

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ
EDITAL DE PREGÃO ELETRÔNICO nº 022/2023
PROCESSO nº 8501338-65.2023.8.06.0000

RECURSO ADMINISTRATIVO

À Ilm^a Sra. Pregoeira
Valéria Esteves Gurgel do Amaral

GELAR REFRIGERAÇÃO COMERCIAL LTDA., empresa de direito privado, com CNPJ sob nº 11.805.967/0001-67, sita à Av. Pontes Vieira nº 281, Bairro São João do Tauape, Fortaleza-CE, por seu representante legal já identificado nos autos e ao final subscrito, vem respeitosamente à presença de V. S^a. apresentar recurso administrativo neste processo licitatório, cujo objeto em síntese cuida da “contratação de empresa especializada para serviços operação, assistência técnica, manutenção preventiva e corretiva, incluindo fornecimento de materiais, peças, componentes e acessórios, nos equipamentos que compreendem os sistemas de ar-condicionado por expansão direta do tipo VRF do Forum de Caucaia”.

1. DA TEMPESTIVIDADE

O ato convocatório deste certame licitatório prescreve o prazo de três dias para interposição de recurso administrativo (subitem 9.1. do edital c/c Art. 165 da Lei nº 14.133/2021), porquanto, com registro de recurso administrativo nesta data, eis que cumpridos os pressupostos de admissibilidade recursal, como a tempestividade, sucumbência, interesse, motivação e legitimidade, porquanto, *data vênia*, cabe à Sra. Pregoeira tomar conhecimento desta peça recursal com julgamento de seu mérito.

2. DA DESCLASSIFICAÇÃO DESTA RECORRENTE

Esta licitante GELAR REFRIGERAÇÃO COMERCIAL LTDA foi desclassificada conforme mensagem registrada no sistema de licitações:

o licitante foi considerado inabilitado, pois não apresentou a Justificativa para cumprimento do item 8.1.4.2 como exige o termo de referência.; visto que o valor da receita bruta discriminada na DRE do exercício de 2022, é superior a 10% da soma dos contratos.

3. DAS RAZÕES RECURSAIS

Ab initio, para contextualização da demanda recursal imperioso rememorar o subitem do termo de referência do edital citado na desclassificação, *ipsis verbis*:

8.1.4 Declaração do licitante, acompanhada da relação de compromissos assumidos, conforme modelo constante do Anexo 5, de que um doze avos dos contratos firmados com a administração pública e/ou com a iniciativa privada, vigentes na data apresentação da proposta não e superior ao patrimônio líquido do licitante que poderá ser atualizado na forma descrita no item 8.1.2, observados os seguintes requisitos:

8.1.4.1 a declaração deve ser acompanhada da demonstração do resultado do exercício (DRÉ), relativa aos 2 (dois) últimos exercícios sociais;

8.1.4.2 caso a diferença entre a declaração e a receita bruta discriminada na DRE apresentada seja superior a 10% (dez por cento), para mais ou para menos, o licitante deverá apresentar justificativas.

3.1. DA EXIGÊNCIA DA JUSTIFICATIVA DO SUBITEM 8.1.4.2. DO TERMO DE REFERÊNCIA DO EDITAL NÃO TEM PREVISÃO LEGAL

Sub examine tais subitens, conclui-se, ainda, que **apenas os subitens 8.1.4 e 8.1.4.1 estão arrimados na Lei nº 14.133/2021, enquanto o subitem que ensejou a desclassificação, não tem arrimo legal.**

Vejamos em resumo tais exigências em confronto com a Lei em comento, com grifos.

Edital	Lei nº 14.133/2021
8.1.4 Declaração do licitante, acompanhada da relação de compromissos assumidos , conforme modelo constante do Anexo 5, de que um doze avos dos contratos firmados com a administração pública e/ou com a iniciativa privada, vigentes na data apresentação da proposta não e superior ao patrimônio líquido do licitante que poderá ser atualizado na forma descrita no item 8.1.2, observados os seguintes requisitos:	Art. 69. § 3º É admitida a exigência da relação dos compromissos assumidos pelo licitante que importem em diminuição de sua capacidade econômico-financeira, excluídas parcelas já executadas de contratos firmados.
8.1.4.1 a declaração deve ser acompanhada da demonstração do resultado do exercício (DRE), relativa aos 2 (dois) últimos exercícios sociais;	Art. 69. I - balanço patrimonial, demonstração de resultado de exercício e demais demonstrações contábeis dos 2 (dois) últimos exercícios sociais;
8.1.4.2 caso a diferença entre a declaração e a receita bruta discriminada na DRE apresentada seja superior a 10% (dez por cento), para mais ou para menos, o licitante deverá apresentar justificativas.	SEM PREVISÃO (LEGAL) NA LEI Nº 14.133/2021

Como prova crível, elenca-se o rol de exigências prescritas na lei nº 14.133/2021 quanto à habilitação econômico-financeira, podendo-se concluir, desde logo, que **inexiste** a exigência de que se proceda a **diferença** entre a “declaração” de compromissos assumidos e “a receita bruta discriminada na DRE” para fins de habilitação, nem ainda consta a exigência legal de apresentação de **justificativas** a respeito, nem poderia, pois a *mens legis* da elencada norma jurídica positivada não poderia avançar como se opera a formação da receita bruta de licitante, se por contratos de serviços ou por venda de produtos.

