

ILUSTRÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DA COMISSÃO DE LICITAÇÕES DO MUNICÍPIO DE TREZE TÍLIAS/SC.

PREFEITURA MUNICIPAL DE TREZE TÍLIAS
PROCOLO Nº 367 LVO5 PG75
RECEBIDO EM 21 1 03 18


ASSINATURA

VIGA PAVIMENTAÇÕES E OBRAS LTDA., pessoa jurídica de direito privado, com sede na cidade de Joaçaba, SC., inscrita no CNPJ sob o nº 09.223.659/0001-81, já qualificada no Procedimento Licitatório n. 11/2018, que tem como objeto a contratação de pessoa jurídica especializada para *"implantação e pavimentação de interseção localizada no Km 49,6 da Rodovia SC-465, no trecho entre Treze Tílias e Ibicaré, conforme planilha orçamentária contendo os valores máximos, cronograma, compreendendo todos os serviços descritos no relatório e projeto de execução, constantes no Anexo I, integrantes do Edital"*, vem, por meio desta, tempestivamente, à presença de V. S^a, interpor o presente

RECURSO (ADMINISTRATIVO) DE DECLARAÇÃO (EQUIVOCADA) DE CONSIDERAÇÃO DE EMPRESA DE PEQUENO PORTE,

Contra, ato da *d.* Comissão de Licitação desse e. Município que considerou a empresa KAENG INFRAESTRUTURA EIRELI EPP como empresa de Pequeno Porte, para fins dos benefícios estabelecidos na LC 123/2006, aduzindo as seguintes razões de fato e de direito:

Na ata (18/2018) da reunião da Comissão de Licitações devidamente constituída, referente ao procedimento licitatório em questão, fora determinada a abertura dos envelopes de *"Propostas de Preços"*, sendo que a empresa que apresentou o menor valor fora a ora Recorrente; não obstante isso, a *d.* Comissão informou que, no prazo de 02 (dois) dias úteis, a empresa vencida (KAENG) poderia apresentar, se fosse de seu interesse, nova proposta de preços, considerando o valor da proposta apresentada pela vencedora, tendo em vista ESTAR enquadrada como empresa de pequeno porte.

Não obstante a integridade da decisão da Comissão, esta é totalmente equivocada, tendo em vista que a empresa Recorrida (KAENG) não



mais é empresa de Pequeno Porte, sendo que, para tal entendimento e desiderato, bastaria se analisar o Balanço Patrimonial e Demonstrações Contábeis apresentados no próprio procedimento licitatório, de onde se extrai, sem sombra de dúvidas, de que referida empresa Recorrida NÃO MAIS DETÉM TAL QUALIDADE (empresa de Pequeno Porte).

Tal aferição se mostra evidente, como dito no parágrafo anterior, de uma simples análise aos mencionados documentos, que estão carreados no próprio procedimento licitatório, em cotejo com a legislação pertinente, de onde se extraem os seguintes entendimentos:

1. O Artigo 3º da LC 123/2006 (Estatuto da ME e EPP), estabelece os limites para o enquadramento como empresa de um desses portes. Neste caso, após a atualização oportunizada pela LC 155/2016, o limite para enquadramento como EPP passou a ser de faturamento inferior a R\$ 4.800.000,00, anuais;
2. Em relação ao aumento do limite, que anteriormente era de R\$ 3.600.000,00, anuais, e passou a R\$ 4.800.000,00, tal efeito ocorreu somente a partir de 01/01/2018;
3. Desta forma, no caso em questão, a empresa obteve no ano de 2017 um faturamento total de R\$ 4.778.224,66, como pode ser comprovado pela DRE (Demonstração do Resultado do Exercício);
4. Inclusive, em 2016 a empresa já tinha ultrapassado tal limite, pois a DRE demonstra um faturamento de R\$ 4.076.629,45, ou seja, durante todo o ano de 2017 até agora ela pode ter desfrutado de uma condição de EPP, sendo beneficiada em processos licitatórios, sendo que já deveria estar excluída dessa condição;
5. O “desenquadramento” da condição de ME ou EPP é ato de exclusiva responsabilidade da empresa, junto à Junta Comercial, conforme se extrai da IN 103 de 30.04.2007 emitida pelo Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio. Não existe um mecanismo automático que enquadra ou desenquadra a empresa nessa ou naquela condição, bastando, para tanto, a necessidade de que a própria empresa que solicitou o inicial enquadramento, quando não mais detenha tal condição, promova seu desenquadramento;
6. O Simples Nacional é um ponto importante nesta análise. Apesar de a empresa em questão ser de Lucro Real, a LC 155/2016 (que alterou os limites de faturamento para enquadramento) abriu a possibilidade de as PJ que ultrapassarem o limite de R\$ 3.600.000,00, até R\$ 4.799.999,99, permanecerem no simples nacional. Porém é uma questão exclusiva de “enquadramento” no Simples e não tem nada a ver com a condição de enquadramento de EPP, a qual permanece com limite de R\$ 3.600.000,00, anuais de faturamento, conforme Art. 3º da LC 123/2006.

