegou a esta Controladoria o conhecimento da ocorrência da abertura dos envelopes da Carta Convite 01/2023.

Consta em resumo que no dia 30 de Janeiro de 2023, às 10:00 foi iniciada a sessão para avaliação das propostas para reforma e requalificação do piso da Câmara Municipal de Aruanã.

Participaram do certame as empresas abaixo:

- Realiza Construtora LTDA com CNPJ nº 44.076.746/0001 - 54.
- J.L CONSTRUTORA com CNPJ nº 23.514.936/0001-36
- Ribeiro Dias Barbosa e Cia LTDA, com CNPJ 47.403.078/00001-10
- Vilas Boas Engenharia CNPJ nº 37.01522/0001-01

Após o credenciamento foram abertos os envelopes, e restaram as empresas habilitadas para contratar com o poder público da seguinte forma, ao fim da fase de habilitação:

- **Realiza Construtora LTDA** com CNPJ nº 44.076.746/0001 - 54.
- **J.L CONSTRUTORA** com CNPJ nº 23.514.936/0001-36
- **Vilas Boas Engenharia** CNPJ nº 37.01522/0001-01 ficou habilitada “sob a condição” de apresentar o balanço patrimonial, certidão do FGTS, trabalhista, CAT, CERTIDÃO DO CREA, tanto da empresa quanto do profissional, declaração do responsável técnico e o termo de compromisso, no prazo de **05 dias** em caso de vencer o certame, por se tratar de Microempresa ou empresa de Pequeno Porte.
- Após recurso da empresa **Realiza Construtora LTDA** ficou inabilitada a empresa **Ribeiro Dias Barbosa e Cia LTDA**, com CNPJ 47.403.078/00001-10 por apresentar certidão municipal vencida e não apresentar a comprovação pela licitante de possuir no seu quadro permanente, na data de apresentação da proposta, profissional(ais) de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente.

Em análise perfunctória do caso **e adstrita á fase de habilitação**, emitimos o seguinte parecer com as devidas recomendações.



II - DA ANULAÇÃO PARCIAL DA FASE DE HABILITAÇÃO

Quanto a inabilitação da empresa Ribeiro Dias Barbosa e Cia LTDA, nome fantasia **RD Construções**, entendo como ato ilegal e ilegítimo, uma vez que a LC nº 123/06 possibilita o prosseguimento da Microempresa ou Empresa de Pequeno Porte no certamente, assegurado o prazo de cinco dias para regularizar sua situação;

Afirma o Tribunal de Contas dos Municípios do Estado de Goiás, no **ACÓRDÃO - CONSULTA Nº 00005/2019** que :

Importante frisar que a LC nº 123/06 tem o intuito de promover o desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica. É fundamental a observância do disposto na LC nº 123/06, uma vez que esta introduz um regime diferenciado de tratamento para as Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, inclusive no que se refere à regularidade fiscal, trazendo em seus artigos 42 e 43 a seguinte redação:

Art. 42. Nas licitações públicas, a comprovação de regularidade fiscal e trabalhista das microempresas e das empresas de pequeno porte somente será exigida para efeito de assinatura do contrato. Art. 43. As microempresas e empresas de pequeno porte, por ocasião da participação em certames licitatórios, deverão apresentar toda a documentação exigida para efeito de comprovação de regularidade fiscal, mesmo que esta apresente alguma restrição.

§ 1º Havendo alguma restrição na comprovação da regularidade fiscal, será assegurado o prazo de 5 (cinco) dias úteis, cujo termo inicial corresponderá ao momento em que o proponente for declarado o vencedor do certame, prorrogável por igual período, a critério da administração pública, para a regularização da documentação, pagamento ou parcelamento do débito e emissão de eventuais certidões negativas ou positivas com efeito de certidão negativa.

Assim, através da interpretação sistemática do texto legal, tem-se que o benefício consiste na possibilidade das ME e EPP demonstrarem tardiamente sua regularidade fiscal e trabalhista, por meio da documentação prevista nos incisos I a V do artigo 29 da Lei nº 8.666/93.

