



PREFEITURA MUNICIPAL DE CAJATI

ESTADO DE SÃO PAULO

**Do Departamento Jurídico
A Divisão de Licitações e Contratos.**

PARECER JURÍDICO

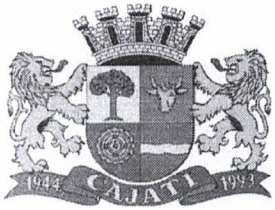
Concorrência nº 013/2020.

Objeto: Contratação de Empresa especializada na pavimentação asfáltica, pavimentação de concreto, Recapeamento asfáltico e obras complementares em diversas ruas do município de Cajati.

**RECURSO ADMINISTRATIVO. WAW
CONSTRUÇÕES EIRELI. VINCULAÇÃO AO
INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO.**

Trata-se de Recurso Administrativo (Fls. 1351/1565) interposto por **WAW CONSTRUÇÕES EIRELI**, alegando em síntese que: a) decisão da comissão de inabilitação por falta da declaração de parentesco constitui ilegalidade ou ao menos excesso de rigor formal; b) A inabilitação da licitante TETO CONSTRUTORA S/A, tendo em vista a ausência de vigência da certidão de comprovação de inscrição no CREA; c) Requer a inabilitação das licitantes RT TERRAPLANAGEM PAVIMENTAÇÕES E CONSTRUÇÕES EIRELI-EPP e EDE TERRAPLANAGEM PAVIMENTAÇÕES E CONSTRUÇÕES sob o fundamento da violação ao princípio da moralidade, tendo em vista que as empresas possuem os mesmo responsáveis legais; d) Requer ainda a inabilitação da licitante EPE CONSTRUÇÕES EIRELI, sob o argumento de que é a apresentou atestado de capacidade técnica fornecido por EPEC ROYAL EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA, que pertence a senhora Haydee Saletti Padovam Macedo, sócia da EPE CONSTRUÇÕES EIRELI.

É o relatório.



PREFEITURA MUNICIPAL DE CAJATI

ESTADO DE SÃO PAULO

I- Da decisão da comissão de inabilitação por falta da declaração de parentesco constitui ilegalidade ou ao menos excesso de rigor formal;

O Recurso merece provimento nesse aspecto.

Estabelece a lei 8.666/93, no que se refere a qualificação técnica:

Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica **limitar-se-á a:**

I - registro ou inscrição na entidade profissional competente;

II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;

III - comprovação, fornecida pelo órgão licitante, de que recebeu os documentos, e, quando exigido, de que tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação;

IV - prova de atendimento de **requisitos previstos em lei especial, quando for o caso.**

Assim mesmo reconhecendo a importância das declarações dos licitantes perante a administração pública contratante, a inclusão de declaração como exigência de habilitação é ilegal, ainda mais no que se refere a qualificação técnica.

Com efeito, vemos como excessivo rigor a inabilitação da Recorrente, WAW CONSTRUÇÕES EIRELI, ou qualquer outra licitante pela simples ausência de declarações que o poder público entenda ser importante para o certame, mas que não possua exigência na lei de regência, como critério de habilitação.



PREFEITURA MUNICIPAL DE CAJATI

ESTADO DE SÃO PAULO

Assim ainda que a administração pública, assim como todos os licitantes estejam vinculados ao edital por força do princípio da vinculação ao instrumento convocatório, nunca é demais frisar que, o excesso de rigor formal é sem dúvida um dos piores entraves em um bom e bem-sucedido processo licitatório.

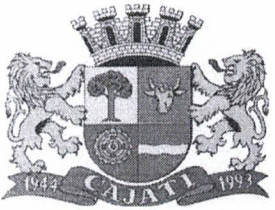
Posto isso e diante dos argumentos acima apresentados opinamos pelo provimento do Recurso no que se refere a habilitação da Recorrente WAW CONSTRUÇÕES EIRELI.

Ressalto aqui que sobre a participação na condição de Empresa de Pequeno Porte, já discorreremos sobre o tema no Recurso apresentado pela licitante EPE CONSTRUÇÕES ..., porém nunca é demais dizer que as Microempresas e empresas de pequeno porte, por questões de política econômica, possuem tratamento diferenciado para assegurar a igualdade de condições no certame.

Desta feita, a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, que institui o Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte salienta o caráter diferenciado de tratamento nas licitações públicas para tais empresas. Os critérios legais que qualificam uma dada sociedade empresária como microempresa ou empresa de pequeno porte constam do seu art. 3º, vejamos:

“Art. 3º Para os efeitos desta Lei Complementar, **consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte** a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que: (Redação dada pela Lei Complementar nº 139, de 10 de novembro de 2011) (Produção de efeitos – vide art. 7º da Lei Complementar nº 139, de 2011)

I – (...)



PREFEITURA MUNICIPAL DE CAJATI

ESTADO DE SÃO PAULO

II - no caso de empresa de pequeno porte, **aufira, em cada ano-calendário, receita bruta** superior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e **igual ou inferior a R\$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais)**. (Redação dada pela Lei Complementar nº 155, de 2016) Produção de efeito

Assim para permanecer na condição de Empresa de Pequeno Porte a licitante WAW CONSTRUÇÕES EIRELI, deveria auferir ao longo de cada ano-calendário, receita superior a R\$ **4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais)**.

A receita bruta da empresa é um critério econômico-técnico qualificador da empresa como microempresa ou empresa de pequeno porte. Ressaltamos o caráter objetivo de tal verificação, o que relativizaria o caráter formal de comprovação de tal condição. Os parágrafos 7º e 9º do artigo 3º da Lei Complementar sob apreciação ilustram o caráter relativo da comprovação, ao estatuir que:

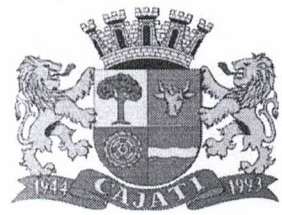
“Art.3º. (...)

“§ 7º Observado o disposto no § 2º deste artigo, no caso de início de atividades, a microempresa que, no ano-calendário, exceder o limite de receita bruta anual previsto no inciso I do caput deste artigo passa, no ano-calendário seguinte, à condição de empresa de pequeno porte.

