



DECISÃO ADMINISTRATIVA
RESPOSTA AO RECURSO ADMINISTRATIVO

PROCESSO LICITATÓRIO: CONCORRÊNCIA PÚBLICA Nº 09.10.01/2023.08

OBJETO: CONTRATAÇÃO DE PESSOA JURÍDICA PARA EXECUTAR PAVIMENTAÇÃO EM PEDRA TOSCA EM DIVERSAS LOCALIDADES DO MUNICÍPIO DE AMONTADA.

RECORRENTE: SERFI CONSTRUTORA E SERVIÇOS DE TRANSPORTE EIRELI - ME,

Trata-se de Recurso Administrativo interposto pela (s) empresa (s) SERFI CONSTRUTORA E SERVIÇOS DE TRANSPORTE EIRELI - ME, nos autos da CONCORRÊNCIA PÚBLICA Nº 09.10.01/2023.08, cujo objeto é “CONTRATAÇÃO DE PESSOA JURÍDICA PARA EXECUTAR PAVIMENTAÇÃO EM PEDRA TOSCA EM DIVERSAS LOCALIDADES DO MUNICÍPIO DE AMONTADA.”.

Em sede de admissibilidade, foram preenchidos os pressupostos de admissibilidade, legitimidade e tempestividade, conforme comprovam os documentos acostados ao Processo de Licitação.

Da Análise do Recurso da empresa SERFI CONSTRUTORA E SERVIÇOS DE TRANSPORTE EIRELI - ME

A RECORRENTE alega em sua peça recursal que em nenhum momento a declaração é usada de má-fé, sendo excesso de formalidade por parte da Comissão de Licitação. Aduz ainda que na elaboração da declaração foi declarado a condição erroneamente, porém o direito da empresa é o mesmo, ela se enquadra em condições de benefícios para usufruir das condições de empresa enquadradas tanto ME ou EPP.

Ao final pede que seja reanalisado o processo e que seja reformulada a decisão para que seja incluída no rol de empresas habilitadas.

Sobre a matéria, a Lei Complementar n.º 123/2006 dispõe em seu diploma os requisitos que diferenciam o enquadramento de uma empresa na condição de Microempresa e Empresa de Pequeno Porte.

Nesse sentido, não fora à toa que o legislador referiu-se ao enquadramento da empresa na condição de microempresa e/ou de pequeno porte, não pode o interprete da norma ampliar seu alcance quando este não lhe é dado competência para tal, uma vez que o instrumento convocatório é suficientemente claro e objeto quanto as exigência ora postas. Senão vejamos o que diz a exigência do edital:

Cumprir destacar que, após compulsar os autos do processo licitatório, foi verificado que o recorrente acostou declaração mencionando que a empresa em questão se trata de ME.

Ocorre que a recorrente entende que apenas houve um excesso de formalismo por parte da Presidente da CPL, não apresentando qualquer argumento quanto a necessidade de seu desenquadramento. Todavia, ao analisar minuciosamente toda a documentação entregue, ficou notório que há divergência quanto ao seu real enquadramento, uma vez que em suas demonstrações contábeis apresentam que o rendimento bruto anual ultrapassa o limite legal estabelecido, o qual ensejou motivo da sua inabilitação: “Declarou ser ME, porém o balanço apresentado do ano fiscal de 2022, apresenta receita operacional bruta de R\$ 2.817.447,94; o que caracteriza descumprimento de condição básica para enquadramento de ME. A mera participação em licitação como ME e EPP, amparada por declaração falsa, configura fraude em licitação, tipificada no art. 90 da lei de licitações e de acordo



com o acórdão 1677/2018 do TCU. Tal tentativa de obtenção de vantagem no presente certame, configura afronta direta ao princípio constitucional da isonomia e o bem jurídico protegidos pelos arts. 170, IX e 179 da constituição federal e pela lei 123/2006 que trata do desenvolvimento econômico por meio de tratamento diferenciado em relação as demais empresa das ME e EPP”

Sobre a matéria, a Lei Complementar n.º 123/2006 dispõe em seu diploma os requisitos que diferenciam o enquadramento de uma empresa na condição de Microempresa e Empresa de Pequeno Porte, in verbis:

