

ORIGEM: Gerencia Jurídica SEHAC;

DESTINO: Diretor Jurídico, Comissão de Licitação e Autoridade Competente;

PARECER N.º 031/2023

TRATA-SE DE PARECER OPINATIVO QUANTO AO RECURSO APRESENTADO PELA EMPRESA KAIROS ARQUITETURA E CONSTRUÇÕES LTDA FRENTE À SESSÃO DE GRANDE PORTE N.º 006/2023 (PROCESSO ADM. N.º 294/2023).

I- DA TEMPESTIVIDADE

Cumpra consignar que, apesar de enviado email com a informação da data de reabertura da sessão para julgamento do envelope das propostas no dia 15/06/2023, a empresa Recorrente não compareceu. Ainda assim, fora respeitado pelo Setor de Licitações o decurso do prazo de 05 (cinco) dias úteis previsto no Artigo 66 do RLC SEHAC- Portaria n.º 009 de 04/12/2008 para prosseguimento do feito.

As razões recursais foram protocoladas no dia 22/06/2023, portanto, tempestivas. Oportunidade em que foi aberto o prazo para contrarrazões, protocolada no dia 28/06/2023 também dentro do prazo legal.

II- SÍNTESE FÁTICA

Trata-se de parecer opinativo quanto às razões recursais apresentadas pela empresa **KAIROS ARQUITETURA E CONSTRUÇÕES LTDA** em face da decisão que declarou vencedora a proposta da empresa **L C DIAS DE OLIVEIRA CONSTRUÇÃO E ARQUITETURA EIRELI** na sessão de Grande Porte n.º 006/2023 realizado nesta Instituição para contratação de empresa especializada para realização de obras de reforma para ampliação, adequação e melhorias nas edificações do Serviço de Pronto Atendimento (SPA)-Posse, conforme processo administrativo n.º 294/2023.


Micaella Mesquita
Gerente Jurídica
OAB/RJ 220.508 - MAT. 1965
SEHAC

Em síntese, a Recorrente alegou que a Recorrida se utilizou de declaração inverídica para participar do certame e se beneficiar das benesses da Lei Complementar nº 123/2006, qual instituiu o Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte no país e previu tratamento diferenciado em licitações.

Inicialmente alegou que a Recorrida “cometeu erro” ao registrar a sua declaração de enquadramento e que não informou sobre o erro cometido ao “Pregoeiro” e se utilizou dos benefícios irregularmente, que não houve boa-fé por parte da Recorrida, que o enquadramento errôneo a impede de participar do certame, pois não se trata de processo exclusivo para micro e pequenas empresas, que mesmo com a “retificação do enquadramento” não haverá como manter a Recorrida classificada “por faltar com a verdade”.

Por fim aduz que a Recorrida deve ser desclassificada e que a Comissão inovou no ordenamento jurídico chegando ao extremo de aprovar proponente que praticou ato manifestamente contrário ao previsto em edital.

Em contrarrazões, a Recorrida alegou que foi declarada vencedora do certame por ter cumprido todas as exigências contidas no ato convocatório, que os apontamentos da Recorrente são infundados e não merecem prosperar. Alegou que o recurso é improcedente, já que a Recorrente não compareceu na data marcada para reabertura da sessão, e extemporâneo por tratar-se de matéria relativa a habilitação, fase já superada..

Aduz que, conforme documento apresentado no certame (SPED CONTÁBIL 2021) é possível verificar a sua receita bruta, a qual está dentro da faixa de faturamento para o enquadramento como EPP.

Por fim, alegou que a empresa prestou autodeclaração de enquadramento, responsabilizando-se pela veracidade das informações prestadas e repudiou as alegações da Recorrida, solicitando a manutenção da decisão da Comissão Licitante.

III- DO MÉRITO:

(i) PRELIMINARMENTE:

Cumpra esclarecer que o procedimento em apreço foi realizado pela modalidade Grande Porte prevista no Regulamento de Licitações e Contratações do SEHAC- Portaria nº 009 de 04/12/2008 e suas posteriores alterações, conforme Artigo 13, inciso III, julgado por Comissão Julgadora.

Neste sentido, ante a modalidade adotada a fase recursal para o rito não é una, mas sim fracionada em dois momentos distintos, sendo a primeira quando da


Micaella Mesquita
Gerente Jurídica
OAB/RJ 220.508 - MAT. 1965
SEHAC

julgamento dos envelopes de habilitação, e a segunda, quando do julgamento dos envelopes das propostas.

Em análise, verifica-se que a matéria suscitada pela empresa Recorrente trata-se de questionamento de documentação de habilitação, e que, portanto, deveria ter sido impugnada na fase recursal anterior. O que não foi feito.

Neste sentido, encontra-se o Artigo 30 do RLC SEHAC- Portaria nº 009 de 04/12/008 e o §5º do artigo 43 da Lei 8.666/93:

Art.30. São preclusivas as deliberações sobre habilitação interna e admissão das propostas, salvo, no primeiro caso, em razão de fato superveniente ou de ulterior conhecimento de fato anterior.

Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:

§ 5º Ultrapassada a fase de habilitação dos concorrentes (incisos I e II) e abertas as propostas (inciso III), não cabe desclassificá-los por motivo relacionado com a habilitação, salvo em razão de fatos supervenientes ou só conhecidos após o julgamento.

Frise-se que as alegações suscitadas pela Recorrente não foram supervenientes, pelo contrário, o documento questionado sempre esteve nos autos e não houve comprovação de fatos novos ou não conhecidos. Portanto, entendemos que o direito da empresa em manifestar-se quanto à matéria encontra-se **precluso**.

Não obstante ao exposto pela Recorrente não merecer análise já que trata-se de direito precluso pelo não exercício no momento oportuno, como boa prática das Instituição na análise e revisão de seus próprios atos, com o intuito de afastar qualquer ilegalidade ou decisão que comprometa a lisura e o caráter competitivo e igualitário do certame é que passamos a analisar:

(ii) DA SUPOSTA DECLARAÇÃO INVERÍDICA DE BENEFICIÁRIA DA LEI COMPLEMENTAR Nº 123/2006 POR PARTE DA RECORRIDA:

Ante ao exposto, verifica-se a gravidade das alegações apresentadas pela empresa Recorrente que afirma suposta utilização indevida pela empresa declarada vencedora dos benefícios descritos na LC nº 123/2006, com base nos documentos apresentados pela mesma, alegando que houve “declaração inverídica” quanto ao enquadramento como Empresa de Pequeno Porte- EPP, e consequente utilização dos benefícios na LC 123/2006.


Micaella Mesquita
Gerente Jurídica
OAB/RJ 220.508 - MAT. 1965
SEHAC

Apesar das alegações, a Recorrente não apresentou documentos que comprovem a sua narrativa.

Em breve histórico, a legislação brasileira reconhecendo a desigualdade de condições de participação em licitações entre grandes e pequenas empresas instituiu na Lei Complementar nº 123 de 2006, o Regime de tratamento diferenciado para microempresas e empresas de pequeno porte previstos nos artigos 42 a 45 do dispositivo legal. Destaca-se o contido no caput do artigo 3º e nos respectivos inciso II, § 9º e § 9º-A. Veja-se:

*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:*

II - no caso de empresa de pequeno porte, aufera, 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). (...)

§ 9º A empresa de pequeno porte que, no ano-calendário, exceder o limite de receita bruta anual previsto no inciso II do deste artigo 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.122, para todos os efeitos legais, ressalvado o disposto nos §§ 9º-AA, 100 e 122.

§ 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.

Neste sentido, tendo em vista a obrigatoriedade de observância da LC nº 123/2006 o Edital de Grande Porte nº 006/2023 previu o tratamento diferenciado as ME e EPPs exigindo expressamente que o Licitante que se achar enquadrado preste auto declaração neste sentido, além do dever de comprovar através do envio de Certidão expedida pela Junta Comercial, senão vejamos:

*As microempresas e empresas de pequeno porte, para utilizarem as prerrogativas estabelecidas na Lei Complementar nº 123/2006, deverão apresentar, dentro **do Envelope Nº 01 (HABILITAÇÃO)**, declaração (ANEXO III) de que ostentam essa condição e de que não*

se enquadram em nenhum dos casos enumerados no § 4º do art. 3º da referida Lei. (pag 03- Edital nº 006/23)

Aos licitantes que se enquadrem como ME-EPP, nos termos da LC 123/06, deverão comprovar essa condição, mediante a apresentação de Certidão expedida pela Junta Comercial de seu domicílio, conforme o Art. 8º da IN 103 do Departamento Nacional de Registro do Comércio, de 30/04/2007, na qual deverá ser encaminhado juntamente com os demais documentos de habilitação; (pag 07- Edital nº 006/23)

Ressalte-se que é assunto pacífico na jurisprudência que a declaração prestada pela própria empresa é o documento formal hábil a permitir a utilização dos benefícios dispostos na LC nº 123/2006, pois é consolidado o entendimento de que a declaração prestada pela Recorrida possui presunção de veracidade, responsabilizando-a pelo seu teor e sujeitando-a a responsabilização por cometimento de crime de fraude a licitação caso tenha prestado declaração falsa, além da aplicação da sanção de declaração de inidoneidade para participar de licitações.

Corroborando o acima exposto, o Tribunal de Contas da União já decidiu sobre a matéria, estando à mesma pacificada no âmbito das Cortes de Contas, cita-se o Acórdão nº 970/2011 – Plenário, Relatoria do Ministro Augusto Sherman:

Constitui fraude à licitação a participação de empresa na condição de microempresa ou empresa de pequeno porte, sem apresentar essa qualificação, em razão de faturamento superior ao limite legal estabelecido, situação que enseja a declaração de inidoneidade da pessoa jurídica envolvida. A perda da condição de microempresa ou empresa de pequeno porte, por ser ato declaratório, é de responsabilidade da sociedade empresarial.
(...)

