

PARECER N° 021/20

Versa o presente parecer jurídico sobre recurso administrativo interposto pela empresa COESUL – CONSTRUTORA EXTREMO SUL, contra a habilitação da empresa EUROVIA CONSTRUTORA EIRELI – EPP junto às licitações – TP 006/2020, pondo em dúvida a declaração da empresa recorrida, quanto ao seu enquadramento como Empresa de Pequeno Porte, pelo fato da mesma haver assinado diversos contratos administrativos de execução de obras públicas nos Municípios de Gravataí, Igrejinha, Nova Hartz, Vale Real e São José do Hortência, cuja soma dos contratos excede a 30 milhões de reais. Como segundo argumento de recurso, aduz não haver a empresa recorrida cumprido a exigência do item 2.4, alínea “i” do edital, sob o argumento de inconsistência das licenças de jazidas apresentadas pela mesma.

Oportunizada à empresa recorrida a oferta de contrarrazões, em tempo hábil essa exerceu seu direito, arguindo, em relação ao seu enquadramento como EPP, que:

- 1) “receita bruta” não se confunde com “faturamento” ou “contratos vigentes”, no intuito de defender que os contratos vigentes são mera expectativa de faturamento, mas sem data certa;
- 2) A listagem apresentada pela recorrente não teria relevância jurídica para o enquadramento ou não como ME/EPP;
- 3) A extrapolação do limite legal de receita bruta de uma EPP somente produziria efeitos de desenquadramento de EPP no mês subsequente ao excesso.
- 4) Futura e incerta extrapolação do limite legal só produziria efeitos para o futuro;
- 5) Receita bruta deve ser avaliada à partir das demonstrações contábeis oficiais das empresas;
- 6) Em situações de licitações anteriores já teria havido o mesmo questionamento sobre o enquadramento da recorrida como EPP e que o próprio Município de Gravataí teria reconhecido o seu enquadramento nessa condição, em processo licitatório – Concorrência Pública n° 020/20, cujo parecer vai anexado às contrarrazões.

Sobre o questionamento quanto ao cumprimento das exigências técnicas, aduz haver cumprido integralmente as exigências do edital.

É o breve relatório.

O fato do edital prever que as empresas que desejarem se valer do benefício de tratamento diferenciado da Lei Complementar nº 123/06, devam declarar sua pretensão, temos que, sempre que for posto em dúvida algum documento ou declaração de empresas licitantes, deva a Comissão de licitações diligenciar na veracidade de tais documentos ou informações, quer seja por ser provocação de terceiros, ou de ofício.

Nesse sentido, apesar de haver a empresa recorrida declarado que se enquadra em EPP, deve a Comissão de Licitações, quando instada sobre a idoneidade do documento, diligenciar nos portais governamentais dos Municípios referidos na peça recursal, efetuar pesquisa no portal de transparência para verificar a renda bruta da recorrida nos Municípios citados.

Em que pese o ônus da prova seja de quem arguiu a ilegalidade, deve o Poder Público, no exercício de resguardar o cumprimento da lei, sempre que entender que essa esteja sendo ameaçada, exercitar o seu *múnus público* para, de ofício diligenciar no cumprimento do dever legal. E se, efetivamente restar comprovado de que a declaração de enquadramento da empresa recorrida como EPP não se traduzir em verdade, é caso de exclusão da licitante da condição de microempresa para fins do certame, se não do próprio certame, por declaração falsa.

Considerando a notícia da recorrenda de haver a recorrida firmado diversos contratos administrativos com outros Municípios, em pleno vigor no ano em curso, aliado ao fato de NÃO haver a recorrida contestado a existência desses contratos, tomamos a liberdade de pesquisar junto ao Portal de Transparência do Município de Gravataí, os valores de empenhos liquidados e dos valores pagos, ao longo de 2020, à empresa recorrida e deparamo-nos com números financeiros que evidenciam o desenquadramento da mesma da condição de EPP.

Senão vejamos:

Conforme comprovantes em anexo, extraídos do Portal de Transparência do Município de Gravataí, só em 2020, aquele Município já emitiu e “liquidou”, seis empenhos em favor da empresa recorrida, no valor de R\$ 5.298.327,65. E efetuou o pagamento, ao longo deste ano, de R\$ 5.164.809,78.