(...)

§ 9º *A empresa de pequeno porte que, no ano-calendário, exceder o limite de receita bruta anual previsto no inciso II do caput **fica excluída, no mês subsequente à ocorrência do excesso, do tratamento jurídico diferenciado previsto nesta Lei Complementar***, incluído o regime de que trata o art. 12, para todos os efeitos legais, ressalvado o disposto nos §§ 9º-A, 10 e 12. (Redação dada pela Lei Complementar nº 139, de 10 de novembro de 2011) (Produção de efeitos – vide art. 7º da Lei Complementar nº 139, de 2011)

§ 9º-A. *Os efeitos da exclusão prevista no § 9º dar-se-ão no ano-calendário subsequente se o excesso verificado em relação à receita bruta não for superior a 20% (vinte por cento) do limite referido no inciso II do caput.* (Incluído pela Lei Complementar nº 139, de 10 de novembro de 2011)



PREFEITURA MUNICIPAL DE CAJATI

ESTADO DE SÃO PAULO

(Produção de efeitos – vide art. 7º da Lei Complementar nº 139, de 2011)”

Ou seja, para um Empresa de Pequeno Porte ser excluída no mês subsequente do tratamento diferenciado estabelecido pela LC 123/06, teria que exceder o limite em 20%, ou seja se no ano-calendário auferisse o valor de R\$ 5.760.000,00 deveria ser excluída do regime especial imediatamente, contudo se o valor excedido não alcançar R\$ 5.760.000,00, a exclusão somente ocorreria no exercício seguinte.

A priori, cabe salientar que **não há uma forma objetiva de identificar se a empresa ultrapassou o limite** para enquadramento de MPEs, pois **a responsabilidade da atualização do desenquadramento compete ao próprio empresário.**

A participação do particular reservando-se como MPEs sendo que o mesmo não se enquadra mais neste status jurídico caracteriza-se fraude. Por conseguinte, o particular estará infringindo o preconizado no § 9º do artigo 3º da Lei Complementar 123/2006, levando o licitante a ficar inabilitado para participar de licitações.

A Corte de Contas já está de olho neste expediente:

A omissão de empresa em informar que não mais se encontra na condição de empresa de pequeno porte, associada à obtenção de tratamento favorecido em licitações, justifica a sua inabilitação para participar de licitação na Administração Pública Federal. Representação efetuada por empresa interessada apontou possíveis irregularidades praticadas por empresa que participou de licitações públicas na condição de empresa de pequeno porte (EPP), sem atender aos requisitos legais para tanto. O relator do feito, ao endossar as conclusões da unidade técnica, ressaltou, com suporte nos elementos contidos nos autos, que “o faturamento bruto da empresa objeto da representação era, já ao final de 2009, superior ao limite estabelecido para o enquadramento como EPP”. Acrescentou que tal empresa “não solicitou a alteração de



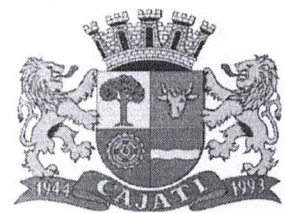
PREFEITURA MUNICIPAL DE CAJATI

ESTADO DE SÃO PAULO

seu enquadramento e participou em 2010 de procedimentos licitatórios reservados para micro e pequenas empresas, vencendo certames e beneficiando-se de sua própria omissão”. Acrescentou ainda que: “Ao não declarar a mudança de enquadramento legal, a entidade descumpriu o art. 3º, § 9º, da Lei Complementar nº 123/2006, o art. 11 do Decreto nº 6.204/2007 e o art. 1º da Instrução Normativa do Departamento Nacional de Registro do Comércio nº 103/2007”. E mais: “Enquanto a empresa não firmar a ‘Declaração de Desenquadramento’, a Junta Comercial expedirá, sempre que solicitada, a ‘Certidão Simplificada’, a qual viabilizará sua participação em licitações públicas exclusivas para ME ou EPP”. Concluiu, em face desses elementos, que a empresa se beneficiou indevidamente das prerrogativas previstas na Lei Complementar 123/2006 e “usufruiu do regime do Simples Nacional, pagando alíquotas menores de tributos, apesar de ter extrapolado o limite de receitas admissível para o enquadramento”. Ao final, o relator, em consonância com sugestão da unidade técnica, propôs a declaração de inidoneidade da empresa para participar de licitação na Administração Pública Federal pelo período de seis meses, com suporte no art. 46 da Lei 8.443/1992. O Plenário, então, implementou essa providência. Precedentes mencionados pelo relator: Acórdãos nos 1.028/2010, 1.972/2010, 2.578/2010, 2.846/2010, 3.228/2010, 588/2011 e 970/2011, todos do Plenário. Acórdão n.º 3074/2011-Plenário, TC-012.545/2011-2, rel. Min. José Jorge, 23.11.2011.

Acórdão 298/2011 Plenário

Ao não declarar a mudança de enquadramento legal, a entidade descumpriu o art. 3º, §9º, da Lei Complementar nº 123/2006, o art. 11 do Decreto nº 6.204/2007 e o art. 1º da Instrução Normativa do Departamento Nacional de Registro do Comércio nº 103/2007. **Essa omissão possibilita à empresa benefícios indevidos específicos de ME ou EPP. Enquanto a empresa não firmar a “Declaração de Desenquadramento”, a Junta Comercial expedirá, sempre que solicitada, a “Certidão Simplificada”, a qual viabilizará sua participação em licitações públicas exclusivas para ME ou EPP.** Em relação à sanção de declaração de inidoneidade da empresa para participar de licitação na Administração Pública Federal, considero adequado fixá-la em um ano, ante as



PREFEITURA MUNICIPAL DE CAJATI

ESTADO DE SÃO PAULO

circunstâncias do caso concreto. **“o enquadramento como ME ou EPP depende de solicitação da própria empresa, junto ao presidente da respectiva Junta Comercial do estado da federação onde se localiza, requerendo o arquivamento da ‘Declaração de Enquadramento de ME ou EPP’, conforme o inciso II do parágrafo único do art. 1º da IN-DNRC nº 103/2007.** Do mesmo modo, cabe à empresa solicitar o desenquadramento da situação de ME ou EPP, de acordo com a alínea c.2 do inciso II do parágrafo único do art. 1º da mencionada IN” (Acórdão n.º 2578/2010-Plenário, TC-008.554/2010-2, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, 29.09.2010.)