Art. 69. A habilitação econômico-financeira visa a demonstrar a aptidão econômica do licitante para cumprir as obrigações decorrentes do futuro contrato, devendo ser comprovada de forma objetiva, por coeficientes e índices econômicos previstos no edital, devidamente justificados no processo licitatório, e será restrita à apresentação da seguinte documentação:

I - balanço patrimonial, demonstração de resultado de exercício e demais demonstrações contábeis dos 2 (dois) últimos exercícios sociais;

II - certidão negativa de feitos sobre falência expedida pelo distribuidor da sede do licitante.

§ 1º A critério da Administração, poderá ser exigida declaração, assinada por profissional habilitado da área contábil, que ateste o atendimento pelo licitante dos índices econômicos previstos no edital.

§ 2º Para o atendimento do disposto no **caput** deste artigo, é vedada a exigência de valores mínimos de faturamento anterior e de índices de rentabilidade ou lucratividade.

§ 3º É admitida a exigência da relação dos compromissos assumidos pelo licitante que importem em diminuição de sua capacidade econômico-financeira, excluídas parcelas já executadas de contratos firmados.

§ 4º A Administração, nas compras para entrega futura e na execução de obras e serviços, poderá estabelecer no edital a exigência de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo equivalente a até 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação.

§ 5º É vedada a exigência de índices e valores não usualmente adotados para a avaliação de situação econômico-financeira suficiente para o cumprimento das obrigações decorrentes da licitação.

§ 6º Os documentos referidos no inciso I do **caput** deste artigo limitar-se-ão ao último exercício no caso de a pessoa jurídica ter sido constituída há menos de 2 (dois) anos. (Grifos originais).

Com efeito, assim resta comprovado que os subitens 8.1.4 e 8.1.4.1 do termo de referência que versam, respectivamente, da declaração de compromissos assumidos e DRE dos últimos 2 (dois) exercícios sociais tem fulcro na Lei nº 14.133/2021, entretanto, o comparativo entre a referida declaração e a receita bruta e, ainda, justificativa a respeito, descritos no subitem 8.1.4.2 do termo de referência, não tem nenhum embasamento legal por vários motivos e que serão dispostos nesta peça recursal.

3.1.1. DA LEI Nº 14.133/2021 VEDANDO A EXIGÊNCIA DE ÍNDICES E VALORES NÃO USUALMENTE ADOTADOS

O subitem 8.1.4.2. do termo de referência do edital que motivou a desclassificação desta requerente - comparativo (receita bruta x compromissos assumidos) e justificativa, **além de sequer está previsto na nova lei de licitações** (nº 14.133/2021), o que já afeta seriamente a sua validade e higidez jurídica para fins de desclassificação, ainda mais é uma **vedação peremptória da lei em epígrafe** - a exigência de índices e valores **não usuais para avaliação da capacidade econômica-financeira de licitantes**, *ipsis verbis*:

Art. 69. § 5º **É vedada a exigência de índices e valores não usualmente adotados para a avaliação de situação econômico-financeira suficiente para o cumprimento das obrigações decorrentes da licitação.**
(Grifo nosso).

Dócil comprovar que a exigência de valores, *in casu*, a diferença entre os compromissos assumidos e a receita bruta **não é “usualmente adotado” em licitações**, como descreve como vedação o Art. 69, § 5º da lei nº 14.133/2021, pelo que se pode corroborar categoricamente, pois esta recorrente possui atuação no ramo ar condicionado há mais de trinta anos, tendo participado de inúmeras licitações e **“não é usual”** tais exigências, como se demonstra de editais de processos licitatórios recentes.

Nº	EDITAL	DATA DA DISPUTA DE LANCES
1	Pregão Eletrônico nº 20230029 METROFOR , Processo nº 03240276/2023, UASG: 943001, Nº Comprasnet: 19522023	29/02/2024
2	Pregão Eletrônico nº 20230002 SOP , Processo nº 11714158/2022, UASG: 943001, Nº Comprasnet: 02682023	21/03/2023
3	Pregão Eletrônico nº 20231607 SESA/HM , Processo nº 03424385 / 2023, UASG: 943001, Nº Comprasnet: 1607/2023	23/11/2023
4	Pregão Eletrônico nº 166/2023 ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO CEARÁ , Processo nº 11213/2023 UASG: 926841, Nº Comprasnet: 166/2023	20/12/2023
5	Pregão Eletrônico nº 20220013 DETRAN , Processo nº 03073440/2022, UASG: 943001, Nº Comprasnet: 1030/2022	28/12/2023

Em outro testilhar de ideias, nem mesmo em editais de licitações recentes deste egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará (TJCE), no ano de 2024 por exemplo, não existe exigência de compromissos assumidos, nem o comparativo entres estes e a receita bruta, nem justificativa decorrente. Editais com valores estimados consideráveis, estratosfericamente maiores que o deste processo de licitação que ora se recorre. Vejamos:

EDITAIS RECENTES DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO CEARÁ	VALOR ESTIMADO (R\$)	DATA DA DISPUTA DE LANCES
Pregão Eletrônico nº 6/2024 , Processo Administrativo nº 8510005-40.2023.8.06.0000	18.377.464,82	21/03/2024
Pregão Eletrônico nº 11/2024 , Processo Administrativo nº 8504314-11.2024.8.06.0000	22.362.776,36	29/04/2024

Por certo, sem nenhum demérito ao valor estimado neste certame que ora se recorre em comparativo com outros desse TJCE, mas o que se pretende inferir é que nem mesmo em processos licitatórios com valores bem maiores não há tamanha exigência de habilitação.