Apenas para esclarecimento jurídico e legal, “liquidação” de empenho é segundo a Lei Federal nº 4320/64, consiste na verificação do direito adquirido pelo credor tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito.(art.63)

Logo, não paira dúvida de que a empresa recorrida, com base na comprovação anexa, à partir de maio do corrente ano, só com a receita auferida dos contratos administrativos celebrados com o Município de Gravataí já excedeu a sua receita máxima enquanto EPP. Logo, não poderá exercer o seu direito de tratamento diferenciado previsto nos arts. 37 XXI e 146 da Constituição Federal e da Lei Complementar nº 123/06.

Sobre a viabilidade do tratamento diferenciado oferecido às microempresas e empresas de pequeno porte, o inciso XXI do art. 37 da Constituição dispõe sobre a possibilidade de a legislação delinear critérios de isonomia em licitação, vejamos:

“Art. 37 (...)

*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.”*

Referido inciso viabiliza a legislação delinear regras sobre a isonomia dos correntes nos procedimentos licitatórios. Portanto, viabiliza e publicação de regras que assegurem a igualdade entre os concorrentes no processo licitatório, conforme a sua condição social e econômica, corolário do princípio da igualdade.

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 poderá trazer tratamento diferenciado e favorecido às ME/EPP, incluindo os critérios distintos de qualificação técnica e econômica para assegurar a igualdade de condições entre os concorrentes, munindo tais empresas de instrumentos diferenciados de julgamento para fazer frente à empresas de poderio econômico superior.


No caso das microempresas e empresas de pequeno porte caberá à Lei Complementar fazer o diferenciado tratamento. O artigo 146 da Constituição Federal, precisamente na alínea "d" do inciso III, assim dispõe:

*"Art. 146. Cabe à lei complementar:*

*d) definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, inclusive regimes especiais ou simplificados no caso do imposto previsto no art. 155, II, das contribuições previstas no art. 195, I e §§ 12 e 13, e da contribuição a que se refere o art. 239. (...)."*

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 - 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 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).*

*II - no caso da 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\$ 3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais). 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). (...)"*

Quanto ao caráter diferenciado de tratamento, o inciso III do artigo 1º e o artigo 44 da Lei Complementar prescrevem:

*“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:*

*III - ao acesso a crédito e ao mercado, inclusive quanto à preferência nas aquisições de bens e serviços pelos Poderes Públicos, à tecnologia, ao associativismo e às regras de inclusão. ”*

*“Art. 44. Nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte.*

*§ 1º Entende-se por empate aquelas situações em que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 10% (dez por cento) superiores à proposta mais bem classificada.*

*§ 2º Na modalidade de pregão, o intervalo percentual estabelecido no § 1º deste artigo será de até 5% (cinco por cento) superior ao melhor preço. ”*

O § 1º do artigo 3º, como a denominada interpretação autêntica, considera receita bruta, para fins do disposto na lei o produto da venda de bens e serviços nas operações de conta própria, o preço dos serviços

prestados e o resultado nas operações em conta alheia, não incluídas as vendas canceladas e os descontos incondicionais concedidos.

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)”*

Referidos parágrafos enaltecem a substancialidade da comprovação da condição diferenciada da empresa. A aplicabilidade imediata de suas regras automatiza a exclusão do regime diferenciado: excedendo o limite de receita bruta anual prevista ficará excluída no mês subsequente do tratamento jurídico diferenciado.

Assim, para fins licitatórios, em princípio, a sociedade empresária que exceda tal limite perderia tais prerrogativas. Formalmente permaneceria como

tal, até que se processasse a averbação na Junta Comercial. Substancialmente, contudo, deixaria de ser microempresa ou empresa de pequeno porte para tais fins.

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.

Assim, é indispensável a verificação das qualificações técnicas e econômico-financeira para a habilitação do licitante. A qualificação técnica e econômico-financeira se utiliza para fundamentar o regime diferenciado das ME/EPP na licitação.

Desta feita, se tornou indispensável a averiguação do enquadramento substancial da empresa para qualificá-la como microempresa, viés da própria habilitação.

A comissão de licitações deve avaliar o enquadramento da empresa como microempresa. Em princípio, a CERTIDÃO SIMPLIFICADA certifica que a situação formal da recorrida é de microempresa que poderá ou não ser optante pelo Simples Nacional.