Outras irregularidades, não de modo diverso, também permeiam referida empresa, pois nas Demonstrações Contábeis apresentadas, o nome da

empresa ora é "ALEXANDRE CALDEIRA EIRELI (SPED)" ora é "KAENG INFRAESTRUTURA EIRELI (demais demonstrações)"; disso se extrai, ao menos em tese, notórias irregularidades que, grosso modo, poderiam, também em tese, demonstrar a possibilidade de fraude na emissão de tais documentos; ao menos contrariedades, estas, são notórias.

Ainda, no Balanço Patrimonial da empresa existe um valor atribuído á título de "estoque" na ordem/valor de R\$ 960.000,00 e, nas notas explicativas, a própria empresa diz que não tem estoque, porque somente é prestadora de serviços.

Tais situações não podem passar despercebidas pela Administração Pública, esta que possui a obrigatoriedade de primar pelos princípios da legalidade e moralidade, estes que se coadunam ao presente caso. Também não pode, a Administração Pública, diante de tamanhas irregularidades, dar seguimento ao processo licitatório; deve, primando pela legalidade, investigar tais ocorrências e, ao final, de forma fundamentada, exarar sua decisão.

Cristalino que a empresa KAENG não mais detém a condição de empresa de pequeno porte e, tal aferição NÃO pode ser analisada somente acerca da apresentação de uma certidão da Junta Comercial, dando conta de que possui tal enquadramento, mormente quando, conforme dito acima, a legislação (IN 103/2007) indica que a "declaração, sob as penas da lei", feita pela própria empresa, é o que a definiria como enquadrada, reenquadrada ou desenquadrada da condição de micro ou empresa de pequeno porte, mas isso somente em relação à Junta Comercial do Estado.

Para a Administração Pública o que deve valer é o Balanço Patrimonial e Demonstrações Contábeis apresentados, em cotejo com a legislação que rege a matéria, sendo que da análise destes, em cotejo com a legislação que estabelece os limites para enquadramento como empresa de pequeno porte, denota-se, claramente, que a empresa KAENG não mais detém tal condição de empresa de pequeno porte.

A Lei Complementar nº 123/06 versa sobre o Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte. Como se depreende do seu art. 1º¹, ela estabelece normas gerais que instauram tratamento privilegiado às

¹ Art. 1º. Esta Lei Complementar estabelece normas gerais relativas ao tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, especialmente no que se refere. (Original sem Grifos).

microempresas e às empresas de pequeno porte no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, sobretudo de ordem fiscal.

A Lei Complementar prescreve normas que afetam as licitações públicas nos seus arts. 42 a 49. Os arts. 42 e 43 enunciam normas sobre a comprovação da regularidade fiscal por parte das microempresas e das empresas de pequeno porte. Os arts. 44 e 45 estatuem em favor delas "*direito de preferência*". O art. 46 autoriza-as a emitir cédula de crédito microempresarial, na forma de regulamento a ser expedido pelo Poder Executivo. E, enfim, os arts. 47, 48 e 49 dispõem sobre "*tratamento privilegiado e simplificado para as microempresas e as empresas de pequeno porte*", desde que previsto e regulamentado na legislação do respectivo ente público.

Percebe-se, então, já de início, que há dispositivos na Lei Complementar nº 123/06 tocantes às licitações que são autoaplicáveis e outros que dependem de regulamentação ou de lei ordinária.

Pois bem, os arts. 42 e 43, que tratam da regularidade fiscal das microempresas e das empresas de pequeno porte, são autoaplicáveis, haja vista que o legislador não os condicionou a qualquer regulamentação. O mesmo não ocorre com os arts. 44 e 45, que versam sobre o direito de preferência.

Ademais, o "*tratamento privilegiado e simplificado para as microempresas e as empresas de pequeno porte*", disciplinado pelos arts. 47, 48 e 49, deve também ser "**previsto e regulamentado na legislação do respectivo ente**". Dessa forma, o disposto nos arts. 44, 45, 47, 48 e 49 demandam, inclusive, lei ordinária para serem aplicados, não bastando mero regulamento do Executivo.

