

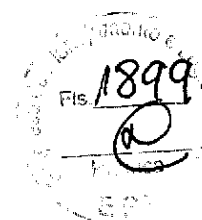


COMUNICADO Nº 09 /2016 – COLIC/GELIC/DGE

Ref. Proc.: 50840.000081/2016-08

Assunto: JULGAMENTO DE RECURSO – RDC 003/2016 – LOTE 2

Objeto: Contratação empresa para elaboração de estudos de engenharia visando às concessões de trechos rodoviários.



JULGAMENTO DE RECURSO ADMINISTRATIVO

RECORRENTE: PAVESYS ENGENHARIA S/S LTDA - EPP

CONTRARRAZOANTE: HUMBERTO SANTANA ENGENHEIROS CONSULTORES

RECORRIDO: COMISSÃO ESPECIAL DE LICITAÇÃO

1. Trata-se de recurso interposto tempestivamente em face do julgamento proferido pela Comissão Especial de Licitação no RDC 03/2016, no qual foi declarada habilitada a licitante HUMBERTO SANTANA ENGENHEIROS CONSULTORES.

DAS RAZÕES RECURSAIS

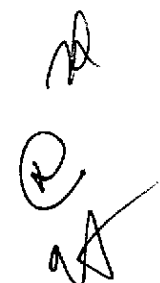
2. A licitante PAVESYS ENGENHARIA S/S LTDA - EPP apresenta argumentos em seu recurso alegando ter sido equivocada a decisão proferida pela Comissão Especial de Licitação. Em síntese:

- a) *A empresa Humberto Santana se beneficiou de ser EPP no certame e seu faturamento anual a exclui de tal categoria caso venha a ser vencedora da concorrência em epígrafe.*
- b) *Também possui em seu quadro social pessoas que figuram em outra empresa o que descaracteriza a qualificação EPP.*

DAS CONTRARRAZÕES

3. A Empresa HUMBERTO SANTANA ENGENHEIROS CONSULTORES apresentou as contrarrazões defendendo-se com os seguintes argumentos:

- a) *Nota-se que o recurso apresentado não traz qualquer fato novo, alegando apenas as mesmas questões já diligenciadas e apuradas no âmbito do presente procedimento, sendo certo que tais acusações não possuem qualquer fundamento,*
- b) *Não há embasamento legal ou jurisprudencial, apenas “achismos” e acusações falaciosas. Na falta de argumentos legais, jurisprudenciais e doutrinários, a Recorrente busca a exclusão do certame de uma empresa idônea que atendeu a*



todos os requisitos exigidos pelo ato convocatório com base em alegação que o próprio edital e a legislação contradizem.

- c) Vale registrar, por amor ao debate, que a Recorrida está efetivamente enquadrada como Empresa de Pequeno Porte, conforme Ato nº 316, registrado na Junta Comercial de Minas Gerais - JUCEMG, em 21/01/2014, sob o nº 5212710, tendo sua manutenção comprovada por meio da Certidão Simplificada nº 16/339.731-7, emitida em 19/05/2016, previamente anexados aos documentos de habilitação*
- d) Com base nesse arcabouço legal, especificamente quanto ao sócio ANDRÉ GONTIJO VIEIRA já foi demonstrado, na fase de diligência, que o mesmo possui apenas participação nas empresas Inovert Limpeza Industrial Ltda. e Siderúrgica União Bondespachense Ltda., as quais, no entanto, não ferem a mencionada norma legal e, muito menos, inviabilizam a condição de EPP da Recorrida*
- e) a habilitação/classificação da Recorrida se mostra plenamente acertada, inexistindo motivos para que a decisão proferida nos autos do presente processo licitatório seja reformada.*

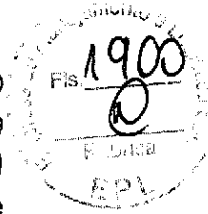
DA ANÁLISE DA COMISSÃO

4. Em que pesem as alegações apontadas pela recorrente, a Comissão entende que as mesmas são insuficientes para ensejar reforma no julgamento proferido, conforme se demonstrará a seguir.

5. Quanto ao argumento de que a “*empresa Humberto Santana se beneficiou de ser EPP no certame e seu faturamento anual a exclui de tal categoria caso venha a ser vencedora da concorrência em epígrafe*”, informamos que esta Comissão de Licitação buscou junto à Procuradoria Jurídica da EPL embasamento legal, conforme se verifica, trechos extraídos do Parecer nº 102/2016/PROJUR/PRE, cuja íntegra consta às fls. 1893/1898:

2. O tratamento diferenciado e favorecido à microempresa (ME) e empresa de pequeno porte (EPP) remota à Constituição Federal de 1988, ordenamento jurídico pioneiro no assunto em pauta, que, por intermédio do artigo 170, fundado no princípio da ordem econômica, trouxe benefícios às referidas espécies de sociedades empresariais.