Art. 3ª Para os efeitos desta Lei Complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte a sociedade empresária, a sociedade simples e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002, devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que:

I – no caso da microempresa, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais); e;
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).
(negrito)

Observa-se que o dispositivo acima dispõe expressamente que a caracterização do enquadramento de microempresa se faz por sua receita bruta anual, ou seja, considera-se o que o teto máximo é de **R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais)**. Mesmo sobre a alegação de **desenquadramento automático previsto no art. 3º, parágrafo 7º da LC 123/2006, trata-se na verdade de situação no caso de início de atividades da empresa, o que não é o caso, haja vista que a mesma encontra-se ativa, conforme dados no cartão do cnpj da receita federal apresentado.**

A Procuradoria Geral do Estado do Paraná – PGE/PR se manifestou acerca do tema por meio do Parecer nº 28/2017 – PGE, se posicionando no sentido de que:

“Assim, o enquadramento e o desenquadramento da empresa é um ato declaratório da própria empresa, independente de procedimentos burocráticos complexos.

Ao tempo que é um ato de diminuta formalidade, vemos que é obrigação da empresa fazer a declaração quando não reunir os requisitos de microempresa e empresa de pequeno porte. Participar de licitação utilizando os benefícios sem os condicionantes constitui-se em fraude, tipificada no art. 90 da Lei nº 8.666, de 1993, o que pode levar o licitante a ser declarado inidôneo, de acordo com o art. 156 da Lei Estadual nº 15.608, de 2007.”

Na mesma toada, o Decreto Federal nº 8.538/2015 explicita o funcionamento do enquadramento das microempresas e empresas de pequeno porte para fins dos benefícios da Lei Complementar nº 123/2006 nos certames públicos.

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.

§ 2º Deverá ser exigida do licitante a ser beneficiado a declaração, sob as penas da lei, de que cumpre os requisitos legais para a qualificação como microempresa ou empresa de pequeno porte, microempreendedor individual, produtor rural pessoa física, agricultor familiar ou sociedade cooperativa de consumo, estando apto a usufruir do tratamento favorecido estabelecido nos art. 42 ao art. 49 da Lei Complementar nº 123, de 2006.

Destacamos que não há mecanismos de identificar se a empresa ultrapassou o limite previsto em lei para enquadramento de ME para EPP, tendo em vista que incumbe ao próprio empresário a tarefa de atualização do desenquadramento junto ao órgão competente.

Sobre o tema destacamos diversos julgados do TCU quanto a fato de enquadramento questionado pela recorrente quanto ao faturamento auferido no exercício:

A definição de receita bruta para fins de *enquadramento* de licitante nas categorias de *microempresa* ou empresa de pequeno porte deve corresponder à soma das receitas oriundas das atividades empresariais, não se restringindo à venda de bens e à prestação de serviços em sentido estrito.

Acórdão 2446/2016-Plenário | Relator: VITAL DO RÊGO

Para efeito de *enquadramento* na definição de microempresa ou empresa de pequeno porte a que alude a LC 123/2006, a receita bruta a ser considerada é a referente à atividade efetivamente exercida como fato gerador dos tributos, não importando para tanto a natureza jurídica da empresa ou a descrição de suas atividades no cadastro de pessoas jurídicas.

Acórdão 1702/2017-Plenário | Relator: WALTON ALENCAR RODRIGUES

A participação de empresa em licitação exclusiva para microempresa (ME) ou empresa de pequeno porte (EPP), sem que haja o correto enquadramento nessas categorias, em razão de faturamento superior ao limite legal estabelecido, enseja declaração de inidoneidade, impossibilitando que contrate com a Administração Pública por até 5 anos. A baixa materialidade dos procedimentos licitatórios exclusivos para ME ou EPP constitui atenuante à conduta dos responsáveis.

Acórdão 2847/2010-Plenário | Relator: WALTON ALENCAR RODRIGUES

A participação do particular reservando-se como microempresa sendo que o mesmo não se enquadra mais neste status jurídico caracteriza-se fraude.

Conforme acima exposto, a conduta de apresentar em certame licitatório declaração com conteúdo incompatível com o real enquadramento da empresa licitante é passível de incorrer nas penalidades legalmente previstas, sendo que, os atos tipificados nesta figura criminosa atingem diretamente o processo licitatório por meio da quebra do caráter competitivo.