Não olvidamos que lei não exige a averbação ou a alteração de sua condição na Junta Comercial, pelo excesso, para excluir a empresa dos benefícios diferenciados. Delineia tão somente o caráter econômico ou material da renda bruta para tal exclusão. A comunicação e a conseqüente exclusão como EP ou EPP na Junta, será tão somente um ato formal. Não se pode excluir tal averiguação da análise, pois, a qualificação da empresa como tal serve de critério de desempate para a aferição da melhor proposta. Interessante julgado do TCU que ilustra nosso posicionamento:

“O enquadramento, o reenquadramento e o desenquadramento como microempresa ou empresa de pequeno porte são efetuados com base em declaração do próprio empresário, perante a Junta Comercial competente. A participação em licitação reservada a microempresa (ME) e empresa de pequeno porte (EPP), por sociedade que não se enquadre na definição legal reservada a essas categorias, configura fraude ao certame, isso porque “a responsabilidade pela atualização e veracidade das declarações de pertencimento às categorias acima compete às firmas licitantes”. Foi esse o entendimento defendido pelo relator, ao examinar representação formulada ao TCU contra possíveis irregularidades perpetradas por empresas em licitações, as quais teriam delas participado, na condição de ME ou EPP, sem possuir os requisitos previstos na Lei Complementar n.º 123/2006 e no Decreto Federal n.º 6.204/2007. De acordo com a unidade técnica, “o enquadramento como ME ou EPP depende de solicitação da



PREFEITURA MUNICIPAL DE CAJATI

ESTADO DE SÃO PAULO

própria empresa, junto ao presidente da respectiva Junta Comercial do estado da federação onde se localiza, requerendo o arquivamento da 'Declaração de Enquadramento de ME ou EPP', conforme o inciso II do parágrafo único do art. 1º da IN-DNRC nº 103/2007. Do mesmo modo, cabe à empresa solicitar o desenquadramento da situação de ME ou EPP, de acordo com a alínea c.2 do inciso II do parágrafo único do art. 1º da mencionada IN". [...] caberia à Rub Car Ltda., após o término do exercício de 2006, dirigir-se à competente Junta Comercial para declarar seu desenquadramento da condição de EPP [...]. Isso porque naquele exercício, [...] a referida empresa extrapolou o faturamento de R\$ 2.400.000,00 (dois milhões e quatrocentos mil reais), que permitiria ser mantido seu enquadramento como EPP no ano seguinte. [...] Ademais, não seria necessário – nem cabível – que alguma entidade – mesmo a Receita Federal – informasse à empresa que ela perdeu a condição de EPP, como pretendeu a Rub Car Ltda., já que o enquadramento, o reenquadramento e o desenquadramento são efetuados com base em declaração do próprio empresário perante a Junta Comercial competente [...].". Ao concordar com a unidade instrutiva, o relator ressaltou a má-fé da empresa, uma vez que, "agindo com domínio de volição e cognição", ocorreu ao certame apresentando-se indevidamente na qualidade de EPP. Nos termos do voto do relator, deliberou o Plenário no sentido de "declarar, com fundamento no art. 46 da Lei nº 8.443/1992 e no inciso IV do art. 87, c/c o inciso III do art. 88 da Lei nº 8.666/1993, a inidoneidade da empresa Rub Car Comércio de Autopeças e Fundação Ltda., para licitar e contratar com a Administração Pública, pelo período de dois anos". Acórdão n.º 2578/2010."-Plenário, T54/2010-2, rel. Min. Walton Alencar R2010.

A título de informação, no julgado acima (Acórdão n.º 2578/2010) se configurou má-fé por parte do licitante acarretando na declaração de inidoneidade por dois anos, ou seja, o licitante não poderá participar de licitações públicas por este período.

Para evitar que empresas usufruam dos benefícios sem mais se enquadrar nesta categoria, a Corte de Contas da União vem orientando na verificação quando da utilização de algum benefício, vejamos:



PREFEITURA MUNICIPAL DE CAJATI

ESTADO DE SÃO PAULO

Contratações públicas: 9 – Quando da habilitação de microempresa e de empresa de pequeno porte que tenha utilizado a prerrogativa de efetuar lance de desempate, deve ser verificado se o somatório dos valores das ordens bancárias recebidas pela empresa extrapola o faturamento máximo permitido como condição para esse benefício.

Noutro procedimento levado a efeito na auditoria realizada pelo Tribunal na Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação – (SLTI) do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – (MPOG), com o objetivo de verificar a consistência e a confiabilidade dos dados constantes do Sistema Integrado de Administração de Serviços Gerais – (Siasg) e do sistema Comprasnet, a unidade técnica buscou verificar ocorrências de microempresas (ME) e empresas de pequeno porte (EPP) que utilizaram o benefício previsto no § 2º do art. 44 da Lei Complementar 123/2006 (lance de desempate), mas foram beneficiárias de ordens bancárias em somatório superior ao limite estabelecido pelo art. 3º, inciso II, da mesma LC, no ano anterior (ordens bancárias provenientes do sistema Siasg em montante superior a R\$ 2,4 milhões). Os resultados indicaram casos em que, por exemplo, empresas que faturaram mais de 10 milhões reais em 2008 continuaram a usufruir, indevidamente, do benefício da LC 123/2006. Por conseguinte, a unidade instrutiva propôs que o Tribunal determinasse à SLTI/MP a inserção no Comprasnet de controle capaz de identificar, por meio de consultas ao Siasg, empresas em situação fiscal incompatível com o seu real faturamento e que tentem utilizar o benefício previsto no art. 44, § 2º, da LC 123/2006, de forma a impossibilitar a emissão de seu lance de desempate nos certames licitatórios. Além disso, sugeriu a unidade técnica que o TCU recomendasse aos gestores de sistemas de pregão eletrônico (Banco do Brasil e Caixa Econômica Federal) que orientassem seus usuários a verificar no Portal da Transparência, quando da habilitação de microempresas e de empresas de pequeno porte que tenham utilizado a prerrogativa de efetuar lance de desempate, se o somatório dos valores das ordens bancárias recebidas pela empresa extrapola o faturamento máximo permitido como condição para esse benefício. As propostas, encampadas pelo relator, foram aprovadas pelo Plenário. Precedentes citados: Acórdão nº 1028/2010, do Plenário. Acórdão nº 1793/2011-Plenário, TC-011.643/2010-2, rel. Min. Valmir Campelo, 06.07.2011.



