

## RECURSO

Ref: Tomada de Preços nº. 01/2022

Processo Licitatório nº. 327/2022

Vimos por apresentar RECURSO da Empresa H11 Soluções de Engenharia e Serviços Eireli, por não ter sido Habilitada na Fase de Habilitação Jurídica, no dia 18/5/2022 no Setor de Licitações do SAAE de Pedreira.

### 1- DOS FATOS

Na seção realizada a H11 Soluções de Engenharia e Serviços Eireli foi representada pelo Sr. Higino Gomes Júnior, proprietário, o qual apresentou os envelopes com a documentação apresentada no Edital.

O Evelope 01 - Documentos solicitados ou comprobatórios dos itens indicados no edital, porém por não ter conseguido acessar via Internet, via oficial e destinada a esse fim, o Atestado de Dívidas com a União que tem por finalidade verificar o status das dívidas da empresa com a União, o fez apresentando documentos comprobatórios de que dívidas haviam e que havia feito um parcelamento das mesmas, em outra palavras, **confessou a DÍVIDA. Apresentou, para comprovar as alegações, cópia da pagina da Receita Federal informando que não estava disponível acessar as Certidões (CNP, CD ou CP), cópia de DARF do parcelamento e cópia do acordo de parcelamento realizado com a União.**



Com a devida Venia, a intenção da Legistação de comprovar a existência ou não dívidas, no caso, com a União, o que foi feito pela H11 Soluções de Engenharia e Serviços Eireli através da “confissão de dívida” registrada pelos documentos anexados.

A Comissão de Licitação, corretamente, ao deparar com um fato não comum de comprovação da situação de Regularidade Fiscal e ouvir o representante da H11 Soluções de Engenharia e Serviços Eireli, suspendeu o certame licitatório e abriu prazo para recursos.

Lembre-se que H11 Soluções de Engenharia e Serviços Eireli é uma EPP, as quais facultou a Lei Complementar nº 123/2006 a possibilidade de **corrigir falhas porventura existentes nos documentos de habilitação**, qualquer que seja a modalidade de licitação adotada.

## 2- DO DIREITO

Habilitação jurídica pode ser definida como meio pelo qual o Poder Público busca garantir, mediante critérios objetivos estabelecidos na Lei de Licitações, que o vencedor do certame possua todas as condições de cumprir o avençado em futuro contrato administrativo, de modo a resguardar o interesse público evitando o dispêndio de recursos e a refeitura do procedimento.

Em outras palavras, a **fase de habilitação jurídica tem o intuito de comprovar a idoneidade e capacidade do licitante de executar satisfatoriamente as exigências do contrato**, de modo a permitir o avanço nas demais etapas do procedimento licitatório.



Desta feita, o **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA** possui salutar entendimento quanto efetiva repercussão prática com relação a exigências realizadas na fase de habilitação jurídica, conforme o seguinte julgado:

*"EMENTA: ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. HABILITAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. EDITAL. 1. As regras do edital de procedimento licitatório devem ser interpretadas de modo que, sem causar qualquer prejuízo à administração e aos interessados no certame, possibilitem a participação do maior número possível de concorrentes, a fim de que seja possibilitado se encontrar, entre várias propostas, a mais vantajosa.".*  
*(STJ – MS: 5606 DF 1998/0002224-4, Relator: Ministro JOSÉ DELGADO, Data de Julgamento: 13/05/1998, S1 – PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJ 10/08/1998 p. 4).[7]*

Nesse esteio, os critérios da referida fase se encontram no art. 27 da Lei 8.666/93, *in verbis*:

*"Art.27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:*

*I – habilitação jurídica;*

*II – qualificação técnica;*

*III – qualificação econômico-financeira;*

*IV – regularidade fiscal e trabalhista;*

*V – cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.”*

É mister salientar que os critérios ***não podem se configurar meras formalidades de indesejável impertinência*** para o fim ao qual se propõe, de forma que o administrador se mostra obrigado a utilizar, além de **razoabilidade** e **proporcionalidade**, quesitos que, de fato, demonstrem a capacitação do interessado e estejam previstos no instrumento convocatório conforme o comando do art. 40, VI, da Lei 8.666/93.

