

## RESPOSTA AO RECURSO

**Processo Licitatório nº 106/2019**

**Carta Convite Nº 019/2019**

**Objeto:** Contratação de empresa para prestar serviços técnicos especializados de assessoria e consultoria jurídica em matérias de alta complexidade para a Câmara Municipal de São Gonçalo do Rio Abaixo.

**RECORRENTE:** CANÇADO NETO SOCIEDADE INDIVIDUAL DE ADVOCACIA

**Ref.:** APRESENTAÇÃO DE CERTIDÃO DE FGTS VENCIDA

### 1- RELATÓRIO

Brevíssimo Histórico

Trata-se da análise de RECURSO interposto pela CANÇADO NETO SOCIEDADE INDIVIDUAL DE ADVOCACIA, Processo Licitatório nº 106/2019, Carta Convite nº 019/2019, promovido pela Câmara Municipal de São Gonçalo do Rio Abaixo, a fim de que se promova a reconsideração e/ou reformar a decisão da Comissão de Licitação e declarar a empresa recorrente habilitada para participar do certame licitatório.

### 2 - ALEGAÇÕES DA RECORRENTE

A empresa CANÇADO NETO SOCIEDADE INDIVIDUAL DE ADVOCACIA alega dentre outras seguintes argumentos em seu recurso:

*“Não pode assistir Razão a Ilustre Comissão Permanente de Licitação – COPEL da Câmara Municipal de São Gonçalo do Rio Abaixo/MG, em inabilitar a empresa ora Recorrente do processo licitatório nº 106/2019, Carta Convite nº 019/2019, pelo fato de apresentar Certidão Negativa com vencimento expirado, declarando um mero erro formal de sua posição.” (...) Cabe ainda destacar, como a empresa ora Recorrente é optante pelo SIMPLES NACIONAL, está enquadrada como Microempresa, nos termos da Lei Complementar 123/2006, e prevalece o entendimento que havendo alguma restrição na comprovação da regularidade fiscal, será assegurado o prazo de 5 (cinco) dias úteis, cujo termo inicial corresponderá ao momento em que o proponente for declarado o vencedor do certame, prorrogável por igual período, a critério da administração pública, para a regularização da documentação, pagamento ou parcelamento do débito e emissão de eventuais certidões negativas ou positivas com efeito de certidão negativa. (...) Na modalidade convite, a apresentação da documentação de habilitação, ainda que com restrição, permitirá à microempresa participar da fase seguinte, de propostas comerciais, sendo a ela informado que a regularização da habilitação iniciar-se-á da declaração do vencedor. Nesse sentido, omissis está o edital ao não possibilitar o credenciamento de Micro e Pequena empresa. Assim, a inabilitação da empresa ora Recorrente traz a baila a premissa do rigor em excesso nos termos dos princípios basilares da administração pública, em certo termo, dos processos licitatórios. Ao passo que a expiração de validade da certidão confrontada a sua substituição, cuja retirada em sítio*

*da internet se deu no dia do certame, esclarece a validade e a postura da Recorrente dentro da regularidade fiscal apontada. Assim, dentro dos processos licitatórios, a isonomia não obriga adoção de formalismo irracional. Atende-se ao princípio da isonomia quando se assegura que todos os licitantes poderão ser beneficiados por tratamento menos severo, e deles aplicando o princípio da proporcionalidade, poderia cogitar-se ate mesmo de correção de defeitos secundários nas propostas dos licitantes. Nesse sentido, a apresentação de certidões confirma a regularidade junto a administração publica, ou seja, a nova certidão emitida que se junta nessa assentada, atesta a certidão negativa com data de expiração vencida, o que traz a baila a mera formalidade de atos, podendo ser habilitada a Recorrente a participar do Certame em questão.”*

### **3 - DA ANÁLISE DA TEMPESTIVIDADE DO RECURSO**

Preliminarmente, a Presidente da Comissão reconhece a tempestividade do recurso, nos termos do § 2º do art. 41 da Lei nº 8.666/1993, tendo em vista que fora recebida pelo órgão competente no dia 03 de Junho de 2019, cumprindo assim o requisito temporal-legal exigido para o processamento do presente recurso.

### **4 – DO PARECER DA COMISSÃO**

Reuniu-se a Comissão Especial de Licitações no dia 04 de junho de 2019, e tomou conhecimento das alegações da recorrente CANÇADO NETO SOCIEDADE INDIVIDUAL DE ADVOCACIA, e, após analisar as razões do recorrente

principalmente quando declara que merece o tratamento diferenciado por se trata de Micro Empresa ou empresa de pequeno porte, decidiu.

Inicialmente cumpre lembrar que a licitante foi inabilitada porque apresentou certidão negativa de FGTS com data de vencimento em 27/05/2019, sendo declarada inválida. Há expressa previsão no item 5.3.2, letra b), do Edital que as certidões devem estar válidas na data do certame. Por essa razão a licitante foi inabilitada.

Apresentou a licitante recurso alegando que a decisão constitui excesso de formalismo e que se enquadra como microempresa, lhe sendo garantido o prazo de cinco dias para regularizar a documentação.

Evidentemente que o gozo dos benefícios legais retro referidos exige o regular enquadramento da empresa interessada como microempresa ou empresa de pequeno porte.

Nos termos do Decreto nº. 6.204/2007, que regulamentou o tratamento favorecido no âmbito da Administração Pública Federal, o enquadramento na condição merecedora dos privilégios legais opera-se mediante declaração da parte interessada, sob as penas da lei, de que cumpre os requisitos legais para qualificar-se como microempresa ou empresa de pequeno porte.