Nas licitações do tipo menor preço que seguem a sistemática da Lei nº 8.666/93, como o é no presente caso, a comissão de licitação deve conduzir o certame normalmente, procedendo à habilitação e, depois dela, à abertura dos envelopes com as propostas, conforme ocorreu até determinado momento, no caso presente. Aberto os envelopes com as propostas, a comissão de licitação deve analisar a aceitabilidade delas, desclassificando aquelas que apresentarem objetos que não atendem às especificações do edital, às formalidades neles previstas, bem como as que consignarem preços excessivos ou inexequíveis.

Em seguida, a comissão de licitação deve classificar as propostas de acordo com os preços expressos nela, conforme ocorreu, consoante ata já

mencionada. Se microempresa ou empresa de pequeno porte tiver ofertado o menor preço, o certame deve seguir normalmente, como não é o presente caso. Se o menor preço tiver sido ofertado por empresa não qualificada como microempresa ou empresa de pequeno porte, como é o presente caso, a comissão de licitação deve verificar se alguma microempresa ou empresa de pequeno porte ofertou proposta não superior a 10% em relação ao menor preço.

Se a resposta for positiva, isto é, se alguma microempresa ou empresa de pequeno porte ofertou preço não superior a 10% em relação ao menor preço, a comissão de licitação deve intimar a microempresa ou a empresa de pequeno porte mais bem classificada para que ela exerça o direito de preferência, como ocorreu.

Ocorre que a empresa KAENG, ou mesmo, a condição de empresa de pequeno porte desta, deve ser aferida pela Comissão com base, logicamente, na documentação apresentada (balanço e demonstrações contábeis), em cotejo com limites que a lei prescreve, o que não ocorreu; porquanto, se isso tivesse sido feito, curial que se evidenciaria que a empresa KAENG não detém a condição de empresa de pequeno porte, independente da declaração que houvera confeccionado e encaminhado para a JUCESC, que lhe outorgou certidão com tal qualidade.

Observa-se, ainda, que as disposições da LC n. 123/2006, que tratam das "Aquisições Públicas", mormente em seus artigos 42 a 49, NÃO SÃO AUTOAPLICÁVEIS.

Ou seja, para que as mesmas possam ser aplicadas a um caso concreto, cada uma das autoridades componentes da Administração Pública Direta (União, Estados-membros e Municípios) necessita expedir um ato regulamentar, no caso DECRETO regulamentar, no mínimo, ou Lei Ordinária para fins de disciplinar a matéria e estabelecer a aplicabilidade da mesma às situações que pretende privilegiar no âmbito circunscrito de sua competência.

Não é outra a disposição do art. 47, caput da LC n. 123/2006, senão vejamos:

Art. 47. Nas contratações públicas da União, dos Estados e dos Municípios, poderá ser concedido tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte objetivando a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica,

desde que previsto e regulamentado na legislação do respectivo ente. (grifos nossos).

Observa-se no citado dispositivo, que elucida a matéria, primeiro, que o "*tratamento diferenciado e simplificado*" de que trata o a LC n. 123/2006, é uma mera FACULDADE quanto à sua aplicação por parte do Poder Público; ou seja, INEXISTE obrigação de aplicação de tratamento diferenciado e simplificado às micro e pequenas empresas em todas as licitações.

Portanto, nenhuma Administração Pública está obrigada ou condicionada, pela enunciada Lei, porquanto a própria Lei estabelece uma faculdade, exatamente na medida que diz, no texto do art. 47, que determinado Município "*poderá conceder tratamento diferenciado*", nada dizendo acerca de que esteja obrigado, ou mesmo, que "*deverá dar tratamento diferenciado*".

O Dicionário Aurélio, traduz a palavra "*poderá*", assim disposta como a faculdade da Administração Pública em realizar licitações dessa natureza (com tratamento diferenciado), como também, "*ter ocasião ou oportunidade, a razão ou o motivo de*". Sempre que julgar adequada a ocasião, e as razões forem inequívocas e relevantes, o Administrador poderá realizar licitações desta forma. Se não vislumbrar, face suas expressas disposições, a eficiência ao fim público que se destina a licitação, não haverá motivo nem razão para o atendimento do dispositivo da lei complementar.

Segundo, por que as disposições dos arts. 44 e 45 da LC n. 123/2006 não são autoaplicáveis, exatamente na medida em que condicionam a aplicação de tais preceitos de Lei à anterior expedição de um ato regulamentar por parte do Executivo, e devendo também prevê-lo na sua própria legislação.