Não podemos olvidar que tal fato não excluiria a empresa, pela não opção, à condição de microempresa. A exclusão do regime tributário diferenciado não reflete em sua qualificação jurídica como microempresa. Contudo, os pressupostos legais devem ser obedecidos para os benefícios diferenciados, dentre eles a real situação econômica da licitante.

Para a tipificação é indispensável - no caso da microempresa - que esta auferisse, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais). **Para fins de prerrogativas, não basta a Certidão da Junta.**

**Deve-se fazer diligências nos portais governamentais de pesquisas de transparência para verificar a renda bruta dessas microempresas. Não**



se enquadrando nos limites legais, fica evidenciada o motivo, e a exclusão do licitante da condição de microempresa para fins do certame.

Ressaltamos não ser atribuição da Comissão de licitações ou pregoeiro analisar a voluntariedade da conduta praticada pelo licitante, principalmente quando se refere à conduta criminosa, cuja tipificação compete tão somente ao juízo natural. Assim, o enquadramento em fraude à licitação no art. 90 da Lei nº 8.666/93 pressupõe um devido processo legal de natureza processual penal. As atribuições do pregoeiro restringem-se ao âmbito administrativo e enquanto perdurar o certame.

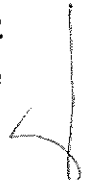
A má fé não se presume, deve ser efetivamente comprovada. Contudo não se exclui a verificação da denominada boa fé objetiva, cujo enquadramento se perfaz diante das situações concretas colocadas sob apreciação. Assim, com base nas regras que regem a boa fé objetiva pode-se verificar se houve conduta lesiva aos interesses dos demais licitantes.

Destarte sendo assente que o valor da receita bruta da empresa recorrida excede ao valor legal para a sua qualificação como microempresa deve esta ser inabilitada em obediência ao princípio da isonomia.

Ressaltamos, ainda, decisão do Tribunal de Contas que trata da matéria referente à necessidade de mudança de enquadramento legal da empresa, para esta não se beneficiar de direitos específicos das microempresas e empresas de pequeno porte, vejamos:

***“Participação de empresa, em processo licitatório, como microempresa (ME) ou empresa de pequeno porte (EPP), sem possuir os requisitos legais para tanto, pode ensejar a sua declaração de inidoneidade.***

Em sede de representação, foi apurada a possível participação indevida de empresa em licitações públicas, na condição de ME ou EPP, sem possuir os requisitos legais necessários para tal caracterização. Em seu voto, com relação à empresa supostamente beneficiada com o enquadramento indevido, o relator ressaltou ter ficado comprovado **“que seu faturamento bruto era superior ao limite estabelecido para o enquadramento como pequena empresa, que a empresa não solicitou à época a alteração de sua condição e, por fim, que**





participou de procedimento licitatório exclusivo para micros e pequenas empresas, vencendo o certame, beneficiando-se de sua própria omissão”. Ao não declarar a mudança de enquadramento legal, a empresa “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 possibilitara à empresa “benefícios indevidos específicos de ME ou EPP e a obtenção, na Junta Comercial, da ‘Certidão Simplificada’, documento que viabilizou sua participação em licitações públicas exclusivas para ME ou EPP”. Embora tenha considerado grave a omissão da empresa em informar o seu desenquadramento, o relator, em razão da baixa materialidade dos valores envolvidos nas licitações analisadas, entendeu suficiente a expedição de alerta à aludida empresa no sentido de que “a repetição da infração ensejará a declaração de sua inidoneidade, impossibilitando que contrate com o Poder Público por até 5 anos”, no que foi acompanhado pelo Plenário. Acórdão n.º 2924/2010-Plenário, TC-007.490/2010-0, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, 03.11.2010.”

A atuação de ofício para diligências comprobatórias e tomadas de decisões é inerente à Administração Pública como parte no processo licitatório. Aplica-se a oficiosidade e a autotutela para a averiguação e conseqüente correição de atos contrários à lei e a moralidade administrativa. Desta feita, inerente ao poder de polícia da Comissão de licitações, no caso sob apreciação, se valer de critério razoáveis de justiça para não aceitar o exercício da LC nº 123/06, isso para não falar em inabilitação, eis que omite a realidade de sua receita atual.

Face a análise jurídica supra exposta quanto ao quesito da LC 123/06, deixa-se de apreciar o segundo argumento de recurso.