PREFEITURA MUNICIPAL DE CAJATI

ESTADO DE SÃO PAULO

Pelo que se extrai dos documentos juntados aos autos, de a licitante WAW CONSTRUÇÕES EIRELI recebeu no período compreendido a 20/01/2020 a 20/07/2020 receita de R\$ 3.550.000,00 em contrato com a IC OUTLETS SPE S/A, e mais R\$ 595.661,52 do contrato celebrado com o município de Tambau pelo período de 22/04/2020 a 31/07/2020, totalizando assim R\$ 4.095.661,52, não se podendo presumir a média aritmética dos demais contratos como fez a recorrente.

Não há como se presumir que a receita auferida em 2020 seja superior a R\$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais), mesmo existindo grandes possibilidades de que isso tenha ocorrido.

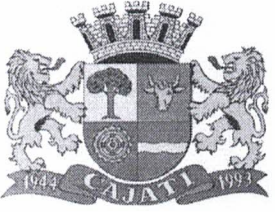
Mas a fim de se evitar prejuízos a licitante WAW CONSTRUÇÕES EIRELI, caso deferida sua habilitação, recomendamos notificar a licitante a manifestar-se se pretende concorrer como Empresa de Pequeno Porte.

II- Da inabilitação da licitante TETO CONSTRUTORA S/A, tendo em vista a ausência de vigência da certidão de comprovação de inscrição no CREA.

Improcede o Recurso Administrativo nesse aspecto, visto que o documento de fls. 1232, demonstra o registro da empresa TETO CONSTRUTORA S/A junto ao CREA-SP. Além do mais a data de vencimento da referida certidão é 25/07/2021, estando a mesma em plena validade.

Apesar do recorrente alegar que a referida certidão juntada perdeu a validade em razão das divergências cadastrais, não apontou com clareza tais divergências.

Além do mais agira com excessivo rigor formal essa municipalidade se desconsiderasse eventuais alterações, sem que se tenha alterado a categoria, assim percebe-se que a alteração do objeto da recorrida



PREFEITURA MUNICIPAL DE CAJATI

ESTADO DE SÃO PAULO

TETO CONSTRUTORA S/A, se deu, contudo, a empresa continuou submetida ao ramo da engenharia, apenas com ampliação dos tipos de serviços prestados.

No caso em questão não houve a alteração da natureza do ramo de atividade, que continuou a ser o ramo de engenharia civil, sujeitando a empresa ao registro do CREA.

Assim não agiria com razoabilidade essa comissão caso acatasse os argumentos apresentado pela Recorrente com base em norma do CONFEA, visto que a empresa TETO CONSTRUTORA S/A, cumpriu os requisitos do edital, e este quem vincula as partes, não podendo o jogo ser regulado por regras novas e externas, alheia a todos os participantes.

Posto isso o Recurso de ser julgado improcedente em relação ao referido pedido.

III- Do pedido de inabilitação das licitantes RT TERRAPLANAGEM PAVIMENTAÇÕES E CONSTRUÇÕES EIRELI-EPP e EDE TERRAPLANAGEM PAVIMENTAÇÕES E CONSTRUÇÕES sob o fundamento da violação ao princípio da moralidade, tendo em vista que as empresas possuem os mesmos responsáveis legais.

Nesse ponto equivoca-se o Recorrente na medida em que a documentação apresentada pela licitante RT TERRAPLANAGEM PAVIMENTAÇÕES E CONSTRUÇÕES EIRELI-EPP é subscrita pelo Sr. Khalife Elias Abou Jaoude e a documentação apresentada pela empresa EDE TERRAPLANAGEM PAVIMENTAÇÕES E CONSTRUÇÕES é subscrita pelo Sr. Enzo Silva de Macedo, sendo portanto improcedente o Recurso nesse aspecto.

IV- Quanto a inabilitação da licitante EPE CONSTRUÇÕES EIRELI, sob o argumento de que é a presentou atestado de capacidade técnica fornecido por EPEC ROYAL EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA, que pertence a senhora Haydee Saletti Padovam Macedo, sócia da EPE CONSTRUÇÕES EIRELI.



PREFEITURA MUNICIPAL DE CAJATI

ESTADO DE SÃO PAULO

Não há eu se falar em inabilitação da empresa, a Recorrida EPE CONSTRUÇÕES EIRELI, demonstrou as fls. 1300/1305 que a senhora Haydee Saletti Padovam Macedo, não mais pertence ao quadro de sócios da empresa desde 14 de novembro de 2003.

Desse modo o fato da Sra. Haydee Saletti Padovam Macedo, um dia ter sido sócia da empresa EPE CONSTRUÇÕES EIRELI, não constitui impedimento para a contratação desta empresa (2015), para a prestação do serviço de engenharia a empresa EPEC ROYAL EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA, cujo a Sra. Haydee Saletti Padovam Macedo, figure como sócia.


V- CONCLUSÃO

Posto isso e por todos os argumentos acima apresentamos opinamos pelo DEFERIMENTO PARCIAL do Recurso Administrativo, interposto pela empresa WAW CONSTRUÇÕES EIRELI, apenas para dar provimento a habilitação da recorrente em razão do excesso de rigor formal em sua inabilitação.