Terceiro, a autonomia de expedição de tal ato regulamentar é do próprio Município, ou seja, inexistente qualquer menção na Lei no sentido de que sua não expedição redundaria na obrigatoriedade de aplicação do disposto nos arts. 44 e 45 da LC 123/2006, e de forma automática (autoaplicabilidade), muito pelo contrário. Desta forma, observa-se que a aplicação da Lei, mormente nos dizeres nos arts. 44 e 45 da LC n. 123/2006 está condicionada à expedição de Decreto ou outro ato regulamentar por parte do Município, não vice-versa.

É fato que a Lei n. 123/2006 possui abrangência, como norma geral que é, a todos os entes da Administração Pública, porém, sua eficácia



(aplicação) resta condicionada, primeiro, à sua aceitação por parte da Administração Pública e, segundo, após regulamentação interna pelo determinado ente; não se podendo interpretá-la de outra forma, sob pena de ofensa à autonomia constitucional dos municípios.

Correto dizer-se, assim, que nos atos praticados pela Comissão de Licitações houve descumprimento a dispositivos de ordem pública, daí defluindo conseqüente ofensa ao interesse público e nulidade de tais atos.

Nessa esteira, assinala com propriedade **MARÇAL JUSTEN FILHO**:

"A anulação deriva diretamente dos princípios da legalidade e da indisponibilidade do interesse público. Como a Administração está estritamente vinculada à Lei, não se admite que pratique atos ofensivos a dispositivos legais. Por isso, a autoridade administrativa tem o dever de invalidar seus próprios atos que se revelem viciados. Na licitação, porém, o vício de nulidade se caracterizará quando houver ofensa a dispositivo que tutele o interesse público. Se a tutela for ao interesse privado, a Administração disporá da faculdade de pronunciar o vício de ofício".

"Não há margem de discricionariedade para defender o ato defeituoso. Não se admite a invocação de um pretense interesse público para a manutenção do ato viciado. Aliás, muito pelo contrário: um ato inválido, por si só, é suficiente para ofender o interesse público. A defesa do interesse público impõe o respeito ao direito."

"Revelado o vício de nulidade, o ato administrativo deve ser desfeito. Tratando-se de anulação, o obrigatório desfazimento não pode ser obstaculizado por "direitos adquiridos" (RJTJESP 84/124 - adendo do rodapé). (...)

"(...)

"Quando houver ofensa ao interesse público, o silêncio do particular é irrelevante e não provoca o suprimento do vício. A omissão do interessado pode impedi-lo de valer-se da via recursal (art. 41, § 2º) mas não exclui seu direito de obter a

tutela jurisdicional acerca da matéria (mantém-se seu interesse de agir). A Administração Pública, tomando conhecimento (mesmo informalmente) dele, terá o dever de reconhecê-lo e de desfazer o ato.

(in COMENTÁRIOS À LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS, 6ª ed. ver.. e ampl. São Paulo. Dialética, 1999). (grifo nosso).

Os procedimentos em alvo, desse modo, estão contaminados com o vício da nulidade, porque, enquanto atos administrativos vinculados não foram observados seus requisitos, mormente atinentes à sua validade e eficácia. Sendo a nulidade matéria de ordem pública, como é o presente caso, pode ser levantada a qualquer modo, da mesma forma, e em qualquer fase do certame licitatório.

Desta forma, resta evidenciado que a licitante KAENG apresentou documento (certidão) inválido - *tendo em vista não mais deter a condição de empresa de pequeno porte* -, de forma que o mesmo não se coaduna com o disposto no edital, devendo, então, ser declarada vencida (KAENG) no certame.

Diante do exposto, ante a flagrante ilegalidade verificada no procedimento que declarou a empresa KAENG INFRAESTRUTURA EIRELI como empresa de pequeno porte e, oportunizou-lhe a possibilidade de oferecer nova proposta de preços, sob pena de responsabilidade criminal e civil das autoridades competentes, requer-se sejam a mesma considerada VENCIDA no certame, homologando o resultado da Licitação em face da empresa ora Recorrente (VIGA).

Ad argumentadun tantum, não vindo a ser este o entendimento desta Comissão, que seja este recurso, devidamente instruído, levado a apreciação da autoridade competente, nos termos do § 4º do artigo 109 da Lei nº 8.666/93

Termos em que,

Pede deferimento.

Joaçaba/SC, 20 de Março de 2018.



VIGA - PAVIMENTAÇÕES E OBRAS LTDA

Representante Legal