Pelas razões expostas, **opinamos** pelo recebimento do recurso administrativo e dar-lhe provimento no sentido de reconsiderar a habilitação da empresa EUROVIA CONSTRUTORA EIRELI – EPP por prestar declaração falsa quanto a sua condição financeira de EPP.

Alternativamente, pela manutenção da habilitação da empresa EUROVIA CONSTRUTORA EIRELI – EPP, mas impedindo-a de exercer seu

direito ao tratamento diferenciado previsto na Lei Complementar nº 123/06, eis que sua receita no ano fiscal em curso excede o limite financeiro como EPP.

Por fim, em homenagem ao princípio da economicidade, que o presente parecer jurídico sirva de paradigma para os demais processos licitatórios em curso que tiverem a participação da empresa EUROVIA CONSTRUTORA EIRELI – EPP.

É o parecer.

Bom Princípio, 01 de junho de 2020.



Cesar Luis Baumgratz

OAB/RS nº 22147

[Início](#)
[Despesas](#)
[Empenhos](#)
[Pagamentos](#)
[Gravatai](#)
[Início](#) > [Despesas](#) > [Empenhos](#)
[Empenhos - Grupo 3 - Tipo 1](#)

Entidade: Todos

Ano: 2020

Filtro: CPF/CNPJ



Igual



31.725.142/0001-40

Consultar

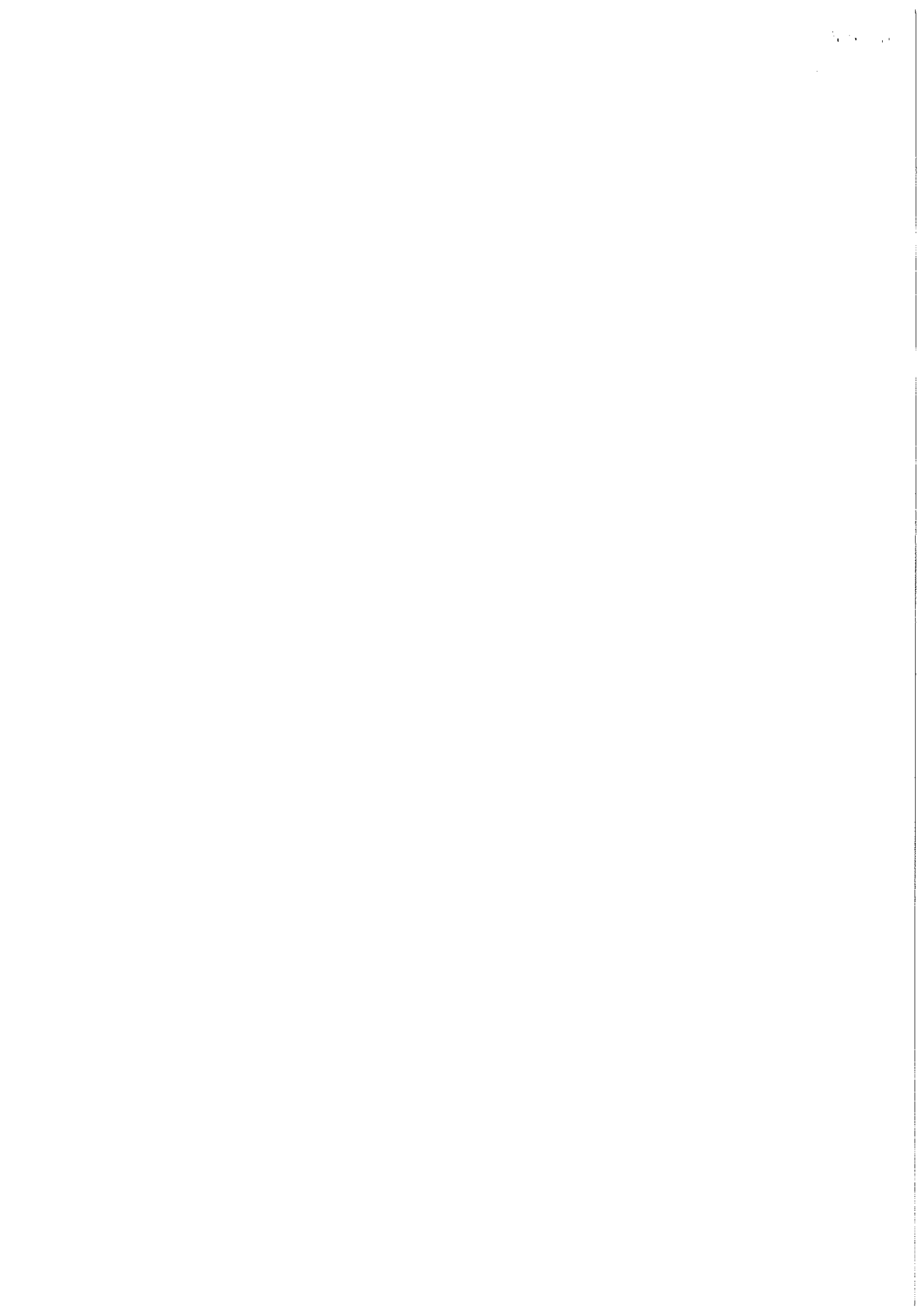
Entidade	Credor	Empenho	Nº Ordem	Data	Valor Pago	Ações
MUNICÍPIO DE GRA...	EUROVIA CONSTRUTORA EIRELI	71-0/2020	5634	16/03/2020	769.480,25	
MUNICÍPIO DE GRA...	EUROVIA CONSTRUTORA EIRELI	71-0/2020	7201	02/04/2020	1.672.946,68	
MUNICÍPIO DE GRA...	EUROVIA CONSTRUTORA EIRELI	71-0/2020	10711	11/05/2020	1.905.861,79	
MUNICÍPIO DE GRA...	EUROVIA CONSTRUTORA EIRELI	81-0/2020	5633	16/03/2020	66.223,45	
MUNICÍPIO DE GRA...	EUROVIA CONSTRUTORA EIRELI	82-0/2020	5136	11/03/2020	94.804,18	
MUNICÍPIO DE GRA...	EUROVIA CONSTRUTORA EIRELI	82-0/2020	7202	02/04/2020	215.774,55	
MUNICÍPIO DE GRA...	EUROVIA CONSTRUTORA EIRELI	82-0/2020	10654	11/05/2020	0,10	
MUNICÍPIO DE GRA...	EUROVIA CONSTRUTORA EIRELI	82-0/2020	10712	11/05/2020	439.718,78	
					<b>5.164.80...</b>	