Desta feita, as empresas enquadradas como ME e EPP terão o direito de regularizar sua situação fiscal após a fase de habilitação, devendo ser habilitada "**sob condição**" e caso seja a melhor classificada no julgamento de propostas, então será concedido o prazo para que represente a documentação fiscal livre dos vícios.



ESTADO DE GOIÁS
PODER LEGISLATIVO
CÂMARA MUNICIPAL DE ARUANÃ

É como afirma o jurista Marçal Justen Filho:

“Portanto, o benefício reside não na dispensa de apresentação de documentos de regularidade fiscal. Nem se trata da dilação quanto à oportunidade própria para exibição dos documentos. O que se faculta é a desnecessidade de perfeita e completa regularidade fiscal no momento da abertura ou de julgamento do certame. Em outras palavras, o benefício outorgado às pequenas empresas, no âmbito da habilitação, está sintetizado no parágrafo 1º do art. 43: trata-se da faculdade de regularização dos defeitos existentes e comprovados nos documentos de regularidade fiscal apresentados na oportunidade devida pela pequena empresa”.

Ressalta-se ainda que o termo inicial do prazo de 5 dias úteis para a regularização da documentação, pagamento ou parcelamento do débito e emissão de eventuais certidões negativas ou positivas com efeito de certidão negativa se dá no momento em que o interessado for declarado vencedor da licitação.

Afirma, ainda, Marçal Justen Filho que “exigir regularidade fiscal em momento anterior se configura como excessivo e desnecessário. Ou seja, esse requisito não será apreciado antes do julgamento do certame, mas apenas no momento da assinatura do contrato”. Nestes termos, conclui-se que não há dispensa da apresentação da documentação, mas apenas que o licitante não será excluído do certame se houver algum vício na documentação apresentada.

Sendo assim, é necessário a regularização, pois caso a ME ou EPP não consiga regularizar a documentação fiscal e trabalhista no prazo legalmente fixado, o § 2º do art. 43 da LC 123/06 deixa claro que haverá consequências, sendo que implicará na decadência do direito à contratação, bem como a **aplicação das sanções previstas no art. 81 da Lei no 8.666/93, sendo facultado à Administração convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para a assinatura do contrato, ou revogar a licitação.**

Desta feita, responde-se o questionamento realizado no sentido de que, se no decorrer da licitação na modalidade Convite o interessado enquadrado como ME ou EPP apresentar documentação com alguma restrição para efeito de regularidade fiscal, **este não deverá ser declarado inabilitado, devendo o procedimento licitatório prosseguir com sua participação, de forma que apenas no caso de ser declarado vencedor deverá comprovar sua regularidade fiscal dentro do prazo de 5 (cinco) dias úteis.**

Como no caso em tela tal direito foi conferido a empresa **Vilas Boas Engenharia**, deveria ser, **pelo princípio da isonomia**, estendido à empresa Ribeiro Dias Barbosa e Cia LTDA, nome fantasia **RD CONSTRUÇÕES**, independentemente se dispunha ou não de representante legal no ato de abertura do certame.



Cumprе ressaltar que todos os julgados da administração pública estão embasados nos princípios insculpidos no art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que dispõe:

Art. 3º **A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia**, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. (BRASIL, 1993, grifei).

Outro quesito a considerar é o excesso de formalismo que poderá prejudicar o julgamento e o alcance da proposta mais vantajosa para a Administração. Já decidiu o TJ-RS, sobre o tema:

(...) **A Inabilitação não se mostrou razoável, notadamente por se tratar de licitação em que o foco é o menor preço. Afinal, como a administração pública busca vantagem econômica, o fator preço é decisivo — por menor que seja**. E é isso que prepondera sobre o formalismo. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2014-dez-12/excesso-formalismo-nao-excluirempresa-licitacao> Acesso em 31 de Janeiro. 2023. (grifei)