3. O comando constitucional retro mencionado resultou na edição da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, que, na senda da dicção do artigo 1º, 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 Municípios, especialmente no que se refere, entre outros, 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.




4. De acordo com o artigo 48 da legislação em epígrafe, cuja dicção confere cumprimento ao disposto no artigo 47¹, o tratamento disciplinado no seu âmbito pode ser traduzido na realização de processo licitatório (I) destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nas contratações cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais); (II) em que seja exigida dos licitantes a subcontratação de microempresa ou de empresa de pequeno porte, desde que o percentual máximo do objeto a ser subcontratado não exceda a 30% (trinta por cento) do total licitado; e (III) em que se estabeleça cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte, em certames para a aquisição de bens e serviços de natureza divisível.

5. Para efeitos da Lei Complementar nº 123, de 2006, "*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 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 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)*"².

6. Diversamente do que se refere ao ponto necessário para caracterizar o enquadramento das pequenas empresas, o qual consiste na receita bruta anual, a Lei Complementar nº 123, de 2006, é omissa quanto à forma de comprovação de que uma sociedade empresarial qualifica-se como ME ou EPP.

7. Com o fito de atribuir um desfecho ao silêncio da lei, a Instrução Normativa nº 103, de 30 de abril de 2007, do Departamento Nacional de Registro do Comércio – DNRC, resolveu, nos termos do artigo 1º, estabelecer que "*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.*"

¹ Artigo 47, da Lei Complementar nº 123, de 2006: "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.

² Artigo 3º, incisos I e II da Lei Complementar nº 123, de 2006. 

8. Por seu turno, o Decreto nº 8.538, de 6 de outubro de 2015, que, na senda do disposto no artigo 16, revogou o Decreto nº 6.204, de 5 de setembro de 2007, acerca do critério 'forma de comprovação', define em seu artigo 13, § 2º, que *"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."*

6. A partir da leitura das orientações da Procuradoria Jurídica da EPL, tem-se que o enquadramento, reenquadramento e desenquadramento são atos declaratórios, condição que atribui ao próprio empresário a responsabilidade pela declaração sobre a natureza do seu estabelecimento comercial.

7. Nessa linha a doutrina já se consolidou. Marçal Justen Filho 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 Lei Complementar nº 123/2016 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 arguir a existência de tais fatos. *(Em sua obra: 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.)*

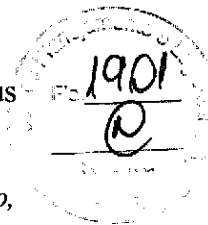
8. Assim, considerando que a licitante HUMBERTO SANTANA ENGENHEIROS CONSULTORES **declara** em sua contrarrazão que *"(...) o faturamento da empresa - registrados em balanços - nos últimos exercícios financeiros exigíveis, fundamentando a manutenção da condição de Empresa de Pequeno Porte para o corrente exercício (2016): 2013 R\$ 725.953,25; 2014 R\$ 2.406.696,85; 2015 R\$ 2.930.551,83"*, e mais adiante afirma que efetivamente está *"(...) enquadrada como Empresa de Pequeno Porte, conforme Ato nº 316, registrado na Junta Comercial de Minas Gerais - JUCEMG, em 21/01/2014, sob o nº 5212710, tendo sua manutenção comprovada por meio da Certidão Simplificada nº 16/339.731-7, emitida em 19/05/2016, previamente anexados aos documentos de habilitação(...)"*, para esta Comissão de Licitação, já que ausente comprovação contrária à realidade descrita, tal ponto fica superado.

9. Quanto ao argumento de que a licitante HUMBERTO SANTANA ENGENHEIROS CONSULTORES *"(...) possui em seu quadro social pessoas que figuram em outra empresa o que descaracteriza a qualificação EPP"*, informamos que é cediço que a pessoa jurídica não perde a qualidade de empresa de pequeno porte quando seu sócio participa de outra empresa, beneficiada ou não pelo regime protetivo, quando não extrapolado, globalmente, o limite de faturamento previsto no artigo 3º, inciso II, da Lei nº 123/2006.

10. Tal situação já tinha sido observada por esta Comissão de Licitação em fase pretérita, e naquela oportunidade realizamos diligências, as quais constam divulgadas no Relatório de Julgamento da Comissão, na Ata de realização do Certame, bem como publicadas no sítio do *comprasgovernamentais*.