O Decreto Federal nº 8.538/2015 o qual regulamenta o tratamento favorecido, diferenciado e simplificado para microempresas, empresas de pequeno porte, no âmbito da administração pública federal, exige do licitante a ser beneficiada a declaração, sob as penas da lei, de que cumpre os requisitos legais para a qualificação como microempresa ou empresa de pequeno porte, o que o tornará apto a usufruir do tratamento favorecido estabelecido nos art. 42 ao art. 49 da Lei Complementar nº 123, de 2006.



Micaella Mesquita
Gerente Jurídica
OAB/RJ 220.508 - MAT. 1965
SEHAC

No art.13, §1º do mesmo Decreto, prevê que o licitante é responsável por solicitar seu desenquadramento da condição de microempresa ou empresa de pequeno porte quando houver ultrapassado o limite:

Art. 13. Para fins do disposto neste Decreto, o enquadramento como: (...)

§ 1º O licitante é responsável por solicitar seu desenquadramento da condição de microempresa ou empresa de pequeno porte quando houver ultrapassado o limite de faturamento estabelecido no art. 3º da Lei Complementar nº 123, de 2006, no ano fiscal anterior, sob pena de ser declarado inidôneo para licitar e contratar com a administração pública, sem prejuízo das demais sanções, caso usufrua ou tente usufruir indevidamente dos benefícios previstos neste Decreto.

Desta feita, ao declarar que se enquadra como empresa de pequeno porte, a Recorrida assumiu a responsabilidade quanto à veracidade das informações apresentadas na licitação, ao passo que se posiciona como participante em situação privilegiada relativamente a outras concorrentes, dado o tratamento jurídico diferenciado estabelecido pela LC 123/2006.

Em análise aos autos verifica-se que a empresa Recorrida apresentou a auto declaração supramencionada assinada pelo representante legal; assim como apresentou os seguintes documentos que corroboram a declaração prestada: **(i)** Certidão da Junta Comercial atestando o porte de EPP obtida no dia 11/05/2023; **(ii)** Certificado de Inscrição no Cadastro de fornecedores e Prestadores de Serviços da PMP dentro da validade; **(iii)** Comprovante de Inscrição e de Situação Cadastral (Cartão CNPJ); **(iv)** Sped Contábil do ano exigível (exercício fiscal do ano 2021).

É importante esclarecer que a sessão de Grande Porte ocorreu dia 15/05/2023, e, conforme disposição contida no art. 5º da Instrução Normativa Receita Federal do Brasil nº 1.420/2013, o prazo para transmissão anual do Sped é até o último dia útil do mês de maio do ano seguinte ao ano-calendário a que se refira a escrituração.

Assim, pelo SPED Contábil apresentado foi comprovado que o faturamento da Recorrida no ano de 2021 foi de **R\$ 2.191.085,05** (dois milhões cento e noventa e um mil oitenta e cinco reais e cinco centavos), portanto dentro do limite legal permitido de até R\$ 4,8 milhões/ano para o porte declarado.

Além disso, verifica-se que todos os documentos apresentados foram entregues no formato exigido e avaliados pela Comissão Julgadora que os consideraram aptos ao atendimento das exigências editalícias. Assim também não

foi verificado qualquer indício de irregularidade ou suposta fraude que pudessem fazer com que a Comissão abrisse diligência em momento oportuno, com vistas a confirmar a condição declarada.

Saliente-se, todos os documentos, inclusive os emitidos por órgãos do governo, confirmaram a declaração prestada pela Recorrida quanto ao porte de sua empresa como Empresa de Pequeno Porte- EPP.

Desta forma, não assiste razão a Recorrente, que apesar de suscitar dúvidas não comprovou o alegado.

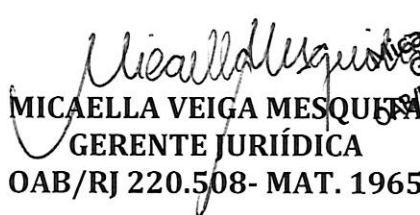
(iii) CONCLUSÃO

Ante ao exposto, **s.m.j.**, opino pelo **CONHECIMENTO** e **NÃO ACOLHIMENTO** do recurso apresentado pela empresa **KAIROS ARQUITETURA E CONSTRUÇÕES LTDA** e manutenção da decisão proferida em ata de sessão que declarou vencedora a empresa **L C DIAS DE OLIVEIRA CONSTRUÇÃO E ARQUITETURA EIRELI** para o processo licitatório nº 294/2023.

É O PARECER.

Encaminhado ao Diretor Jurídico, após a Comissão de Licitação e Autoridade Competente para análise e decisão final.

Petrópolis, 07 de julho de 2023.


MICAELLA VEIGA MESQUITA
GERENTE JURÍDICA
OAB/RJ 220.508- MAT. 1965

Micaella Mesquita
Gerente Jurídica
OAB/RJ 220.508 - MAT. 1965
SEHAC