

À AUTORIDADE JULGADORA DO MUNICÍPIO DE DONA EMMA

PE: 10/2024

TERCERIZA – PRESTADORA DE SERVIÇOS LTDA, pessoa jurídica de direito privado, inscrita sob CNPJ nº 21.116.767/0001-50, estabelecida à Rua Tiradentes, 312, Wenceslau Braz/PR, por seus procuradores, vem à presença de Vossa Senhoria, fundando-se no art. 165, “d”, da Lei 14.133/21, apresentar

RECURSO ADMINISTRATIVO

contra a anulação do certame publicizada no dia 17/04/2024, consoante aos motivos de fato e direito a seguir expostos.

1. DO CABIMENTO E DA TEMPESTIVIDADE

O edital do pregão eletrônico 10/2024 adotou a Lei 14.133/21 como regulamento geral.

No entanto, suscitando suposto equívoco insanável no certame, a Administração o anulou. A citada legislação, em seu art. 165, I, “d”, dispõe que é um direito do licitante o recurso contra decisão de anulação:

Art. 165. Dos atos da Administração decorrentes da aplicação desta Lei cabem:

I - recurso, no prazo de **3 (três) dias úteis**, contado da data de intimação ou de lavratura da ata, em face de:

d) anulação ou revogação da licitação;

O dispositivo acima estabelece o prazo de 3 dias úteis. A decisão foi publicada em 17/04/2024, no portal da Prefeitura¹:

17/04/2024 - Justificativa para anulação do PL n. 10_2024
17/04/2024 - Ratificação da Anulação do PL n. 10_2024

Iniciando-se o prazo no dia útil subsequente (18/04), a data fatal para interposição do recurso é o dia 22/04/24, o que demonstra a tempestividade da presente petição, merecendo conhecimento.

2. DA SÍNTESE FÁTICA

O Município de Dona Emma publicou o pregão eletrônico 10/2024, com o fim de contratar empresa especializada na prestação de serviços de merendeira e auxiliar de serviços gerais.

Esta empresa participou do certame, alçando o segundo lugar. Veja-se:

Lote	LOTE 001	Itens do lote:	2		
Item: 1	Unidade: Mês	Quantidade: 48			
MERENDEIRA - 40 HORAS SEMANAIS – CBO 5132-05					
Item: 2	Unidade: Mês	Quantidade: 180			
AUXILIAR DE SERVIÇOS GERAIS – 40 HORAS SEMANAIS – CBO 5143-20					
CNPJ/CPF	Nome	Valor	Marca	Modelo	Situação
28.919.145/0001-00	BRV SERVIÇOS	699.000,00			Vencedor
21.116.767/0001-50	TERCERIZA	700.000,00			Classificado

Ocorre que a primeira colocada, BRV SERVIÇOS, apresentou planilha com diversas irregularidades, mormente a omissão de tributos por cotação através do simples nacional e previsão de valores irrisórios.

Em razão disso, esta empresa interpôs recurso, com o fim de desclassificar a BRV. Na etapa de julgamento, o Município decidiu por anular a licitação, sob as seguintes alegações:

¹ <https://donaemma.sc.gov.br/licitacao/10-2024-pregao/>

- a. Há dois serviços, um permitido cotar pelo simples e o outro não. No entanto, o edital não restringe a participação de empresas do simples nacional, incorrendo em erro grave:

Em consulta ao site da fazenda, constatou-se que a empresa vencedora **BRV SERVIÇOS TERCEIRIZADOS LTDA**, é optante do regime do Simples Nacional, conforme comprovação em anexo.

Tratando-se de licitação por LOTE em que ambos os serviços estão juntamente previstos, não havendo qualquer restrição quanto a participação de empresas optantes pelo regime do Simples Nacional, constata-se grave erro no edital, que, inclusive, está em desacordo com a legislação.

- b. Haverá uma análise futura sobre a possibilidade de distribuir em lotes distintos os serviços, ampliando a competitividade:

Assim, a anulação do presente Processo Licitatório se justifica diante da identificação de erro substancial no edital e a necessária alteração/correção, em relação à possibilidade de participação de empresas optantes do Simples Nacional, em observância ao art. 17 da LC 123/2006, onde se analisará a possibilidade e conveniência de adequação do edital, para que os serviços sejam previstos em lotes distintos, permitindo a participação de empresas optantes e não optantes do regime do Simples Nacional (a depender dos serviços de cada lote), ampliando a competitividade e atendendo ao princípio da legalidade.

No entanto, os motivos acima não são justificadores da anulação. A conduta correta do Município seria desclassificar a empresa BRV e convocar a Terceiriza, conforme se exporá a seguir.