Caso haja o acatamento do referido parecer e se proceda a habilitação da licitante WAW CONSTRUÇÕES EIRELI, recomendo que seja notificado a Recorrente para que manifeste-se no prazo de 24 (vinte e quatro) horas se de fato pretende participar do certame, na condição de Empresa de Pequeno Porte, tendo em vista os fatos trazidos ao processo pela EPE CONSTRUÇÕES EIRELI

É a manifestação.

Cajati, 10 de junho de 2021.


Pedro Alexandre Rodrigues Pereira
Chefe da Divisão de Contencioso



PREFEITURA MUNICIPAL DE CAJATI
ESTADO DE SÃO PAULO

**Do Departamento Jurídico
A Divisão de Licitações e Contratos.**

PARECER JURÍDICO

Concorrência nº 013/2020.

Objeto: Contratação de Empresa especializada na pavimentação asfáltica, pavimentação de concreto, Recapeamento asfáltico e obras complementares em diversas ruas do município de Cajati.

**RECURSO ADMINISTRATIVO. EPE
CONSTRUÇÕES EIRELI. VINCULAÇÃO AO
INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO.**

Trata-se de Recurso Administrativo (Fls. 1292/1350) interposto por **EPE CONSTRUÇÕES EIRELI**, alegando em síntese que em obediência ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório seja mantida a HABILITAÇÃO da empresa EPE CONSTRUÇÕES EIRELI e as INABILITAÇÕES da empresa TR TERRAPLANAGEM PAVIMENTAÇÕES E CONSTRUÇÕES EIRELI-EPP, para o lote 01, da empresa WAW CONSTRUÇÕES EIRELI para os dois lotes.

Alega ainda que a Sra. Haydee Saletti Padovam de Macedo, se retirou da sociedade em 2003 e que a empresa WAW CONSTRUÇÕES EIRELI, apresentou atestados de capacidade técnica em desacordo com a Resolução 1.025 do CONFEA, de 30 de outubro de 2009 e seu não enquadramento como Microempresa e Empresa de Pequeno Porte em razão do faturamento anual maior que R\$ 4.800.000,00 previsto em Lei.

Notificada a concorrente WAW CONSTRUÇÕES EIRELI, a mesma apresentou contrarrazões de recurso as fls. 1568/1586, alegando em síntese que os atestados forem fornecidos por empresas de direito privado estando em consonância com o edital, bem como ainda se enquadra na condição de microempresa ou empresa de pequeno porte visto que a receita



PREFEITURA MUNICIPAL DE CAJATI

ESTADO DE SÃO PAULO

bruta anual, calculada para a manutenção da condição de ME ou EPP é calculada de janeiro a dezembro em cada ano do calendário.

É o relatório.

Pois a legitimidade para recorrer tanto em processo administrativo como judiciais decorre da sucumbência, ou seja, o direito de recorrer nasce para aquele que tem o seu pedido concedido parcialmente ou para aquele que tem o seu pedido negado.

No caso em questão é legítima a iniciativa do recorrente contra a decisão da comissão que habilitasse de forma indevida qualquer das concorrentes.

Contudo o Recorrente EPE CONSTRUÇÕES EIRELI, limitou-se em sua peça recursal a ratificar a decisão da comissão, apenas trazendo novos argumentos, quais sejam, a saída da sociedade em 2003 da sócia Haydee Saletti Padovam de Macedo e a inadequação dos atestados de capacidade técnica da licitante WAW CONSTRUÇÕES EIRELI e seu não enquadramento como Microempresa e Empresa de Pequeno Porte em razão do faturamento anual maior que R\$ 4.800.000,00 previsto em Lei.

Nesse aspecto desnecessário no momento a análise da peça recursão, no que se refere a saída da sociedade em 2003, da sócia Haydee Saletti Padovam de Macedo, visto que a comissão entendeu por HABILITADA a licitante EPE CONSTRUÇÕES EIRELI, devendo se manifestar sobre o tema em eventual contrarrazão de recursos.

Já em relação a inadequação dos atestados de capacidade técnica da licitante WAW CONSTRUÇÕES EIRELI e seu não enquadramento como Microempresa e Empresa de Pequeno Porte em razão do faturamento anual maior que R\$ 4.800.000,00 previsto em Lei, merece apreciação o pedido.



PREFEITURA MUNICIPAL DE CAJATI

ESTADO DE SÃO PAULO

Desta forma, a fim de ordenar o recurso, saneando o processo para constar como pedido a INABILITAÇÃO da licitante em relação a inadequação dos atestados de capacidade técnica da licitante WAW CONSTRUÇÕES EIRELI e seu não enquadramento como Microempresa e Empresa de Pequeno Porte em razão do faturamento anual maior que R\$ 4.800.000,00 previsto em Lei

I- DA INABILITAÇÃO DA LICITANTE EM RELAÇÃO A INADEQUAÇÃO DOS ATESTADOS DE CAPACIDADE TÉCNICA DA LICITANTE WAW CONSTRUÇÕES EIRELI.

Antes de tudo necessário se faz ressaltar que a administração pública e os licitantes encontram-se intimamente subordinados as regras estabelecidas em edital, sob a égide do princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

Tal princípio deve ser observado afim de que possa ser garantido a isonomia na regra do jogo. Nesse aspecto apenas em situações em que o Edital viole a lei, estabeleça tratamento diferenciado entre licitantes, ou seja, dotado de excesso de rigor formal, pode a administração pública mitigar sua aplicabilidade em relação aos referidos aspectos.