Para arrematar, no Pregão Eletrônico nº 49/2023 do TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 7ª REGIÃO (Processo nº 3479/2022. UASG: 80004, Comprasnet nº 49/2023), realizado em janeiro deste ano, com valor estimado de R\$ 8.694.021,87 (oito milhões e seiscentos e noventa e quatro mil e vinte e um reais e oitenta e sete centavos), em que esta empresa GELAR REFRIGERAÇÃO COMERCIAL LTDA foi homologada como vencedora e adjudicatária, também não havia tais exigências.

Em síntese, até mesmo em processos licitatórios com valores estimados vultosos, em que a administração pública poderia, em tese, acautelar-se quanto à capacidade econômica-financeira dos licitantes, não há tais exigências relatadas, o que comprova **“não serem usualmente adotadas”**.

3.1.2. DA LEI Nº 14.133/2021 QUE NÃO PERMITE COMPARATIVO DOS COMPROMISSOS ASSUMIDOS COM A RECEITA BRUTA E DECORRENTE JUSTIFICATIVA

Em outro giro, por indubitável que a pretensa justificativa requerida pelo subitem 8.1.4.2. do termo de referência do edital, em síntese, **ingressa na seara de faturamento desta recorrente, o que também é vedado pela lei nº 14.133/2021**, pois ao comparar a receita bruta com os compromissos assumidos, para fins de exigir uma justificativa a respeito, além de não ter amparo legal na lei em comento, pragmaticamente nada mais é que tratar de **valores e tipos de faturamento** o que, de igual modo, tem vedação tácita e explícita da lei nº 14.133/2021, *ipsis verbis*:

Art. 69. A habilitação econômico-financeira visa a demonstrar a aptidão econômica do licitante para cumprir as obrigações decorrentes do futuro contrato, devendo ser comprovada de forma objetiva, por coeficientes e índices econômicos previstos no edital, devidamente justificados no processo licitatório, e será restrita à apresentação da seguinte documentação:

[...]

§ 2º Para o atendimento do disposto no caput deste artigo, **é vedada a exigência de valores mínimos de faturamento anterior e de índices de rentabilidade ou lucratividade.** (Grifo nosso).

3.2. DA JUSTIFICATIVA QUE ENSEJOU A DESCLASSIFICAÇÃO DESTA REQUERENTE JÁ CONSTAVA NA DRE APRESENTADA

De raciocínio lógico dedutivo até ao homem mediano que se a **receita bruta total** constante na DRE de 2022 apresentada por esta recorrente contém o valor total de **R\$ 10.925.648,32** e, ainda, a relação de compromissos assumidos está no valor de **R\$ 5.835.837,72**, sendo estes compromissos referentes a contratos de manutenção, portanto são **serviços**, o restante do faturamento do ano de 2022 foi, por obviedade, de **vendas de mercadorias** (equipamentos de ar condicionado), **exatamente** como consta na DRE com valor de **R\$ 6.519.345,55**.

CONSTAM NA DRE 2022	VALOR (R\$)
Receita Bruta Operacional	10.925.648,32
Vendas de Serviços	4.406.302,77
Vendas de Mercadorias	6.519.345,55

Figura 1 – DRE de 2022 apresentada por esta recorrente

DEMONSTRAÇÃO DE RESULTADO DO EXERCÍCIO			
Entidade:		GELAR REFRIGERACAO COMERCIAL LTDA	
Período da Escrituração:		01/01/2022 a 31/12/2022	CNPJ: 11.805.967/0001-67
Número de Ordem do Livro:		12	
Período Selecionado:		01 de Janeiro de 2022 a 31 de Dezembro de 2022	
Descrição	Nota	Saldo anterior	Saldo atual
Receita Bruta Operacional		R\$ 5.987.753,38	R\$ 10.925.648,32
Faturamento Prod. Merc. e Serviços		R\$ 5.987.753,38	R\$ 10.925.648,32
Vendas de Produtos		R\$ 0,00	R\$ 0,00
Vendas de Mercadorias		R\$ 3.414.675,77	R\$ 6.519.345,55
Vendas de Serviços		R\$ 2.573.077,61	R\$ 4.406.302,77
(-) Deduções da Receita		R\$ (1.287.552,93)	R\$ (2.275.526,86)
(-) Impostos Faturados		R\$ (1.287.552,93)	R\$ (2.275.526,86)
(-) ICMS		R\$ (626.859,81)	R\$ (1.172.317,47)
(-) ISS		R\$ (106.825,95)	R\$ (222.170,40)
(-) COFINS		R\$ (455.069,25)	R\$ (723.880,93)
(-) PIS		R\$ (98.797,92)	R\$ (157.158,06)
(-) Outras Deduções		R\$ (0,00)	R\$ (0,00)
(-) Custo Mercad./Serv./Produtos Vendidos		R\$ (1.974.158,78)	R\$ (5.118.829,10)
(-) Custo das Mercadorias Revendidas		R\$ (1.741.272,24)	R\$ (4.859.050,71)
(-) Custo dos Serviços Prestados		R\$ (232.886,54)	R\$ (259.778,39)
(-) Despesas Operacionais		R\$ (2.809.518,90)	R\$ (3.148.577,21)
(-) Despesas Administrativas		R\$ (2.731.393,07)	R\$ (3.139.676,19)
(-) Despesas Tributárias		R\$ (4.855,13)	R\$ (0,00)
(-) Resultado Financeiro		R\$ (73.270,70)	R\$ (8.901,02)
(-) Despesas Financeiras		R\$ (73.270,70)	R\$ (8.901,02)
Outras Receitas e Outras Despesas		R\$ 0,00	R\$ 0,00
Participações e Contribuições		R\$ 0,00	R\$ 0,00
(-) Participações de Empregados		R\$ (0,00)	R\$ (0,00)
(-) Outras Participações		R\$ (0,00)	R\$ (0,00)
(-) Contribuição Social Sobre o Lucro		R\$ (7.896,38)	R\$ (35.831,10)
(-) Contribuição Social Sobre o Lucro		R\$ (7.896,38)	R\$ (35.831,10)
(-) Imposto de Renda		R\$ (13.160,63)	R\$ (87.530,86)
(-) Imposto de Renda		R\$ (13.160,63)	R\$ (87.530,86)
Resultado Líquido do Exercício		R\$ (104.534,24)	R\$ 259.353,19