Quanto às críticas existentes especificamente à **regularidade fiscal**, tem-se que a **exigência constitucional da fase de habilitação jurídica teria se limitado à qualificação técnica e econômica.**

*“XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações” (nosso grifo)*

Nesse sentido, respeitáveis vozes doutrinárias – incluindo **Di Pietro** – consideram inconstitucionais as demais exigências que não sejam a qualificação técnica e econômica:

*“O que não parece mais exigível a partir da Constituição de 1988, é a documentação relativa à regularidade jurídico-fiscal, ou seja, prova de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Geral de Contribuintes (CGC), prova de inscrição no cadastro de contribuintes estadual ou municipal e prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal, pois isto exorbita do que está previsto na Constituição; com efeito, trata-se de exigências não essenciais à execução do contrato. Além disso, não se pode dar à licitação – procedimento já bastante complexo – o papel de instrumento de controle fiscal, quando a lei prevê outras formas de controle voltadas para essa finalidade.”*  
(nosso grifo)

Nessa mesma esteira de análise dos dispositivos constitucionais, defende-se que, fora a qualificação técnica e qualificação econômica, poderia ser exigida a **regularidade fiscal apenas** no tocante aos débitos existentes com o **sistema de seguridade social**, conforme preleciona o art. 193, § 3º, da Constituição Federal, que *“a pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o Poder Público nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.”*

Assim, defende-se que as restrições não poderiam extrapolar o conteúdo do dispositivos de estatura constitucional, que seja:

*“Artigo 37 – [...] XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de*



*pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (nosso grifo)*

**Celso Antônio Bandeira de Mello** defende que a exigência seria um percalço no aspecto da competitividade do certame e que a inabilitação só deveria ocorrer nos casos em que o adimplemento contratual possa se mostrar efetivamente comprometido.

*“No que tange à prova de regularidade com as Fazendas Públicas, anotou que já não mais se fala em “quitação” com a Fazenda Pública, mas em “regularidade” com o Fisco, que pode abranger a existência do débito consentido e sob o controle do credor. Donde, será ilegal o edital que exija prova de quitação. Além disto, o licitante pode haver se insurgido contra o débito por mandado de segurança ou outro meio pelo qual o questione ou questione seu montante. Há de se ter por certo que **“a exigência de regularidade fiscal não pode sobrepor-se à garantia da universalidade e do monopólio da jurisdição”**. Donde, se a parte estiver litigando em juízo sobre o pretendido débito, tal circunstancia não poderá ser um impedimento a que participe de licitações.” (nosso grifo)*

No mesmo sentido, pronuncia-se *Marçal Justen Filho* quanto a drasticidade da medida de inabilitação que exige circunstâncias excepcionais para sua aplicação.

*“Em qualquer caso, porém, a exigência de regularidade fiscal não pode sobrepor-se à garantia da universalidade e do monopólio da jurisdição. Significa que a submissão do litígio à apreciação do Poder Judiciário afasta qualquer laivo de irregularidade. Não é constitucional impor a perda do direito de licitar enquanto a matéria estiver sob apreciação do Poder Judiciário.” (nosso grifo)*

Um dos principais argumentos contrários à exigência da regularidade fiscal pode ser traduzido na configuração de sanção política. Assim, merecem maiores considerações os contornos e a definição do instituto. Afinal, o que seria sanção política?

Consoante *pacífica jurisprudência dos Tribunais Superiores*, o Poder Público não poderia se valer de meios coercitivos indiretos e desproporcionais para realizar a cobrança de tributos. Isso porque a Fazenda Pública já possui os meios idôneos, que respeitam o devido processo legal e seus respectivos consectários para atingir o patrimônio do contribuinte.

Em outras palavras, **ao dispor da execução fiscal e de todos seus benefícios previstos na Lei 6.830/80**, bem como a cobrança em sede administrativa do crédito tributário, a **entidade pública não poderia se valer de vias oblíquas** que *ofendem a livre iniciativa e o livre exercício de qualquer trabalho e ofício ou profissão a ponto de obrigar o sujeito passivo a realizar o pagamento, sob pena de sanções de tal natureza.*

**Nesse sentido, os Tribunais Superiores assim possuem o entendimento de forma sumulada:**

*“STF – Súmula 70: É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo.*

*STF – Súmula 323: É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos.*

*STF – Súmula 547: Não é lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais.*

*STJ – Súmula 127: É ilegal condicionar a renovação da licença de veículo ao pagamento de multa, da qual o infrator não foi notificado.”*

***O posicionamento do Supremo Tribunal Federal é uníssono no sentido de vedação do instituto enquanto meio para cobrança indireta do pagamento de tributos, conforme os seguinte julgados ora colacionados:***

***“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. ICMS. IMPOSSIBILIDADE DE IMPOR AO CONTRIBUINTE INADIMLENTE A OBRIGAÇÃO DO RECOLHIMENTO ANTECIPADO DO TRIBUTO. FORMA OBLÍQUA DE COBRANÇA. VIOLAÇÃO AOS PRÍNCIPIOS***



*DA LIVRE CONCORRÊNCIA E DA LIBERDADE DE TRABALHO E COMÉRCIO. AGRAVO IMPROVIDO. I – Impor ao contribuinte inadimplente a obrigação de recolhimento antecipado do ICMS, como meio coercitivo para pagamento do débito fiscal, importa em forma oblíqua de cobrança de tributo e em contrariedade aos princípios da livre concorrência e da liberdade de trabalho e comércio. Precedentes. II – Agravo regimental improvido.” (RE 525.802-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski).*