Assim no caso em questão o Edital em análise, da concorrência nº 013/2020, estabeleceu como critério de qualificação técnica os seguintes requisitos:

- d)Qualificação Técnica (Artigo 30 da Lei Federal 8666/93 e demais atualizações)
 - d.1)Registro da empresa ou inscrição na entidade profissional competente –CREA ou CAU. (inciso I)
 - d.1.1)**Comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente (capacidade operacional) e compatível em características e quantidades do objeto da licitação...**;



PREFEITURA MUNICIPAL DE CAJATI

ESTADO DE SÃO PAULO

d.1.1.1)As especificações e quantidades de serviços exigidas para comprovação de experiência (capacidade operacional), pela licitante para o presente edital são:
d.2.2) Será admitida as comprovações de aptidão através de **certidões ou atestados de obras e/ou serviços similares de complexidade tecnológica e operacional** equivalente ou superior devidamente registrada e acervada no Conselho Regional de Engenharia e Agronomia (CREA), fornecido por pessoas jurídicas de direito público ou privado, comprovando a plena aptidão para a execução de serviços/obras com **características semelhantes ao objeto da licitação**

Nessa seara a empresa WAW CONSTRUÇÕES EIRELI, demonstrou as fls. 1043 a 1046 o registro da empresa e do profissional habilitado, junto ao CREA-SP. Além do mais licitante WAW CONSTRUÇÕES EIRELI, apresentou as fls. 1047 a 1053 *certidão de obra com de complexidade tecnológica e operacional* equivalente ou superior devidamente registrada e acervada no Conselho Regional de Engenharia e Agronomia (CREA), fornecido por pessoa jurídica de direito privado, qual seja, a empresa DP BARROS PAVIMENTAÇÃO E CONSTRUÇÃO LTDA. De igual modo apresentou as fls.1054/1063 *certidão de obra com de complexidade tecnológica e operacional* equivalente ou superior devidamente registrada e acervada no Conselho Regional de Engenharia e Agronomia (CREA), fornecido por pessoa jurídica de direito privado, qual seja, a empresa IC OUTLETS SPE S.A. As fls. 1064/1067 apresentou *certidão de obra com de complexidade tecnológica e operacional* equivalente ou superior devidamente registrada e acervada no Conselho Regional de Engenharia e Agronomia (CREA), fornecido por pessoa jurídica de direito público, qual seja, a empresa PREFEITURA MUNICIPAL DE TAMBAU. Além de juntar as fls. 1068/1072 *certidão de obra com de complexidade tecnológica e operacional* equivalente ou superior devidamente registrada e acervada no Conselho Regional de Engenharia e Agronomia (CREA), fornecido por pessoa jurídica de direito privado, qual seja, a empresa CONSTRUÇÕES ENGENHARIA E PAVIMENTAÇÃO ENPAVI LTDA.



PREFEITURA MUNICIPAL DE CAJATI

ESTADO DE SÃO PAULO

Com isso a licitante atendeu a qualificação técnica referente a capacidade operacional, visto que cumpriu todas as exigências e termos solicitado em edital, não podendo nesse momento a administração criar regras de validação dos atestados, não prevista no edital do certame.

II- DO NÃO ENQUADRAMENTO COMO MICROEMPRESA E EMPRESA DE PEQUENO PORTE EM RAZÃO DO FATURAMENTO ANUAL MAIOR QUE R\$ 4.800.000,00 PREVISTO EM LEI.

As Microempresas e empresas de pequeno porte, por questões de política econômica, possuem tratamento diferenciado para assegurar a igualdade de condições no certame.

Desta feita, a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, que institui o Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte salienta o caráter diferenciado de tratamento nas licitações públicas para tais empresas. Os critérios legais que qualificam uma dada sociedade empresária como microempresa ou empresa de pequeno porte constam do seu art. 3º, vejamos:

“Art. 3º Para os efeitos desta Lei Complementar, **consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte** a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que: (Redação dada pela Lei Complementar nº 139, de 10 de novembro de 2011) (Produção de efeitos – vide art. 7º da Lei Complementar nº 139, de 2011)

I – (...)

II - no caso de empresa de pequeno porte, **aufira, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais).** (Redação dada pela Lei Complementar nº 155, de 2016) Produção de efeito



PREFEITURA MUNICIPAL DE CAJATI

ESTADO DE SÃO PAULO

Assim para permanecer na condição de Empresa de Pequeno Porte a licitante WAW CONSTRUÇÕES EIRELI, deveria auferir ao longo de cada ano-calendário, receita superior a R\$ **4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais)**.

A receita bruta da empresa é um critério econômico-técnico qualificador da empresa como microempresa ou empresa de pequeno porte. Ressaltamos o caráter objetivo de tal verificação, o que relativizaria o caráter formal de comprovação de tal condição. Os parágrafos 7º e 9º do artigo 3º da Lei Complementar sob apreciação ilustram o caráter relativo da comprovação, ao estatuir que:

“Art.3º. (...)

“§ 7º Observado o disposto no § 2º deste artigo, no caso de início de atividades, a microempresa que, no ano-calendário, exceder o limite de receita bruta anual previsto no inciso I do caput deste artigo passa, no ano-calendário seguinte, à condição de empresa de pequeno porte.

(...)

§ 9º *A empresa de pequeno porte que, no ano-calendário, exceder o limite de receita bruta anual previsto no inciso II do caput **fica excluída, no mês subsequente à ocorrência do excesso, do tratamento jurídico diferenciado previsto nesta Lei Complementar**, incluído o regime de que trata o art. 12, para todos os efeitos legais, ressalvado o disposto nos §§ 9º-A, 10 e 12. (Redação dada pela Lei Complementar nº 139, de 10 de novembro de 2011) (Produção de efeitos – vide art. 7º da Lei Complementar nº 139, de 2011)*

§ 9º-A. *Os efeitos da exclusão prevista no § 9º dar-se-ão no ano-calendário subsequente se o excesso verificado em relação à receita bruta não for superior a 20% (vinte por cento) do limite referido no inciso II do caput. (Incluído pela Lei Complementar nº 139, de 10 de novembro de 2011) (Produção de efeitos – vide art. 7º da Lei Complementar nº 139, de 2011)”*

Ou seja, para um Empresa de Pequeno Porte ser excluída no mês subsequente do tratamento diferenciado estabelecido pela LC 123/06, teria que exceder o limite em 20%, ou seja se no ano-calendário auferisse o valor de R\$



PREFEITURA MUNICIPAL DE CAJATI

ESTADO DE SÃO PAULO

5.760.000,00 deveria ser excluída do regime especial imediatamente, contudo se o valor excedido não alcançar R\$ 5.760.000,00, a exclusão somente ocorreria no exercício seguinte.