11. No entanto, verificou-se que em contrarrazões a licitante HUMBERTO SANTANA ENGENHEIROS CONSULTORES, reforçou os esclarecimentos

anteriormente prestados em diligência, declarando não haver impedimento de seus sócios, conforme se transcreve:



“(...) quanto ao sócio ANDRÉ GONTIJO VIEIRA já foi demonstrado, na fase de diligência, que o mesmo possui apenas participação nas empresas Inovert Limpeza Industrial Ltda. e Siderúrgica União Bondespachense Ltda., as quais, no entanto, não ferem a mencionada norma legal e, muito menos, inviabilizam a condição de EPP da Recorrida. No que diz respeito à Inovert Limpeza Industrial Ltda. é de se reconhecer que a citada sociedade não recebe tratamento diferenciado (inc. III do Parágrafo 4º do art.3 da Lei Complementar 123/2006). Do mesmo modo, o mencionado sócio possui apenas 5,0% de participação (a lei admite até 10%) e houve faturamento do exercício competente comprovadamente inferior ao disposto em lei como máximo (na realidade o faturamento em questão foi 0 (zero) e a empresa está inativa) - (inc. IV e V do Parágrafo 4º do art.3 da Lei Complementar 123/2006). Quanto à Siderúrgica União Bondespachense, da mesma forma, a sociedade em questão não recebe tratamento diferenciado (inc. III do Parágrafo 4º do art.3 da Lei Complementar 123/2006). Por sua vez, o mencionado sócio possui apenas 2,5% de participação (a lei admite até 10%), houve faturamento do exercício competente comprovadamente inferior ao disposto em lei como máximo e, por fim, o profissional não é administrador da empresa (53ª alteração contratual daquela sociedade - (inc. IV e V do Parágrafo 4º do art.3 da Lei Complementar 123/2006). Com efeito, inexistente incidência de qualquer vedação na condição do sócio ANDRÉ VIEIRA GONTIJO que inviabilize a condição de EPP da Recorrida. (...)”

“(...) Quanto ao sócio MARCELO HENRIQUE RIBEIRO já restou comprovado que o mesmo não participa de nenhuma outra sociedade. Como pairou uma dúvida sobre a participação do mesmo em outras empresas, buscamos a base de dados da Receita Federal do Brasil com o CPF nº 871.446.116-15, obtendo como resposta que nenhuma outra empresa além da Humberto Santana está registrada em seu nome. Não convencidos, buscamos a base de dados da Serasa Experian, onde obtivemos duas formas de consulta: 1º - Através do número do CPF: A resposta foi idêntica à consulta da RFB, nenhuma outra empresa; 2º - Através do Nome (Grafia): Neste formato, tivemos outra resposta, há as seguintes empresas em nomes de sócios intitulados Marcelo Henrique Ribeiro: Razão Social: Sag Image Studio Gráfico Ltda - EPP CNPJ: 05.883.167/000161 CNAE: 1813099 Sócio: MARCELO HENRIQUE RIBEIRO, NACIONALIDADE BRASILEIRA, CPF: 151.277.948-29, RG/RNE: 229685535, RESIDENTE À RUA OSCAR BRESSANE, 556, JD. DA SAUDE, SAO PAULO - SP, CEP 04151-040, NA SITUAÇÃO DE SÓCIO E ADMINISTRADOR, ASSINANDO PELA EMPRESA. COM VALOR DE PARTICIPAÇÃO NA SOCIEDADE DE \$ 5.000,00. Razão Social: Sag Soluções Gráficas Eireli EPP CNPJ: 22.865.834/000100 CNAE: 1811302 Sócio: MARCELO HENRIQUE RIBEIRO, NACIONALIDADE BRASILEIRA, CPF: 151.277.948-29, RG/RNE: 229685535 - SP, RESIDENTE À RUA SAO JORGE, 555, APTO 93, SANTO ANTONIO, SAO CAETANO DO SUL - SP, CEP 09530-250, NA SITUAÇÃO DE TITULAR, ASSINANDO PELA EMPRESA. Razão Social: Sunny House Energias Renovaveis Ltda - ME CNPJ: 09.604.557/000106 CNAE: 2821601 Sócio: MARCELO HENRIQUE RIBEIRO, NACIONALIDADE BRASILEIRA, CPF: 477.039.546-91, RG/RNE: 3097446, RESIDENTE À RUA JORDELINA REIS GOMES, 95, LAVRAS, ABRE CAMPO - MG, CEP 35.365-000,

NA SITUAÇÃO DE SÓCIO E ADMINISTRADOR, ASSINANDO PELA EMPRESA. COM VALOR DE PARTICIPAÇÃO NA SOCIEDADE DE \$ 4.500,00. Ou seja, em tal busca por sociedades empresariais em nome de uma determinada pessoa, esta se dá apenas por meio da grafia do nome e não pelo seu CPF, razão pela qual permite, indevidamente, o aparecimento de homônimos detentores de CPFs distintos ao do sócio da Recorrida (MARCELO HENRIQUE RIBEIRO CPF 871.446.116-15 (...))”