Esmiuçando a questão, a Instrução Normativa nº 103/2007, do Departamento Nacional de Registro de Comércio (DNRC)<sup>15</sup>, dispõe que

Art. 1º O enquadramento, reenquadramento e desenquadramento de microempresa e empresa de pequeno porte pelas Juntas Comerciais será efetuado, conforme o caso, mediante arquivamento de declaração procedida pelo empresário ou sociedade em instrumento específico para essa finalidade.

Extrai-se da leitura do dispositivo que o enquadramento, o desenquadramento e o reequadramento da empresa estão estritamente **vinculados à emissão de declaração específica para esta finalidade** que deverá conter, entre outros, dados específicos da parte interessada, tais como nome empresarial, endereço, data de registro de ato constitutivo, etc.

Em razão disso é que Marçal Justen Filho (JUSTEN FILHO, Marçal. O Estatuto da Microempresa e as licitações públicas: comentários aos artigos da lei complementar nº 123 atinentes a licitações públicas. São Paulo: Dialética, p.37-38, 2007.) defende **que o ônus da prova do preenchimento dos requisitos para fruição do benefício é do interessado.** Aquele que pretende valer-se das preferências contempladas na LC nº 123 deverá comprovar a titularidade dos requisitos necessários, ao passo que o ônus da prova dos fatos modificativos, impeditivos ou extintivos do direito do terceiro fruir os benefícios recairá sobre quem argüir a existência de tais fatos.

Reitere-se que assim como o enquadramento, seja por ato voluntário, seja por configura-se uma das situações impeditivas previstas no §4º do artigo 3º da LC 123/200617, será levado a efeito mediante declaração da empresa interessada.

Portanto, vê-se que inexistem maiores entraves burocráticos à obtenção da qualificação como microempresa ou empresa de pequeno porte, que se resume, como visto, a simples declaração do empresário ou sociedade empresária interessados.

Daí mostra-se legítima a afirmação de que se trata de ato de natureza eminentemente declaratória, de iniciativa de quem pretende se beneficiar da situação.

Muito embora, após análise dos autos, verificou-se inexistir declaração da junta comercial ou da própria empresa que a recorrente enquadra-se como Micro Empresa ou Empresa de Pequeno Porte. Logo à de se concluir não merecer

tratamento diferenciado. Nesse sentido também é o posicionamento do TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS:

**DENÚNCIA N. 932567 DENUNCIANTE:** Tecnologia Global Ltda. **DENUNCIADA:** Prefeitura Municipal de Itabirito, 2014 **PARTE(S):** Alexander Silva Salvador de Oliveira, Valdir José de Moraes e Josiane Braga Ribeiro Barbosa **PROCURADORA:** Adriana de Mello Castro Giroletti - OAB/MG 087006 **MPTC:** Marcílio Barenco Corrêa de Mello **RELATOR:** Conselheiro Substituto Hamilton Coelho **EMENTA DENÚNCIA – PREFEITURA – IMPROCEDÊNCIA – ARQUIVAMENTO. 1 - A comprovação da condição de microempresa ou empresa de pequeno porte, para os fins da LC n. 123/06, dar-se-á por meio de declaração, sob as penas da lei. 2 - O benefício de preferência como critério de desempate em licitações independe de previsão no edital do certame. 3 - Desde que observados os limites legais, a escolha da melhor forma de contratação cabe ao administrador, utilizando-se de critérios de conveniência e oportunidade, resguardando-se a vantajosidade para a Administração Pública. 4 - As Leis n. 8.666/93 e 10.520/02 não trazem disposições específicas sobre a forma recursal e, sobretudo, não impõem aos órgãos licitantes ampla permissividade quanto à admissibilidade dos recursos.**

No mesmo sentido é o decreto n. 8.538/2015:

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

I - microempresa ou empresa de pequeno porte se dará nos termos do art. 3º, caput , incisos I e II , e § 4º da Lei Complementar nº 123, de 2006 ;

II - agricultor familiar se dará nos termos da Lei nº 11.326, de 24 de julho de 2006 ;

III - produtor rural pessoa física se dará nos termos da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991 ;

IV - microempreendedor individual se dará nos termos do § 1º do art. 18-A da Lei Complementar nº 123, de 2006 ; e

V - sociedade cooperativa se dará nos termos do art. 34 da Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007 , e do art. 4º da Lei nº 5.764, de 16 de dezembro de 1971 .

§ 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 .**

## **5 - DA CONCLUSÃO**

Pelo exposto, decide a Comissão Especial de Licitação da Câmara Municipal de São Gonçalo do Rio Abaixo em **NEGAR PROVIMENTO** ao presente recurso apresentado pela CANÇADO NETO SOCIEDADE INDIVIDUAL DE ADVOCACIA., supra citada, com base na fundamentação apresentada acima.

Ainda em tempo, com fundamento no parágrafo 4º do artigo 109 da Lei nº 8.666/93, encaminho a presente decisão à Presidência desta casa Legislativa. Atendendo a solicitação do recorrente e com fulcro no parágrafo 4º do artigo 109 da lei 8666/93:

“§ 4º O recurso será dirigido à autoridade superior, por intermédio da que praticou o ato recorrido, a qual poderá reconsiderar sua decisão, no prazo de 5 (cinco) dias úteis, ou, nesse mesmo prazo, fazê-lo subir, devidamente informado, devendo, neste caso, a decisão ser proferida dentro do prazo de 5 (cinco) dias úteis, contado do recebimento do recurso, sob pena de responsabilidade.”

Intimem-se

São Gonçalo do Rio Abaixo, 05 de Junho de 2019.

**JOSELIA DE FATIMA PEIXOTO**

**LAIS COSTA BICALHO**

**CRISTIANE BENÍCIO BORGES**

**Comissão Permanente de Licitação**