A priori, cabe salientar que não há uma forma objetiva de identificar se a empresa ultrapassou o limite para enquadramento de MPEs, pois **a responsabilidade da atualização do desenquadramento compete ao próprio empresário.**

A participação do particular reservando-se como MPEs sendo que o mesmo não se enquadra mais neste status jurídico caracteriza-se fraude. Por conseguinte, o particular estará infringindo o preconizado no § 9º do artigo 3º da Lei Complementar 123/2006, levando o licitante a ficar inabilitado para participar de licitações.

A Corte de Contas já está de olho neste expediente:

A omissão de empresa em informar que não mais se encontra na condição de empresa de pequeno porte, associada à obtenção de tratamento favorecido em licitações, justifica a sua inabilitação para participar de licitação na Administração Pública Federal. Representação efetuada por empresa interessada apontou possíveis irregularidades praticadas por empresa que participou de licitações públicas na condição de empresa de pequeno porte (EPP), sem atender aos requisitos legais para tanto. O relator do feito, ao endossar as conclusões da unidade técnica, ressaltou, com suporte nos elementos contidos nos autos, que “o faturamento bruto da empresa objeto da representação era, já ao final de 2009, superior ao limite estabelecido para o enquadramento como EPP”. Acrescentou que tal empresa “não solicitou a alteração de seu enquadramento e participou em 2010 de procedimentos licitatórios reservados para micro e pequenas empresas, vencendo certames e beneficiando-se de sua própria omissão”. Acrescentou ainda que: “Ao não declarar a mudança de enquadramento legal, a entidade descumpriu o art. 3º, § 9º, da Lei Complementar nº 123/2006, o art. 11 do Decreto nº 6.204/2007 e o art. 1º da Instrução



PREFEITURA MUNICIPAL DE CAJATI

ESTADO DE SÃO PAULO

Normativa do Departamento Nacional de Registro do Comércio nº 103/2007”. E mais: “Enquanto a empresa não firmar a ‘Declaração de Desenquadramento’, a Junta Comercial expedirá, sempre que solicitada, a ‘Certidão Simplificada’, a qual viabilizará sua participação em licitações públicas exclusivas para ME ou EPP”. Concluiu, em face desses elementos, que a empresa se beneficiou indevidamente das prerrogativas previstas na Lei Complementar 123/2006 e “usufruiu do regime do Simples Nacional, pagando alíquotas menores de tributos, apesar de ter extrapolado o limite de receitas admissível para o enquadramento”. Ao final, o relator, em consonância com sugestão da unidade técnica, propôs a declaração de inidoneidade da empresa para participar de licitação na Administração Pública Federal pelo período de seis meses, com suporte no art. 46 da Lei 8.443/1992. O Plenário, então, implementou essa providência. Precedentes mencionados pelo relator: Acórdãos nos 1.028/2010, 1.972/2010, 2.578/2010, 2.846/2010, 3.228/2010, 588/2011 e 970/2011, todos do Plenário. Acórdão n.º 3074/2011-Plenário, TC-012.545/2011-2, rel. Min. José Jorge, 23.11.2011.

Acórdão 298/2011 Plenário

Ao não declarar a mudança de enquadramento legal, a entidade descumpriu o art. 3º, §9º, da Lei Complementar nº 123/2006, o art. 11 do Decreto nº 6.204/2007 e o art. 1º da Instrução Normativa do Departamento Nacional de Registro do Comércio nº 103/2007. **Essa omissão possibilita à empresa benefícios indevidos específicos de ME ou EPP. Enquanto a empresa não firmar a “Declaração de Desenquadramento”, a Junta Comercial expedirá, sempre que solicitada, a “Certidão Simplificada”, a qual viabilizará sua participação em licitações públicas exclusivas para ME ou EPP.** Em relação à sanção de declaração de inidoneidade da empresa para participar de licitação na Administração Pública Federal, considero adequado fixá-la em um ano, ante as circunstâncias do caso concreto. **“o enquadramento como ME ou EPP depende de solicitação da própria empresa, junto ao presidente da respectiva Junta Comercial do estado da federação onde se localiza, requerendo o arquivamento da ‘Declaração de Enquadramento de ME ou EPP’, conforme o inciso II do parágrafo único do art. 1º da IN-DNRC nº 103/2007.** Do



PREFEITURA MUNICIPAL DE CAJATI

ESTADO DE SÃO PAULO

mesmo modo, cabe à empresa solicitar o desenquadramento da situação de ME ou EPP, de acordo com a alínea c.2 do inciso II do parágrafo único do art. 1º da mencionada IN” (Acórdão n.º 2578/2010-Plenário, TC-008.554/2010-2, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, 29.09.2010.)

Não olvidamos que lei não exige a averbação ou a alteração de sua condição na Junta Comercial, pelo excesso, para excluir a empresa dos benefícios diferenciados. Delineia tão somente o caráter econômico ou material da renda bruta para tal exclusão. A comunicação e a conseqüente exclusão como EP ou EPP na Junta, será tão somente um ato formal. Não se pode excluir tal averiguação da análise, pois, a qualificação da empresa como tal serve de critério de desempate para a aferição da melhor proposta. Interessante julgado do TCU que ilustra nosso posicionamento:

“O enquadramento, o reenquadramento e o desenquadramento como microempresa ou empresa de pequeno porte são efetuados com base em declaração do próprio empresário, perante a Junta Comercial competente. A participação em licitação reservada a microempresa (ME) e empresa de pequeno porte (EPP), por sociedade que não se enquadre na definição legal reservada a essas categorias, configura fraude ao certame, isso porque “a responsabilidade pela atualização e veracidade das declarações de pertencimento às categorias acima compete às firmas licitantes”. Foi esse o entendimento defendido pelo relator, ao examinar representação formulada ao TCU contra possíveis irregularidades perpetradas por empresas em licitações, as quais teriam delas participado, na condição de ME ou EPP, sem possuir os requisitos previstos na Lei Complementar n.º 123/2006 e no Decreto Federal n.º 6.204/2007. De acordo com a unidade técnica, “o enquadramento como ME ou EPP depende de solicitação da própria empresa, junto ao presidente da respectiva Junta Comercial do estado da federação onde se localiza, requerendo o arquivamento da ‘Declaração de Enquadramento de ME ou EPP’, conforme o inciso II do parágrafo único do art. 1º da IN-DNRC nº 103/2007. Do mesmo modo, cabe à empresa solicitar o desenquadramento da situação de ME ou EPP, de acordo