[Mapa](#)
[Imprimir](#)


## MUNICÍPIO DE GRAVATAI

Av Dr José Loureiro da Silva, Nº 1350, Centro - Gravataí/RS  
CEP: 94.010-000

[Visualizar endereço no Mapa](#)
[Privacidade - Termos](#)



Suprimentos

Licitações

Contratos e Acordos

Empenhos

CNPJ: 00

[Início](#) > [Despesas](#) > [Empenhos](#)

Entidade: Todos

Ano: 2020

Filtro: CPF/CNPJ

Igual

31.725.142/0001-40

Consultar

Entidade	Credor	Empenho	Nº Ordem	Data	Valor Pago	Ações
MUNICÍPIO DE GRA...	EUROVIA CONSTRUTORA EIRELI	71-0/2020	5634	16/03/2020	769.480,25	
MUNICÍPIO DE GRA...	EUROVIA CONSTRUTORA EIRELI	71-0/2020	7201	02/04/2020	1.672.946,68	
MUNICÍPIO DE GRA...	EUROVIA CONSTRUTORA EIRELI	71-0/2020	10711	11/05/2020	1.905.861,79	
MUNICÍPIO DE GRA...	EUROVIA CONSTRUTORA EIRELI	81-0/2020	5633	16/03/2020	66.223,45	
MUNICÍPIO DE GRA...	EUROVIA CONSTRUTORA EIRELI	82-0/2020	5136	11/03/2020	94.804,18	
MUNICÍPIO DE GRA...	EUROVIA CONSTRUTORA EIRELI	82-0/2020	7202	02/04/2020	215.774,55	
MUNICÍPIO DE GRA...	EUROVIA CONSTRUTORA EIRELI	82-0/2020	10654	11/05/2020	0,10	
MUNICÍPIO DE GRA...	EUROVIA CONSTRUTORA EIRELI	82-0/2020	10712	11/05/2020	439.718,78	
					<b>5.164.80...</b>	

[Voltar](#)
[Imprimir](#)


## MUNICÍPIO DE GRAVATAI

Av Dr José Loureiro da Silva, Nº 1350, Centro - Gravataí/RS  
CEP: 94.010-000

Portal da Transparência

01/06/2020 - 10:05