Este documento é parte integrante de escrituração cuja autenticação se comprova pelo recibo de número 0B.04.78.B5.D5.AD.12.6F.FE.F1.D0.A4.26.C1.2D.EC.FE.55.C0.23-5, nos termos do Decreto nº 8.683/2016.

Este relatório foi gerado pelo Sistema Público de Escrituração Digital – Sped

Versão 10.1.8 do Visualizador

Página 1 de 1

A propósito, a receita de **serviços na DRE** é no valor de R\$ 4.406.302,77, enquanto a declaração de compromissos assumidos é de R\$ 5.835.837,72, o que é plausível esta diferença a maior na relação dos compromissos, eis que há contratos relacionados e que não foram recebidos os respectivos valores devidos a esta recorrente naquele ano da DRE pelos serviços prestados, constando como previsão de receita.

Destaca-se, ainda, que o Art. 69, § 3º da lei nº 14.133/2021 delinea que devem ser “excluídas parcelas ***já executadas*** de contratos firmados” na relação de compromissos, ou seja, valores já recebidos, ***mas não versa acerca de valores ainda não recebidos dos respectivos contratos pelos serviços prestados, como é o caso concreto.***

Em síntese conclusiva, a justificativa requerida pelo subitem 8.1.4.2. do termo de referência do edital e que deu origem à desclassificação desta recorrente ***já constava na DRE***, ou seja, por mera lógica e obviedade, ***a receita que não é de serviços (leia-se relação de compromissos assumidos), por certo se refere a vendas de mercadorias***, pois há somente estes dois tipos de receita na DRE de 2022 desta recorrente, porquanto, ***causa espécie ser desclassificado por algo que já fora apresentado na DRE tempestivamente.***

3.3. DA EXTEMPORENEIDADE DA EXIGÊNCIA DA RELAÇÃO ENTRE OS COMPROMISSOS ASSUMIDOS E A RECEITA BRUTA E ACÓRDÃO DO TCU

Causa espécie, ainda, com gravame, que a desclassificação desta recorrente ocorreu por uma análise da receita bruta auferida no ano de **2022** em relação a compromissos assumidos e subsequente “justificativa”, eis que já decorreu mais de um ano daquele exercício financeiro, não sendo, pois, um parâmetro a ser lançar âncora para fins de aferição ***real*** da habilitação econômica- financeira desta recorrente.

O único parâmetro que confere legitimidade à tal aferição é da relação entre os compromissos assumidos e o patrimônio líquido do licitante (subitem 8.1.4. do termo de referência), ***como bem asseverado em acórdão do Tribunal de Contas da União, contendo uma preleção irretocável do jurista Marçal Justen Filho***, o qual referenda, em outras palavras, que a relação dos compromissos ***“apenas adquire utilidade”*** quando comparada com o patrimônio líquido e não pela diferença entre receita bruta e tais compromissos, *ipsis verbis*:

Acórdão TCU 2247/2011 – Plenário:

4.17 Sobre a questão, Marçal Justen Filho (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 12ª Edição, 2008, pag. 449) apresenta os esclarecimentos a seguir:

A exigência de relação dos compromissos ***apenas adquire utilidade*** quando tenha sido previsto ***patrimônio líquido mínimo***. Objetiva verificar se os dados contábeis não estão prejudicados em função de fatos supervenientes. (...)

A relação de compromissos apenas poderá referir-se a eventos posteriores à data de apuração do balanço. Ora, a empresa pode ter ampliado o montante de seus compromissos após o balanço tanto quanto pode ter ampliado sua disponibilidade de recursos. **Logo, deve ser assegurado ao licitante demonstrar que os compromissos supervenientes não reduziram o montante do PATRIMÔNIO LÍQUIDO**, de modo a continuar a preencher os requisitos do edital. (Grifou-se).