3. DO MÉRITO

A anulação do certame é ilegal e deve ser reconsiderada para dar prosseguimento ao certame, pelos seguintes motivos:

- a. A unificação de dois serviços em um único lote não imprimiu falta de competitividade no certame. Foram classificadas 9 empresas;
- b. A legislação já impõe o desenquadramento do simples, não havendo necessidade de estar expresso no Edital, cabe a licitante conhecer das regras de regime tributário. A BRV, conforme

reconheceu o próprio Município, falhou gravemente em sua cotação e por isso deveria ser desclassificada. Não há erro insanável no edital;

- c. A anulação não pode servir de instrumento arbitrário, onde o gestor, quando descontente com o resultado, extingue o processo licitatório – caracteriza desvio de finalidade, potencial direcionamento e pode gerar responsabilização dos agentes;
- d. A anulação ilegal demonstra desrespeito à economicidade, haja visto que foram gastos recursos públicos para este certame e será novamente gasto com o próximo, desnecessariamente. Também, atenta contra a seleção da proposta mais vantajosa, uma vez que a Terceiriza tem uma diferença de 1 real, em relação a vencedora, e pode assumir uma contratação favorável ao ente.

Isto posto, passa a detalhar cada um dos pontos acima e pugnar para que a anulação seja reconsiderada e o certame prossiga com a convocação da segunda colocada.

3.1.DA IMPOSSIBILIDADE DE ANULAR A LICITAÇÃO – INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE INSANÁVEL

Segundo Marçal Justen Filho, a anulação “corresponde ao reconhecimento pela própria Administração do vício do ato administrativo, desfazendo-o se não estiverem presentes os pressupostos para sua preservação.”²

No âmbito das licitações, um processo só será anulado se houver irregularidade insanável, conforme exige o art. 71, III, da Lei 14.133/21:

Art. 71. Encerradas as fases de julgamento e habilitação, e exauridos os recursos administrativos, o processo licitatório será encaminhado à autoridade superior, que poderá:

² Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas / Marçal Justen Filho. – 2. Ed. – ver., atual. e ampl. – São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2023, p. 952

III - proceder à anulação da licitação, de ofício ou mediante provocação de terceiros, sempre que **presente ilegalidade insanável**;

§ 1º Ao pronunciar a nulidade, a autoridade indicará expressamente os atos com vícios insanáveis, tornando sem efeito todos os subsequentes que deles dependam, e dará ensejo à apuração de **responsabilidade de quem lhes tenha dado causa.**

Conforme exposto, no caso, não há nenhuma ilegalidade. A decisão alega que:

- Há lote único com serviços de regimes tributário distintos e o edital não impõe nenhuma restrição ao simples nacional;
- Deveria abrir outro processo para eventualmente separar os lotes para ampliar a competitividade.

Contudo, as afirmações do Município não são motivo para anular o certame. Não retratam nenhuma ilegalidade no edital.

3.1.1. RESPONSABILIZAÇÃO DOS AGENTES RESPONSÁVEIS PELA ANULAÇÃO

A anulação do certame deverá resultar na responsabilização dos agentes responsáveis pela elaboração e aprovação do edital. Assim preceitua o art. 71, §1º, da Lei 14.133/21.

Isto é, se o argumento do Município se mantiver, então o departamento jurídico e outros envolvidos permitiram o emprego de recursos públicos em uma licitação irregular, desde o princípio, devendo ser responsabilizados.

Mas sabe-se que o fato não é esse. O edital está correto, os agentes não falharam em sua confecção e o erro foi somente da BRV, que deve ser desclassificada, convocando-se a segunda colocada – conforme melhor demonstrado abaixo.

3.1.2. O EDITAL ESTÁ CORRETO – NÃO DEVERIA IMPEDIR A PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS DO SIMPLES E MUITO MENOS AVISÁ-LAS DO DEVER DE DESENQUADRAMENTO

Independentemente de o edital ter trazido serviços em lote único, não cabe ao convocatório sinalizar restrição ao simples ou alertar que as licitantes devem desenquadrar.

O edital está correto, a empresa optante pelo simples jamais pode ser impedida de participar. Ou seja, não poderia o Município restringir o acesso, conforme dispõe o TCU, no Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos nº 94³:

A condição de optante pelo Simples Nacional não impede empresa de participar de licitação cujo objeto envolva a cessão de mão de obra, mas a licitante que venha a ser contratada não poderá beneficiar-se daquela condição.

Veja, a indicação é clara: a empresa optante do simples não será impedida de participar, mas, caso vencer, deverá obrigatoriamente desenquadrar – a BRV deveria conhecer isso.

Ou seja, não se pode anular a licitação alegando que o edital deveria informar isso à empresa. A própria licitante deve saber que há serviços de regimes distintos que veda a opção pelo simples e deixar essa opção, independentemente de estar previsto no edital. A empresa deve conhecer a Lei Complementar 123/06 e os normativos correlatos.