PREFEITURA MUNICIPAL DE CAJATI

ESTADO DE SÃO PAULO

com a alínea c.2 do inciso II do parágrafo único do art. 1º da mencionada IN”. [...] caberia à Rub Car Ltda., após o término do exercício de 2006, dirigir-se à competente Junta Comercial para declarar seu desenquadramento da condição de EPP [...]. Isso porque naquele exercício, [...] a referida empresa extrapolou o faturamento de R\$ 2.400.000,00 (dois milhões e quatrocentos mil reais), que permitiria ser mantido seu enquadramento como EPP no ano seguinte. [...] Ademais, não seria necessário – nem cabível – que alguma entidade – mesmo a Receita Federal – informasse à empresa que ela perdeu a condição de EPP, como pretendeu a Rub Car Ltda., já que o enquadramento, o reenquadramento e o desenquadramento são efetuados com base em declaração do próprio empresário perante a Junta Comercial competente [...]”. Ao concordar com a unidade instrutiva, o relator ressaltou a má-fé da empresa, uma vez que, “agindo com domínio de volição e cognição”, ocorreu ao certame apresentando-se indevidamente na qualidade de EPP. Nos termos do voto do relator, deliberou o Plenário no sentido de “declarar, com fundamento no art. 46 da Lei nº 8.443/1992 e no inciso IV do art. 87, c/c o inciso III do art. 88 da Lei nº 8.666/1993, a inidoneidade da empresa Rub Car Comércio de Autopeças e Fundação Ltda., para licitar e contratar com a Administração Pública, pelo período de dois anos”. Acórdão n.º 2578/2010.”-Plenário, T54/2010-2, rel. Min. Walton Alencar R2010.

A título de informação, no julgado acima (Acórdão n.º 2578/2010) se configurou má-fé por parte do licitante acarretando na declaração de inidoneidade por dois anos, ou seja, o licitante não poderá participar de licitações públicas por este período.

Para evitar que empresas usufruam dos benefícios sem mais se enquadrar nesta categoria, a Corte de Contas da União vem orientando na verificação quando da utilização de algum benefício, vejamos:

Contratações públicas: 9 – Quando da habilitação de microempresa e de empresa de pequeno porte que tenha utilizado a prerrogativa de efetuar lance de desempate, deve ser verificado se o somatório dos valores das ordens bancárias recebidas pela empresa extrapola o faturamento máximo permitido como condição para esse benefício.



PREFEITURA MUNICIPAL DE CAJATI

ESTADO DE SÃO PAULO

Noutro procedimento levado a efeito na auditoria realizada pelo Tribunal na Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação – (SLTI) do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – (MPOG), com o objetivo de verificar a consistência e a confiabilidade dos dados constantes do Sistema Integrado de Administração de Serviços Gerais – (Siasg) e do sistema Comprasnet, a unidade técnica buscou verificar ocorrências de microempresas (ME) e empresas de pequeno porte (EPP) que utilizaram o benefício previsto no § 2º do art. 44 da Lei Complementar 123/2006 (lance de desempate), mas foram beneficiárias de ordens bancárias em somatório superior ao limite estabelecido pelo art. 3º, inciso II, da mesma LC, no ano anterior (ordens bancárias provenientes do sistema Siasg em montante superior a R\$ 2,4 milhões). Os resultados indicaram casos em que, por exemplo, empresas que faturaram mais de 10 milhões reais em 2008 continuaram a usufruir, indevidamente, do benefício da LC 123/2006. Por conseguinte, a unidade instrutiva propôs que o Tribunal determinasse à SLTI/MP a inserção no Comprasnet de controle capaz de identificar, por meio de consultas ao Siasg, empresas em situação fiscal incompatível com o seu real faturamento e que tentem utilizar o benefício previsto no art. 44, § 2º, da LC 123/2006, de forma a impossibilitar a emissão de seu lance de desempate nos certames licitatórios. Além disso, sugeriu a unidade técnica que o TCU recomendasse aos gestores de sistemas de pregão eletrônico (Banco do Brasil e Caixa Econômica Federal) que orientassem seus usuários a verificar no Portal da Transparência, quando da habilitação de microempresas e de empresas de pequeno porte que tenham utilizado a prerrogativa de efetuar lance de desempate, se o somatório dos valores das ordens bancárias recebidas pela empresa extrapola o faturamento máximo permitido como condição para esse benefício. As propostas, encampadas pelo relator, foram aprovadas pelo Plenário. Precedentes citados: Acórdão nº 1028/2010, do Plenário. Acórdão nº 1793/2011-Plenário, TC-011.643/2010-2, rel. Min. Valmir Campelo, 06.07.2011.

Pelo que se extrai dos documentos juntados aos autos, de a licitante WAW CONSTRUÇÕES EIRELI recebeu no período compreendido a 20/01/2020 a 20/07/2020 receita de R\$ 3.550.000,00 em contrato com a IC OUTLETS SPE S/A, e mais R\$ 595.661,52 do contrato celebrado com o



PREFEITURA MUNICIPAL DE CAJATI

ESTADO DE SÃO PAULO

município de Tambau pelo período de 22/04/2020 a 31/07/2020, totalizando assim R\$ 4.095.661,52, não se podendo presumir a média aritmética dos demais contratos como fez a recorrente.


Assim **não há como se presumir que a receita auferida em 2020 seja superior a R\$ 4.800.000,00** (quatro milhões e oitocentos mil reais), mesmo existindo grandes possibilidades de que isso tenha ocorrido.

III- CONCLUSÃO

Posto isso e por todos os argumentos acima apresentamos opinamos pelo INDEFERIMENTO do Recurso Administrativo, interposto pela empresa EPE CONSTRUÇÕES EIRELI.

É a manifestação.

Cajati, 10 de junho de 2021.


Pedro Alexandre Rodrigues Pereira
Chefe da Divisão de Contencioso