3.4. DO TCU E A ORIGEM DA EXIGÊNCIA DA RELAÇÃO ENTRE OS COMPROMISSOS ASSUMIDOS E A RECEITA BRUTA E DECORRENTE JUSTIFICATIVA

A revogada Lei nº 8.666/93 já previa a exigência de **compromissos assumidos** em comparativo **com o patrimônio líquido e não em relação à receita bruta**. *Ipsis litteris*:

Art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a:
§ 4º Poderá ser exigida, ainda, a **RELAÇÃO DOS COMPROMISSOS ASSUMIDOS** pelo licitante que importem diminuição da capacidade operativa ou absorção de disponibilidade financeira, **CALCULADA ESTA EM FUNÇÃO DO PATRIMÔNIO LÍQUIDO** atualizado e sua capacidade de rotação. (Grifos nossos).

Nesta esteira de raciocínio, em 2013 o Tribunal de Contas da União passou à análise de problemas recorrentes **especificamente em contratos de terceirização de mão de obra**, instituindo um grupo de trabalho para elaborar sugestões de melhorias. Acórdão TCU 1214/2013 – Plenário, *in verbis*:

Trata-se de representação formulada pela então Secretaria Adjunta de Planejamento e Procedimentos – Adplan deste Tribunal, com o objetivo de apresentar **proposições de melhorias nos procedimentos relativos à contratação e à execução de contratos de terceirização de serviços** continuados na Administração Pública Federal.

2. **Constatou-se que, nos últimos anos, passaram a ocorrer com maior frequência problemas na execução desse tipo de contrato**, com interrupções na prestação dos serviços, ausência de pagamento aos funcionários de salários e outras verbas trabalhistas, trazendo prejuízos à administração e aos trabalhadores. Em razão disso, o então Presidente deste Tribunal, Ministro Ubiratan Aguiar, determinou à Administração do TCU que fossem realizados trabalhos conjuntos com outros órgãos da Administração Pública com o objetivo de formular propostas para ao menos mitigar tais problemas.

[...]

4. Foi constituído, então, um grupo de estudos, composto inicialmente por servidores do MP, da AGU e do TCU, passando a ser posteriormente integrado também por representantes do Ministério da Previdência Social, do Ministério da Fazenda, do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo e do Ministério Público Federal, que discutiram aspectos relacionados aos procedimentos licitatórios, à gestão e ao encerramento desses contratos. Destacam-se a seguir, os tópicos abordados pelo referido grupo: (Grifou-se).

Concluiu-se então naquele acórdão especificamente (reitera-se) quanto a licitações para contratação de mão de obra (**terceirização**), *ipsis litteris*:

ACÓRDÃO

VISTOS, relatados e discutidos estes autos que cuidam de representação formulada pela então Secretaria Adjunta de Planejamento e Procedimentos – Adplan, com o objetivo de apresentar propostas de melhorias nos procedimentos de contratação e execução de contratos de **TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS** continuados na Administração Pública Federal.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, diante das razões expostas pelo Relator, em:

9.1 recomendar à Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento que incorpore os seguintes aspectos à IN/MP 2/2008:

[...]

9.1.10.3 patrimônio líquido igual ou superior a 1/12 (um doze avos) do valor total dos contratos firmados pela licitante com a Administração Pública e com empresas privadas, vigentes na data de abertura da licitação. Tal informação deverá ser comprovada por meio de declaração, acompanhada da Demonstração do Resultado do Exercício (DRE) relativa ao último exercício social, **E SE HOUVER DIVERGÊNCIA SUPERIOR A 10% (PARA CIMA OU PARA BAIXO) EM RELAÇÃO À RECEITA BRUTA DISCRIMINADA NA DRE, A LICITANTE DEVERÁ APRESENTAR AS DEVIDAS JUSTIFICATIVAS PARA TAL DIFERENÇA;**

(Grifos nossos).

De nitidez solar a pino que aquele acórdão fazia alusão somente a processos licitatórios de mão de obra, inclusive citando, em outras palavras, que seria fato *sui generis* haver diferença entre o valor da receita bruta anual e o valor dos compromissos assumidos, pois, em tese, tais empresas do ramo tinham apenas e somente **serviços** como fontes de faturamento, que não é o caso desta recorrente (também possui receita de vendas), razão pela qual o TCU recomendava que havendo “diferença maior que 10% entre a receita bruta discriminada na DRE e o total dos compromissos assumidos”, a empresa deveria apresentar justificativas. *Ipsis verbis*:

98. **Como, em tese, grande parte das receitas das empresas de terceirização é proveniente de contratos**, é possível inferir a veracidade das informações apresentadas na relação de compromisso quando comparada com a receita bruta discriminada na DRE. **Assim, a contratada deverá apresentar as devidas justificativas quando houver diferença maior que 10% entre a receita bruta discriminada na DRE e o total dos compromissos assumidos.**

[...]

102. Assim, com base nesses pressupostos, **propõe-se as seguintes condições de habilitação econômico-financeira para comporem os editais destinados à contratação de serviços terceirizados:**

[...]