*“DIREITO TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. SANÇÃO POLÍTICA COMO MEIO COERCITIVO PARA PAGAMENTO DE TRIBUTOS. INCONSTITUCIONALIDADE. PRECEDENTES. 1. Nos termos da jurisprudência da Corte, é inconstitucional a sanção política visando ao recolhimento de tributo, tal como ocorre com o ato de condicionar a expedição de notas fiscais à prestação de fiança, garantia real ou fidejussória por parte do contribuinte. Matéria decidida no RE 565.048, Rel. Min. Marco Aurélio. 2. Agravo regimental a que se nega provimento.” (AI 623.739-AgR, Rel. Ministro Roberto Barroso)*

*"DÉBITO FISCAL – IMPRESSÃO DE NOTAS FISCAIS – PROIBIÇÃO – INSUBSISTÊNCIA. Surge conflitante com a Carta da República legislação estadual que proíbe a impressão de notas fiscais em bloco, subordinando o contribuinte, quando este se encontra em débito para com o fisco, ao requerimento de expedição, negócio a negócio, de nota fiscal avulsa." (RE 413.782, Rel. Min. Marco Aurélio)*

Assim, no sentido da exigência da regularidade fiscal se tratar de forma indireta de cobrança de tributo, tal corrente defende que ***o requisito da regularidade fiscal na fase de habilitação poderia ser classificado como sanção política repudiada pelo ordenamento jurídico pátrio***. Dessa feita, o Poder Público estaria se utilizando de via oblíqua de cobrança quando já detém os meios legítimos, quais sejam: execução fiscal ou cobrança em sede administrativa.

Por acréscimo, ***entende-se existir nefasta desproporcionalidade ao se exigir a quitação em todos os âmbitos do Estado Federado***, conforme o art. 29, III, da Lei 8.666/93 ao impor a prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei.

A Administração, ***utilizando de seu poder discricionário***, pode dispensar os documentos concernentes à habilitação jurídica à qualificação técnica e à econômico-financeira (art.28, 30 e 31 da Lei 8666/95)

Por fim, há que se ressaltar que ***a dispensa em questão é facultativa***, devendo a Administração, no uso de seu poder discricionário e capacidade de avaliação, julgar as hipóteses em que a mesma não poderá configurar abalo na segurança jurídica de suas avenças.

**3- CONSIDERANDO:**

- *o Estatuto das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, Lei Complementar nº 123/2006, a comprovação de regularidade fiscal dessas empresas somente será exigida para efeito de assinatura do contrato;*
- *A H11 Soluções de Engenharia e Serviços Eireli, conforme comprovado pela documentação e registrada na Ata da Seção realizada, é uma EPP, portanto faz jus Lei Complementar nº 123/2006;*
- *Conforme fixado na Lei Complementar nº 123/2006, caso haja alguma falha na documentação, deverá ser assegurado às microempresas e empresas de pequeno porte o prazo de dois dias úteis para regularização dos documentos, contados do momento em que o proponente for declarado VENCEDOR do certame. Contudo, essa correção está restrita aos documentos de regularidade fiscal;*
- *A H11 Soluções de Engenharia e Serviços Eireli tem capacidade técnica e expertise necessária para realizar o serviço contratado com a entrega de um excelente produto final;*
- *Que, conforme retro comprovado atinge plenamente a necessidade de informação solicitada, e que segundo a Lei Complementar nº 123/2006, o documento deveria ser apresentado pela empresa vencedora para efeito de assinatura de contrato;*

*- O Poder discricionário da Comissão de Licitação, a qual além de ser a responsável pelo pleno atendimento ao Edital, pode decidir quanto a fatos não comuns ocorrerem e decidir de forma discricional tendo como balizar o Edital e, acima de tudo, o INTERESSE PÚBLICO, isto é, o melhor uso dos **Recursos Públicos**, observando os **Princípios da Impessoalidade, Moralidade, Lisura, Transparência e da Razoabilidade**.*

Requeiro que a empresa H11 Soluções de Engenharia e Serviços Eireli seja **HABILITADA** para que possa participar das demais fases do processo licitatório em questão.

Termos em que,

Pede e espera deferimento.

Assinado eletronicamente  
HIGINO GOMES JUNIOR

CPF  
09001919880

DATA  
24/05/2022

Assinatura em conformidade com o processo eletrônico  
<http://serpro.gov.br/assinatura-digital>

SERPRO

Guarulhos, 23 de maio de 2022

Higino Gomes Júnior  
RG. n° 13.180.011-5  
CPF. 090.019.198-80