O Município não pode, com uma intenção paternalista, extinguir o certame porque uma empresa falhou na opção do regime tributário. Se trata de um dever de a empresa conhecer os limites do seu regime, inobstante ao edital.

Se o convocatório está licitando dois serviços e um deles não permite o simples, a licitante deve ter ciência da obrigação de optar pelo regime comum, conforme Solução de Consulta 7/2007 e 59/2018, da RFB:

É o entendimento firmado, a nível nacional, pela Solução de Consulta Cosit nº 7, de 15 de outubro de 2007, em cuja ementa lê-se o seguinte (sem destaque no original): Em virtude de previsão

³<https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A14DB4AFB3014DBB4205D95F54&inline=1>

expressa em lei, a prestação de serviços de **vigilância, limpeza ou conservação, ainda que por meio de cessão ou locação de mão-deobra, não obsta a opção pelo Simples Nacional, desde que não seja exercida em conjunto com outra atividade vedada.**

Portanto, ambos os fundamentos afirmados pelo Município não demonstram que há vício insanável no edital. Pelo contrário, o erro foi da participante, conforme o próprio ente reconheceu:

prevista no §5º-C, do art. 18 da LC 123/06, os serviços de merendeira (item 1) não podem ser enquadrados nas exceções previstas em lei, de modo que a empresa que executará os serviços de cessão de mão-de-obra, não poderá ser optante do regime do Simples Nacional, em atendimento ao art. 17 da LC 123/06.

Em consulta ao site da fazenda, constatou-se que a empresa vencedora BRV SERVIÇOS TERCEIRIZADOS LTDA, é optante do regime do Simples Nacional, conforme comprovação em anexo.

Na decisão, o ente reconhece que o serviço de merendeira não poderia ser pelo simples, e conclui que a empresa o fez. Ou seja, a conclusão não é pela anulação, mas pela desclassificação.

Marçal Justen Filho deixa claro que o “dever de anulação não incidirá em vista de mera ilegalidade, mas somente quando o vício tiver comprometido a realização de valores jurídicos fundamentais.”⁴

Nota-se que, no certame, não há nenhuma irregularidade de tamanha gravidade que necessite anulação.

3.1.3. O EDITAL ESTÁ CORRETO – A JUNÇÃO DE DOIS SERVIÇOS EM UM ÚNICO LOTE NÃO RESTRINGIU A COMPETITIVIDADE

A decisão de anulação também entendeu que deverá ser aberto novo certame para, eventualmente, separarem os serviços em lotes distintos, ampliando a competitividade.

⁴ Idem, p. 975

Mas não houve falta de competitividade neste certame. Apesar da junção dos serviços em lote único, houve 9 empresas classificadas em um certame de disputa intensa nos lances.

CNPJ/CPF	Nome	Valor	Marca	Modelo	Situação
28.919.145/0001-00	BRV SERVIÇOS	699.000,00			Vencedor
21.116.767/0001-50	TERCERIZA	700.000,00			Classificado
48.240.374/0001-00	OLIVEIRA PRESTADORA	728.000,00			Classificado
23.750.577/0001-16	MASTER BRASIL	728.100,00			Classificado
27.750.463/0001-27	VICTORINO FIGUEIREDO	734.160,00			Classificado
13.024.787/0001-73	E7 PRESTADORA DE	740.000,00			Classificado
50.791.085/0001-41	PROATIVE SERVICOS	770.890,00			Classificado
26.427.482/0001-54	AGIL EIRELI	775.000,00			Classificado
45.301.855/0001-90	Costa Sul Serviços	798.020,20			Classificado

Onde estaria eventual restrição de competitividade frente aos diversos participantes? Não há.

Portanto, esse argumento também não é motivo para anulação.

Na verdade, caso se mantenha essa argumentação, haverá violação do princípio da economicidade e do formalismo/instrumentalidade.

O processo licitatório é composto por uma concatenação de atos com alguns fins a serem alcançados, dentre eles uma competição concreta e ampliação dos fornecedores interessados.

Se esse fim foi alcançado, jamais poderá o Município suscitar uma formalidade sanável para anular o certame, sob pena de formalismo exacerbado e falta de razoabilidade.

Não é razoável afirmar que faltou competitividade em um certame de lote único, quando 9 empresas foram classificadas. Há uma incoerência nessa afirmação, pois a unificação dos serviços não impediu a competição.