O entendimento aqui proferido e corroborado pautou-se nas lições do Mestre Hely Lopes Meirelles, que versa entendimento acerca da não exclusão de uma empresa do processo de licitação por conta de questões irrelevantes, como omissões ou irregularidades formais na documentação ou nas propostas, desde que não cause prejuízo à Administração pública:

"A desconformidade ensejadora da desclassificação da proposta deve ser substancial e lesiva a Administração ou aos outros licitantes, pois um simples lapso de redação, ou uma falha inócua na interpretação do edital, não deve propiciar a rejeição sumaria da oferta. Aplica-se, aqui, a regra universal do "utile per inutile non vitiatur", que o Direito francês resumiu no "pas de nullite sans grief". Melhor que se aprecie uma proposta sofrível na apresentação, mas vantajosa no conteúdo, do que desclassifica-la por um rigorismo formal e consentâneo com o caráter competitivo da licitação" (cf. Licitação e Contrato Administrativa, 11aed., Malheiros, 1997, p. 124).

O entendimento aplicado ao caso não significa desprestígio ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, mas sua modulação a partir de um conflito de princípios.



O disposto no *caput* do art. 41 da Lei 8.666/93, que proíbe a Administração de descumprir as normas e o edital, **deve ser aplicado mediante a consideração dos princípios basilares que norteiam o procedimento licitatório, dentre eles o da seleção da proposta mais vantajosa.** (*Acórdão 3381/2013-Plenário, TC 016.462/2013-0, relator Ministro Valmir Campelo, 4.12.2013.*) (*grifei*).

III - DO PODER-DEVER DA AUTORIDADE PÚBLICA DESFAZER SEUS ATOS QUANDO VICIADOS DE ILEGALIDADE.

Ocorrendo ilegalidade no procedimento de uma licitação, como está a ocorrer no presente caso, é poder dever dos Administradores desfazerem seu ato, decretando a nulidade do mesmo.

Assim, tendo a autoridade pública tomado conhecimento, quer por licitante, servidor ou qualquer cidadão de que o certame está afrontando disposições legais ou direitos dos licitantes, deve, de imediato, mandar apurar os fatos e, constatado o defeito, deve desconstituir aquele ato ilegal.

Nesse sentido a Súmula nº473 do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:

"A Administração pode anular os seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los por motivo de conveniência e oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial"

Ora, é corrente que ato administrativo praticado em desacordo com o ordenamento jurídico é inválido.

Porque sempre é inválido o ato que, ao nascer, afrontou as prescrições legais - carece de legalidade e se ressentir de defeitos jurídicos. Os atos inválidos são comumente chamados de nulos e afetam retroativamente (efeito *ex tunc*) o procedimento licitatório.

Em homenagem aos princípios da razoabilidade, proporcionalidade, da autotutela, da celeridade e do interesse público, recomenda-se a **anulação parcial** da licitação conforme o disposto no ACÓRDÃO TCU 1904/2008, *in verbis*:

9.2. é possível, nos termos do art. 49 da Lei nº 8.666/93, **a anulação de ato ou fase da licitação, inquinado de vício que não afete a totalidade do certame, bem como dos atos e fases subsequentes, operada pela autoridade competente para a homologação, a qualquer tempo. Como consequência, o procedimento licitatório deverá ser devolvido para a comissão de licitação, a fim de que refaça os atos anulados, aproveitando-se os atos regulares e não afetados pelo vício já praticados;**



Sendo assim, não resta outra posição por esta controladoria do que não RECOMENDAR o retorno ao momento inválido, o aceite de proposta, e a retomada da licitação.

Desta forma, a invalidação dos atos não tem como objetivo causar prejuízo a qualquer licitante, mas tão somente, não causar prejuízos à Administração e garantir a lisura do procedimento.

IV – DAS RECOMENDAÇÕES

Assim, recomendo o retorno do certame à etapa de julgamento, e a consequente nulidade de todos os atos subsequentes em virtude da aplicação do princípio da isonomia, aproveitando os atos regulares praticados.

É o parecer, salvo melhor juízo.

Aruanã, 31 de Janeiro de 2023

Wagner Martins da Silva
Chefe do Controle Interno