1.3. Comprovação, por meio de declaração, da relação de compromissos assumidos, conforme modelo constante do Anexo X, de que 1/12 (um doze avos) do valor total dos contratos firmados com a Administração e/ou com

a iniciativa privada, vigentes na data da sessão pública de abertura do processo licitatório, não é superior ao Patrimônio Líquido do licitante, podendo este ser atualizado na forma da subcondição anterior;

1.3.1. A declaração de que trata a subcondição 1.3 deverá estar acompanhada da Demonstração do Resultado do Exercício (DRE) relativa ao último exercício social;

1.3.2. **A declaração de que trata a subcondição 1.3 que apresentar divergência percentual superior a 10% (dez por cento), para cima ou para baixo, em relação à receita bruta discriminada na Demonstração do resultado do Exercício (DRE) deverá estar acompanhada das devidas justificativas.**

(Grifos nossos).

Em caso concreto, **data vênia máxima à V.S^a**, não deveria esta recorrente ter sido desclassificada pela suposta ausência de justificativa, pois esta empresa não é do ramo de terceirização de mão de obra, público alvo do Acórdão TCU 1214/2013 – Plenário, eis que diferentemente daquelas empresas possui esta recorrente dois tipos de faturamento, serviços e venda de mercadorias, **ambos constantes na DRE apresentada tempestivamente**, razão pela qual a diferença entre a receita bruta e os compromissos assumidos (leia-se serviços) é resultante do segundo tipo de faturamento (venda de equipamentos), o que causou incredulidade ter que justificar o que já havia sido demonstrado na DRE em alusão.

Ainda com este assunto em tela, para concluir com precisão cirúrgica o entendimento traz-se, então, a lume um site do ramo de licitação em que, após transcrever aquele Acórdão TCU 1214/2013 – Plenário que trata de empresas de terceirização de mão de obra, portanto, tem como receita **apenas serviços**, o site chama atenção que, de fato, a diferença entre os contratos firmados (leia-se novamente serviços) e a receita bruta deve **ser nula ou quase zero**, o que é de lógica pura e obviedade, o que não é o caso desta recorrente que possui dois tipos de faturamento (serviços e vendas de equipamentos de ar condicionado) e que, reitera-se, já constavam na DRE apresentada. Vejamos o artigo com grifos originais, *in verbis*:

Desta feita, confere-se a veracidade da relação de contratos firmados comparando-a com a Receita Bruta constante na DRE. Ela deve ser **nula ou quase zero** visto que as Receitas destas empresas são eminentemente provenientes de contratos. Se a diferença for maior que 10% é preciso dar oportunidade para ela poder se justificar. (Grifos originais).

Disponível em <https://www.licitacao.online/book/export/html/25> (acesso em 13 abr 2024).

3.5. DA DECISÃO AO REQUERIMENTO DE RECLASSIFICAÇÃO DESTA RECORRENTE

No parecer exarado por este egregio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em 11 de março do corrente ano, quanto a esta recorrente se faz referência a que a comissão de

licitação empreendeu esforços no sentido de sanar a ausência de justificativa requerida pelo termo de referência, o que é fato sem dúvida, contudo, data vênua, no ofício que fora enviado por esta recorrente à época se firmava também o esforço e a intenção de sanar a justificativa – aliás, não é demais frisar, há dois tipos de faturamento desta recorrente (serviços e vendas), ambos presentes na DRE, por isto a diferença entre a relação de compromissos assumidos (serviços) e o total da receita bruta – o que não é serviço é venda -, *ipsis verbis*:

Requer-se, pois, respeitosamente à V.S^a a reclassificação desta legítima arrematante GELAR REFRIGERAÇÃO COMERCIAL LTDA, por terem sido cumpridos os ditames do edital e seus anexos, com esta carta expediente, podendo, com supedâneo no poder discricionário de V.S^a, acolher o pleito ora professado nos exatos termos do inciso I, art. 64 da Lei nº 14.133/2021, reclassificando esta licitante ou procedendo nova diligência saneadora caso necessária para que se ratifiquem os termos deste expediente declaratório ou, de ofício, eis que os motivos que ensejaram a desclassificação restam superados por meio deste documento. *Ipsis verbis*:

Lei nº 14.133/2021

“Art. 64. Após a entrega dos documentos para habilitação, não será permitida a substituição ou a apresentação de novos documentos, salvo em sede de diligência, para:

I - complementação de informações acerca dos documentos já apresentados pelos licitantes e desde que necessária para apurar fatos existentes à época da abertura do certame;”

3.6. DO REQUERIMENTO DE DILIGÊNCIA

Recorda-se, pois, que no ofício anteriormente enviado por esta recorrente foi requerida diligência saneadora, o que poderia ter sido realizada sem nenhum óbice à lisura, à correção dos atos administrativos, à ordem de classificação dos licitantes e à segurança jurídica processual, independente do resultado que pudesse advir de tal instrumento, pois, em tese, o que se pleiteou, mera diligência, estava embasado no princípio da ampla defesa desta recorrente, no sentido de podermos elucidar acerca da elencada justificativa – reitera-se, informações das receitas de serviços e vendas **que já constavam na DRE apresentada tempestivamente**.