A ausência de veracidade nas informações prestadas pelo recorrente no certame em epígrafe inviabiliza por si só a sua participação no processo licitatório, sendo certo que, a revogação de



sua inabilitação contraria todos os preceitos legais norteadores da Administração Pública, em razão da postura da empresa recorrente em tentar burlar a legalidade das etapas do certame, conseqüentemente obtendo para si vantagem indevida.

Princípio de extrema importância para a lisura da licitação pública, significa, segundo José dos Santos Carvalho Filho, "que todos os interessados em contratar com a Administração devem competir em igualdade de condições, sem que a nenhum se ofereça vantagem não extensiva a outro."

A margem do aduzido acima observe-se o entendimento doutrinário de Celso Antônio Bandeira de Mello sobre o assunto em questão:

"1 - Licitação, pois, é um procedimento competitivo – obrigatório como regra – pelo qual o Estado e demais entidades governamentais, para constituírem relações jurídicas as mais obsequiosas aos interesses a que devem servir, buscam selecionar sua contraparte mediante disputa constituída e desenvolvida isonomicamente entre os interessados, na conformidade dos parâmetros antecipadamente estabelecidos e divulgados.

2 – Fácil é ver-se que a licitação não é um fim em si mesmo, mas um meio pelo qual se busca a obtenção do negócio mais conveniente para o atendimento dos interesses e necessidades públicas a serem supridos, tanto para assegurar, neste desiderato, o pleno respeito ao princípio da isonomia, isto é: o dever de ensejar iguais oportunidades aos que pretendem disputar o tratamento das relações jurídicas em que o Poder Público esteja empenhado.

Tem, pois um caráter manifestadamente instrumental e competitivo, pois é um recurso, uma via, para que as entidades estatais possam aportar idônea e satisfatoriamente na satisfação de um interesse público a ser preenchido mediante relação firmada com outrem. Logo, a obrigatoriedade do uso de tal instituto – sem dúvida importantíssimo, tanto que a própria Constituição o prevê como obrigatório, no art. 37, XXI – (...)"

A licitação tem que chegar a um final, esse final é o julgamento, realizado pela própria Comissão de Licitação ou pregoeiro, e no caso de convite, por um servidor nomeado. Esse julgamento deve observar o critério objetivo indicado no instrumento convocatório. Tal julgamento, portanto, deve ser realizado por critério, que sobre ser objetivo deve estar previamente estabelecido no edital ou na carta-convite. Portanto, quem vai participar da licitação tem o direito de saber qual é o critério pelo qual esse certame vai ser julgado, como assim o foi.

Zanella di Pietro, explicando este princípio, afirma que, "Quanto ao julgamento objetivo, que é decorrência também do princípio da legalidade, está assente seu significado: o julgamento das propostas há de ser feito de acordo com os critérios fixados no edital."

Nesse exato pensar, confirma Odete Medauar que:

"o julgamento, na licitação, é a indicação, pela Comissão de Licitação, da proposta vencedora. Julgamento objetivo significa que deve nortear-se pelo critério previamente fixado no instrumento convocatório, observadas todas as normas a respeito."

Os princípios constitucionais dirigem-se ao Executivo, Legislativo e Judiciário, condicionando-os e pautando a interpretação e aplicação de todas as normas jurídicas vigentes. No Estado de Direito o que se quer é o governo das leis e não dos homens.



O princípio da legalidade constitui-se basilar na atividade administrativa e segundo o qual a Administração está restritamente regulada pelo instituído em lei, ou seja, o administrador ou gestor público está jungido à letra da lei para poder atuar. Seu facere ou non facere decorre da vontade expressa do Estado (com quem os agentes públicos se confundem, segundo a teoria da apresentação de Pontes de Miranda), manifestada por lei. Nesse exato sentido é a lição de Celso Ribeiro Bastos:

“... É que, com relação à Administração, não há princípio de liberdade nenhum a ser obedecido. É ela criada pela Constituição e pelas leis como mero instrumento de atuação e aplicação do ordenamento jurídico. Assim sendo, cumprirá melhor o seu papel quanto mais atrelada estiver à própria lei, cuja vontade deve sempre prevalecer.” (CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO, Saraiva, 2ª ed., São Paulo, 1996, p. 25.)