O próprio Tribunal de Contas da União assevera que, se o processo licitatório não apresenta vícios insanáveis, deve ser sempre aproveitado, em respeito à economicidade:

Se o processo licitatório não apresenta vícios insanáveis na origem, merece ter seu resultado aproveitado, tanto quanto possível, dentro

dos critérios da legalidade e economicidade. (TCU - Acórdão 249/2012-Plenário)

Ademais, há no certame a proposta da segunda colocada, com apenas 1 real de diferença, e total condições de assumir uma contratação vantajosa. Entre a segunda e terceira, há uma diferença de 28 mil reais, o que demonstra que a Administração deve aproveitar o certame e contratar a empresa Terceiriza.

Por conseguinte, considerando que o processo licitatório é legal, não deve ser extinto pelo Município, sob pena de violação à economicidade, à legalidade e à finalidade do ato.

3.2.A ANULAÇÃO DA LICITAÇÃO ATENTA CONTRA A ISONOMIA, E CONFIGURA DESVIO DE FINALIDADE E POTENCIAL DIRECIONAMENTO

Comprovou-se que os fundamentos para anulação são ilegítimos, pois:

- A anulação do certame está se dando somente porque a empresa BRV errou, de modo que o Município está sinalizando que não contratará ninguém se não a BRV e a oportunizará nova tentativa;

Veja, anular um certame logo após perceber o erro da vencedora é um ato que viola a credibilidade do ente licitante e do certame. Se uma empresa falha, deve ser desclassificada e não anulado o processo para permitir que concorra novamente, ignorando as demais participantes. Essa conduta é grave.

A manutenção da anulação comprova violação à isonomia, haja vista que a BRV está recebendo tratamento favorecido.

A anulação só tem um objetivo: extinguir um processo com erros insanáveis que prejudica a todos os participantes.

Não é o caso, posto que a competitividade está presente e o edital foi compreendido pelas demais participantes. Se uma empresa falhou em verificar a regulamentação de seu regime tributário e cotou errado, não pode alegar que o erro foi de todo o processo licitatório – não é um motivo para anulação.

E exatamente por isso que existe uma ordem de classificação. Se a primeira incorreu em grave equívoco, chama-se as demais, mas nunca anular o processo por este motivo.

Se a extinção do certame permanecer, haverá desvio de finalidade do ato anulatório, pois não foi utilizado para o fim legalmente previsto, podendo ensejar responsabilização dos agentes.

Assim ensina Antônio Roque Citadini, Conselheiro do TCE-SP, que após julgar casos como esses, afirmou que:

Isto há de ser assim, porque é evidente que o ato do administrador revogando o procedimento licitatório, não poderá se constituir em **represália por eventual resultado inesperado do certame**. Não pode, portanto, a Administração, utilizar-se dessa faculdade para atingir fins escusos. A revogação indevida trará **consequências individuais ao agente público**, além de poder, a própria Administração, ser onerada, caso a revogação seja desmotivada, contrária ao interesse público, ainda que em decorrência de fato superveniente, mas não comprovado ou que não altere as condições da licitação. Sempre poderá o interessado recorrer deste ato, tanto na esfera da própria Administração, quanto ao controle externo e ao Poder Judiciário.” (Citadini, Antonio Roque, Comentários e Jurisprudência sobre a Lei de Licitações Públicas, São Paulo: Max Limonad, 1996, págs. 294/296)

O conselheiro é assertivo ao alertar que extinguir um processo (revogação/anulação) não pode ter o fim de evitar um resultado inesperado. Se a intenção é que apenas a BRV deveria vencer e as demais serem ignoradas, há um desvio grave, que deve ser prontamente sanado com o prosseguimento do certame.

Por conseguinte, caso se mantenha a anulação desse pregão, não caberá escolha exceto representar ao Tribunal de Contas do Estado e ao Ministério Público, solicitando a responsabilização dos gestores responsáveis pela anulação ilegal.

4. DOS PEDIDOS

Por todo o exposto, requer-se o conhecimento e o recebimento deste recurso, **pugnando-se para que a anulação do pregão 10/2024 seja reconsiderada/revertida e o certame prossiga com a desclassificação da BRV e convocação das demais colocadas.**

Caso o pedido não seja atendido, o contexto será submetido ao Tribunal de Contas competente e ao Ministério Público para fiscalização do emprego de recursos públicos e apuração das irregularidades.

Nestes termos, pede e espera deferimento.

Londrina, dia 22 de abril de 2024.

TERCERIZA – PRESTADORA DE SERVIÇOS LTDA

Rafael Carvalho Neves dos Santos
OAB/PR nº 66.933

ed1077f2-378f-44fe-8a68-d7ab86dae9e1
Assinado de forma digital por ed1077f2-378f-44fe-8a68-d7ab86dae9e1
Dados: 2024.04.22 14:04:37 -03'00'

Wellington Garcia
OAB/PR 108.912