Neste testilhar de ideias, traz-se à baila um *decisum* apropriado ao caso concreto, **quando o suposto elemento faltante já estiver na documentação entregue torna a inabilitação irregular**, inclusive quando não realizada a diligência (sim, houve no primeiro momento e em seguida, clamamos por ela para referendar que a justificativa já se fazia presente na própria DRE apresentada). Acórdão TCU nº 1.795/2015-Plenário, *ipsis verbis*:

É irregular a inabilitação de licitante em razão de ausência de informação exigida pelo edital, quando a documentação entregue contiver de maneira implícita o elemento supostamente faltante e a Administração não realizar a diligência prevista no art. 43, § 3º, da Lei 8.666/1993, por representar formalismo exagerado, com prejuízo à competitividade do certame.

10. Desse modo, no caso concreto, **a decisão de excluir o representante pela ausência de informação QUE CONSTAVA IMPLICITAMENTE EM SUA DOCUMENTAÇÃO revela-se como formalismo exagerado por parte dos responsáveis pela análise do certame, com prejuízo à sua competitividade.** Assim, deve ser determinado à CELG que desconstitua o ato irregularmente praticado, possibilitando o escritório Abbad, Barreto, Dolabella e Fiel Advogados Associados a prosseguir na Concorrência PR-SPLC-2.0003/14-PR. (Grifou-se).

Em outro giro, a diligência é citada na doutrina como um poder dever da administração, o que neste contexto não está se aduzindo que não houve por parte de V.Sª, com seu esforço de elucidar a questão, sim, houve diligência, contudo, o que se constrói nesta argumentação é que foi solicitada diligência a fim de esclarecer os fatos, porém, não nos foi permitido o esclarecimento.

“A realização da diligência não é uma simples “faculdade” da administração, a ser exercitada segundo juízo de conveniência e oportunidade. A relevância dos interesses envolvidos conduz à configuração da diligência como um **poder-dever da autoridade julgadora.** Se houver dúvida ou controvérsia sobre fatos relevantes para a decisão, reputando-se insuficiente a documentação apresentada, **é dever** da autoridade julgadora adotar as providências apropriadas para esclarecer os fatos. **se a dúvida for sanável por meio de diligência será obrigatória a sua realização.**” (Marçal Justen Filho, Comentários à Lei de Licitação e Contratos Administrativos, 16ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2014, pág. 804.). (Grifou-se).

3.7. DA LEI Nº 14.133/2021 E DOS ERROS MERAMENTE FORMAIS

A nova lei de licitações e contratos administrativos apregoa, em aderência ao entendimento pacificado pela doutrina e jurisprudência, que os equívocos meramente formais, como o caso narrado a exaustão nesta peça recursal, **a justificativa que já estava justificada na DRE apresentada tempestivamente,** não deve ser motivo de desclassificação de licitante. *Ipsis verbis:*

Art. 12. No processo licitatório, observar-se-á o seguinte:

[...]

III - **o desatendimento de exigências meramente formais** que não comprometam a aferição da qualificação do licitante ou a compreensão do conteúdo de sua proposta **não importará seu afastamento da licitação ou a invalidação do processo;**

(Grifo nosso).

3.8. DO PRINCÍPIO DA ECONOMIA

É de entendimento pacificado na doutrina e jurisprudência que a seleção da proposta mais vantajosa não se traduz em interpretação literal como a proposta de menor valor, contudo, **a economia dos recursos públicos, por certo, não pode ser desprezada.**

Neste diapasão, alerta-se sobre a diferença entre a proposta desta recorrente, desclassificada por informação já apresentada na DRE (reitera-se) e a licitante declarada vencedora. Resume-se:

DESCRIPTIVO	VALORES
Proposta desta empresa GELAR REFRIGERAÇÃO COMERCIAL LTDA (A primeira arrematante).	R\$ 390.000,00
Proposta da empresa CETEST MINAS ENGENHARIA E SERVICOS S/A	R\$ 513.902,36
Diferença entre GELAR e CETEST (Valor global para contrato de 12 meses)	R\$ 123.902,36
Diferença entre GELAR e CETEST (Valor global para contrato de cinco anos) (Art. 106 da Lei lei nº 14.133/2021)	R\$ 619.511,80
Diferença percentual (CETEST maior que GELAR)	Proposta de CETEST é 31,76 % maior que GELAR

Neste passo, suportar **um prejuízo de mais de seiscentos mil reais**, com uma **proposta de mais de 30 % (trinta por cento) maior** que desta recorrente, cremos, ser passível de reflexão no sentido de que o princípio da vinculação ao edital e o formalismo moderado de análise devem coexistir simultaneamente, ainda mais que a pretensa justificativa requerida foi explanada a exaustão nesta peça recursal, como informação que já repousava nestes autos (DRE apresentada tempestivamente).