12. Conforme anteriormente anunciado, o ônus da prova, por força do artigo 333, inciso I do Código de Processo Civil, em regra, é atribuído à parte que alega os fatos. Assim, o autor tem o ônus de provar os fatos constitutivos de seu direito. No vertente caso, a recorrente não produziu prova suficiente e capaz de demonstrar que a licitante HUMBERTO SANTANA possui em seu quadro social pessoas que figuram em outra empresa, descaracterizando a qualificação como EPP.

13. O ônus da prova parte do princípio de que toda afirmação precisa de sustentação, de provas para ser levada em consideração, e quando não são oferecidas, essas afirmações não tem valor argumentativo e deve ser desconsiderada. Portanto, a parte responsável por uma determinada afirmação é também aquela que deve oferecer as provas necessárias para sustenta-la, o que não ocorreu no caso em tela.

14. Diante o exposto, a Comissão entende que o recurso se apresentou de forma desnecessária, de natureza meramente protelatória, e assim decide por dar **INDEFERIMENTO** às razões apresentadas pela Empresa PAVESYS ENGENHARIA S/S LTDA – EPP.

DOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO E ISONOMIA

Da vinculação ao instrumento convocatório

15. Não há que se negar que o edital **é a lei interna da licitação**, como ensina o ilustre doutrinador Hely Lopes Meireles:

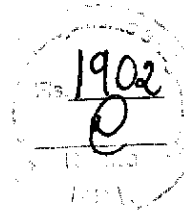
*A vinculação ao edital é princípio básico de toda licitação. Nem se compreenderia que a Administração fixasse no edital a forma e o modo de participação dos licitantes e no decorrer do procedimento ou na realização do julgamento se afastasse do estabelecido, **ou admitisse a documentação e propostas em desacordo com o solicitado**. O edital é a lei interna da licitação, e, como tal, **vincula aos seus termos tanto os licitantes como a Administração que o expediu**. (grifos nossos) (MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 32ª edição atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. p. 274)*

16. Conforme preceitua a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, toda licitação deve estar em estrita conformidade com os princípios elencados no art. 3º, sendo um dos princípios basilares o da vinculação ao instrumento convocatório.

17. O art. 41 da Lei nº 8.666/1993 não deixa dúvidas: a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

18. Ora, a regra do edital não é contrária à lei, mas sim cumpre sua literal exigência. Sendo assim, temos que a atuação da Comissão de Licitação foi totalmente vinculada ao

instrumento convocatório, submetendo todos os licitantes à estrita observância dos termos legais do edital.



19. Não podem os interesses individuais de particulares se sobreporem aos de toda a sociedade. É a supremacia do interesse público sobre o interesse privado princípio geral de direito, inerente a qualquer sociedade, a própria condição da sua existência.

Da afronta à isonomia

20. Considerando que a licitante consagrada vencedora atendeu as exigências do edital, revisar o julgamento, visto como um ato legal e legítimo seria total afronta à isonomia. Ora, proceder com o provimento dos argumentos seria conceder um tratamento privilegiado a uma empresa que notadamente descumpriu as normas do edital, em detrimento de todas as demais que participaram da licitação, e que inclusive, já tiveram seus documentos analisados pela Comissão.

21. Não se pode deixar de lado que a licitação é um procedimento formal, que exige o julgamento objetivo como a forma mais eficiente de garantir a isonomia. Nesse sentido, é inadequada a concessão de qualquer privilégio contra o que dispõe o edital.

22. Desta feita, demonstra-se inequivocamente que o entendimento consagrado na jurisprudência pátria é que o procedimento licitatório seja formal, não se admitindo, em nenhuma hipótese, a adjudicação de proposta que não preencha os requisitos do edital.

DA DECISÃO DA COMISSÃO

23. Desse modo, pelos fundamentos acima expostos e em atendimento aos princípios legais vigentes em especial aos da legalidade e da vinculação ao instrumento convocatório, a Comissão de Licitação decide por **MANTER A DECISÃO DE JULGAMENTO** no âmbito do RDC 03/2016, que **HABILITOU** a licitante **HUMBERTO SANTANA ENGENHEIROS CONSULTORES** no Lote 2, por considerar insuficientes as razões interpostas pela recorrente, fazendo subir os autos à **INSTÂNCIA SUPERIOR** para julgamento final.

Brasília, 5 de agosto de 2016.

PAULA NUNAN
PRESIDENTE DA COMISSÃO DE LICITAÇÃO
RDC 003/2016

ELENICE SILVA SOUSA SANTOS
MEMBRO

ANTHONY CÉSAR DUARTE ROSIMO
MEMBRO

EM BRANCO