O descumprimento supra nada mais poderia ensejar que a inabilitação da licitante, como ocorreu, não pode a bem de qualquer aspecto, a não ser o edital, a Comissão de Licitação julgar o procedimento licitatório, uma vez esse exigindo, é forçoso quando há descumprimento imputar-se ao infringidor das normas editalícias o ônus da inabilitação, essa é a *ratio legis*.

Ao descumprir normas editalícias, a Administração frustra a própria razão de ser da licitação e viola os princípios que direcionam a atividade administrativa, tais como: o da legalidade, da moralidade e da isonomia.

Nesta seara vejamos entendimento do STJ:

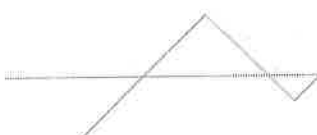
O STJ entendeu: “O princípio da vinculação ao instrumento convocatório se traduz na regra de que o edital faz a lei entre as partes, devendo os seus termos serem observados até o final do certame, vez que se vinculam as partes.” **Fonte:** STJ. 1ª turma, RESP nº 354977/SC. Registro nº 200101284066.DJ 09 dez. 2003. p. 00213.

Descumprido estaria no caso o não menos considerável princípio da igualdade entre os licitantes, quando se uns apresentaram a documentação segundo o determinado no edital, outros não poderiam descumprir, ainda quando atrelados a este princípio, segundo classificação dada por **Carvalho Filho**, estão os princípios correlatos, respectivamente, da **competitividade** e da **indistinação**.

Princípio de extrema importância para a lisura da licitação pública, significa, segundo **José dos Santos Carvalho Filho**, “que todos os interessados em contratar com a Administração devem competir em igualdade de condições, sem que a nenhum se ofereça vantagem não extensiva a outro.”

Outro princípio que seria descumprido é o não menos importante princípio do julgamento objetivo. A licitação tem que chegar a um final, esse final é o julgamento, realizado pela própria Presidente da CPL ou pregoeiro, e no caso de convite, por um servidor nomeado. Esse julgamento deve observar o critério objetivo indicado no instrumento convocatório. Tal julgamento, portanto, deve ser realizado por critério, que sobre ser objetivo deve estar previamente estabelecido no edital ou na carta-convite. Portanto, quem vai participar da licitação tem o direito de saber qual é o critério pelo qual esse certame vai ser julgado, como assim o foi.

A lei de licitações deverá ser aplicada em sua amplitude, principalmente com as demais normas vigentes e originárias, as constitucionais, portanto, em relação à legitimidade da referida exigência e, a respeito da sua legalidade, analisemos a luz da indispensabilidade contida no Art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal:





Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

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

Isto posto, restam comprovadas a regularidade das exigências supramencionadas no ato convocatório e quanto ao julgamento por parte da Presidente da CPL, de maneira que não se pode interpretar o edital de forma diversa ao sentido das normas nele contido, mormente quando não se está mais em fase legal para tanto.

Nesse sentido, não há que se falar em entendimento diverso, é a máxima: *“Não é dado ao intérprete alargar o espectro do texto legal, sob pena de criar hipótese não prevista”* (Ivan Rigolin).

O professor Toshio Mukai, pontua *“Onde a lei não distinguiu, não cabe ao intérprete fazê-lo”*.

Ressaltamos que em sede de descumprimento de exigência comprovadamente legal, decidiu o STJ:

“...desmerece habilitação em licitação pública a concorrente que não satisfaz as exigências estabelecidas na legislação de regência e ditadas no edital.”
Fonte: STJ. 1ª turma, RESP nº 179324/SC. Registro nº 199800464735.DJ 24 Jun.. 2002. p. 00188. Revista Fórum Administrativo – Direito Público vol. 17. ano 2. jul. 2002.

Da Conclusão Final

Ante o exposto, CONHEÇO do presente recurso administrativo, para, no mérito, NEGAR PROVIMENTO, mantendo-se incólume os atos praticados pela Comissão de Licitação, mantendo-se a sessão já designada de abertura das propostas.

Amontada/CE, 18 de janeiro de 2024.


FLAVIO CESAR BRUNO TEIXEIRA
SECRETÁRIO DE INFRAESTRUTURA