3.9. DA LICITANTE CETEST MINAS ENGENHARIA E SERVIÇOS S/A

É de inconteste conclusão que a empresa CETEST MINAS ENGENHARIA E SERVIÇOS S/A **não apresentou corretamente a justificativa exigida pelo subitem 8.1.4.2. do termo de referência do edital**, pois tal subitem **não trata de comparativo entre exercícios financeiros distintos** (anos de 2021, 2022 ou 2023), como elaborou tal empresa. A título de comprovação, renova-se transcrição do termo de referência do edital, *ipsis litteris*:

8.1.4 Declaração do licitante, acompanhada da relação de compromissos assumidos, conforme modelo constante do Anexo 5, de que um doze avos dos contratos firmados com a administração pública e/ou com a iniciativa privada, vigentes na data apresentação da proposta não e superior ao patrimônio líquido do licitante que poderá ser atualizado na forma descrita no item 8.1.2, observados os seguintes requisitos:

8.1.4.1 a declaração deve ser acompanhada da demonstração do resultado do exercício (DRE), relativa aos 2 (dois) últimos exercícios sociais;

8.1.4.2 caso a diferença entre a declaração e a receita bruta discriminada na DRE apresentada seja superior a 10% (dez por cento), para mais ou para menos, o licitante deverá apresentar justificativas.

Agora vejamos a justificativa errônea de tal empresa:

Obs.: Caso o percentual encontrado seja maior que 10% (positivo ou negativo), o licitante deverá apresentar as devidas justificativas.

JUSTIFICATIVAS PARA A VARIAÇÃO PERCENTUAL DE 10%

A Receita Bruta constante na DRE refere-se ao ano de 2022 e já se passaram mais de 12 meses do exercício atual. **Ao compararmos valores de contratos firmados pela licitante no decorrer do ano de 2023, com valores do ano de 2022, podem ocorrer divergências.** Isto é natural em uma entidade empresarial que busca a prospecção contínua de novos contratos para a consecução de seus negócios.
(Grifou-se).

Ledo engano !

Este sim, de ordem insanável.

O subitem 8.1.4.2 do termo de referência do edital, em nenhuma instância sequer dispõe acerca de comparativos de receitas de anos distintos, nem de comparativo de contratos firmados igualmente em anos diferentes. Pela literalidade textual do que foi exigido pelo ato convocatório e o que foi declarado por tal empresa, resta comprovado que não atendeu ao requerido pelo anexo do edital, importando em sua desclassificação.

4. DA CONCLUSÃO

É cediço que a celeridade processual sempre deve pautar os processos licitatórios, razão pela qual esta recorrente, à época de sua desclassificação, cuidou logo de impetrar requerimento de reclassificação visando agilizar o encerramento deste certame, bem como por ser de direito com espeque no princípio da ampla defesa recursal.

Registra-se, por oportuno, que em nenhum instante sequer esta recorrente tentou se desincumbir do princípio da vinculação ao edital, de forma a descumpri-lo deliberadamente, apenas se pontuou que o motivo que ensejou a desclassificação era de ordem simplória e absolutamente sanável, aliás se tratava de informação que já constava na DRE apresentada, assim, foi o requerimento de reclassificação e de diligência.

Não obstante, acerca da prefalada justificativa, nesta peça recursal não se teve por desconstrução daquela exigência a ponto de descumprir o ato convocatório, seria delegante e desrespeitoso de nossa parte, somente foram abordados aspectos que devem ser considerados e que, igualmente como V.S^a empreendeu iniciativa de superá-los, assim também primou esta recorrente, com pedido de reclassificação e que neste ensejo se reitera formalizando a justificativa que, aliás é fato, a **receita de vendas** já constava na DRE, razão pela qual há diferença entre o valor dos compromissos assumidos (**receita de serviços**) e a receita bruta total.

5. DOS REQUERIMENTOS

Ex positis, por incontestes e axiomática conclusão que esta licitante GELAR REFRIGERAÇÃO COMERCIAL LTDA cumpriu todos os requisitos do edital e seus anexos, não havendo nenhum fato ou documento que possa ensejar a sua desclassificação, razão pela qual, data vênua, requer-se preliminarmente a sua reclassificação e declaração como licitante vencedora, como a primeira arrematante, com menor valor proposto entre os licitantes e saneado o motivo que ensejou a sua desclassificação, reitera-se informação que já constava na DRE apresentada tempestivamente.

Em síntese, requer-se respeitosamente à V.S^a:

1. O conhecimento desta peça recursal por terem sido cumpridos os pressupostos de admissibilidade recursal, como tempestividade, sucumbência, interesse, motivação e legitimidade, passando-se ao julgamento de seu mérito e consequente acolhimento dos argumentos desta licitante GELAR REFRIGERAÇÃO COMERCIAL LTDA pela farta argumentação fática e jurídica, negando-se, desde já, possíveis contrarrazões em sentido contrário, o que poderia afetar o princípio da economia, com prejuízos a este egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará.
2. Outrossim, caso seja mantida a decisão de V.S^a quanto à desclassificação desta recorrente, a qual comprovou que a informação solicitada (justificativa) já estava presente na DRE apresentada (tempestivamente), que os presentes autos sejam encaminhados à autoridade superior para decisão, com a consequente adjudicação do objeto a esta recorrente e homologação do processo, nos termos do subitem 4.1. alínea "m" do edital c/c § 2º, Art. 165 da Lei nº 14.133/2021.

É o que se requer por ser ***lídima justiça***.

Fortaleza - CE, 15 de abril de 2024.

Respeitosamente,



GELAR REFRIGERAÇÃO COMERCIAL LTDA
Antônio Renan Vieira e Silva
SÓCIO ADMINISTRADOR

Antônio Renan Vieira e Silva
Representante legal
GELAR REFRIGERAÇÃO COMERCIAL LTDA
CNPJ 11.805.967/0001-67