

À PREFEITURA MUNICIPAL DE VOLTA REDONDA

GABINETE DE ESTRATÉGIA GOVERNAMENTAL

CENTRAL GERAL DE COMPRAS

SECRETARIA MUNICIPAL DE INFRAESTRUTURA

AT.: ILMO. PREGOEIRO

EDITAL DE CONCORRÊNCIA PÚBLICA Nº Nº 010/2023 - PROCESSO 7938/2023

KAIRÓS ARQUITETURA E CONSTRUÇÕES LTDA., pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 41.062.253/0001-77, com sede na Av. Embaixador Abelardo Bueno, nº 01, Bl. 1, Sala 315, Jacarepaguá, Rio de Janeiro, RJ, CEP 22.775-022, vem, respeitosamente, por seu representante abaixo assinado, **tempestivamente**, com fulcro no teor do edital de licitação supramencionado e nos termos da Lei Federal n.º 8666/1993, pela Lei Complementar Federal n.º 123/2006 – Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, e demais legislações pertinentes a matéria, apresentar **RECURSO ADMINISTRATIVO**, inconformada com a decisão do Ilmo. Pregoeiro e da digna Comissão de Licitação; haja vista os **INDÍCIOS DE ILEGALIDADE** em face da habilitação e declaração de vencedora da empresa **HABITAR CONSTRUÇÕES PAISAGISMO E SERVIÇOS LTDA.** para o certame em voga; motivo no qual igualmente nos insurgimos, conforme as razões que passa a aduzir:

I – DO BREVE RELATO E DAS RAZÕES PARA REFORMAR A DECISÃO

A Recorrente atua junto ao mercado governamental e, em razão de sua expertise no atendimento aos Órgão Públicos no segmento de Construção Civil, participou em 28/08/2023 da citada Concorrência Pública de n.º 010/2023, cujo objeto é a contratação de empresa especializada para execução de obra de construção de um prédio de uso residencial destinado a abrigar o Projeto “Retiro dos Atletas”, situado na Rua 548 - Lote 01 - Bairro Jardim Paraiba – Volta Redonda/RJ, para atender as necessidades da Secretaria Municipal de Infraestrutura, em conformidade com o Edital

e seus anexos.

Durante o regular deslinde do processo licitatório em que ocorreu a sessão pública no dia 28 de agosto de 2023, participaram 12 (doze) empresas constantes da Ata de Reunião para Recebimento e Abertura de Envelopes Contendo Documentação e Proposta da citada concorrência foi oportunizada a empresa **HABITAR CONSTRUÇÕES PAISAGISMO E SERVIÇOS LTDA.**, a aferição de suas planilhas de preços; alegando a citada Recorrida ser enquadrada como microempresa, foi declarada vencedora.

Veja-se em continuidade que, 11 (onze) empresas tiveram suas propostas habilitadas; cujo escore se demonstra pelo quadro abaixo com os licitantes e valores de proposta oferecidos por essas durante o deslinde licitório:

	EMPRESA	PROPOSTA VALOR GLOBAL
01	CONSTRUTORA MOOCA LTDA ME	R\$ 8.653.323,67
02	CERAMICA GEOWOLF ENGENHARIA LTDA	R\$ 6.351.314,78
03	CONSTRUTORA FOXER LTDA	R\$ 7.173.605,16
04	ENGE SERVICE ENGENHARIA E SERVIÇOS LTDA	R\$ 7.224.776,04
05	LAGOS PARKING LTDA	R\$ 6.749.590,95
06	MMC INCORPORAÇÃO E ARQUITETURA LTDA	R\$ 6.786.800,08
07	GRUPO VR COMÉRCIO SERVIÇO LTDA	R\$ 6.507.294,26
08	KAIROS ARQUITETURA E CONSTRUÇÕES LTDA	R\$ 6.490.538,72
09	LOPES CONSTRUTORA E ESTRUTURA METÁLICA LTDA	R\$ 7.017.843,85
10	MJRE CONSTRUTORA LTDA	R\$ 8.047.377,83
11	HABITAR CONSTRUÇÕES PAISAGISMO E SERVIÇOS LTDA	R\$ 6.368.857,46

Dessa forma, participante da presente licitação, a recorrente reforça que a empresa Recorrida afirmou se enquadrar como microempresa ou empresa de pequeno porte para participar do presente certame. Contudo, o Balanço Patrimonial da recorrida faz crer e levanta a suspeição de que desde o ano de 2022, assim como pelos atestados de capacidade técnica demonstrados que a Recorrida não se enquadra mais como microempresa ou pequeno porte, perdendo o direito aos benefícios da Lei Complementar n.º 123/2006.

Logo, surpreendendo os participantes do citado procedimento; a empresa Recorrida, teve sua proposta classificada e assim, habilitada no certame; sendo adiante declarada vencedora; tendo sido deferida a sua documentação e principalmente aceita a sua proposta de preços. Mas, atentando-se a documentação apresentada pela Recorrida este equívoco precipuamente motivou a

Recorrente a manifestar a sua intenção de recorrer, sendo registrado na Ata.

Em princípio, ilustre-se que todas as decisões administrativas comportam recurso, e nesse diapasão, percebe-se que a licitante exerceu um direito que lhe é previsto pela Constituição Federal (art 5º, LV). Temos ainda que, na seara Administrativa, é oportuno frisar que a Constituição Federal assegura a todos os litigantes, e em todos os processos administrativos, o direito ao recurso (art. 5º, LV, da CFRB).

Nesse sentido, vem a Recorrente; mui respeitosamente auxiliar a Administração Pública para que não ocorra equívocos no citado processo, levando à assinatura de contrato que não atenda ao erário tampouco a norma vigente.

E, diante do evidente desatendimento ao Edital, a Recorrida deve ter sua proposta desclassificada e assim, sendo inabilitada nos termos demonstrados, a partir dos argumentos fáticos e jurídicos dispostos a seguir.

II - DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS

II.1 - DA CONDIÇÃO DE MICROEMPRESA PELA LEI COMPLEMENTAR 123/2001 E DA APRESENTAÇÃO DE DECLARAÇÃO DE MICROEMPRESA PELA RECORRIDA

A empresa recorrida credenciou-se como MICROEMPRESA, apresentando declaração intitulado-se como tal para usufruir dos benefícios da Lei Complementar n.º 123/2006.

Isso, por ocasião da Recorrida afirmar se enquadrar como microempresa ou empresa de pequeno porte para participar do presente certame. Contudo, o Balanço Patrimonial da recorrida demonstra que desde o ano de 2022 e principalmente pelos seus atestados de capacidade técnica oferecidos em sua documentação levanta a suspeição de que não se enquadra mais como microempresa ou pequeno porte, perdendo assim o direito aos benefícios da Lei Complementar n.º 123/2006.

A Lei Complementar n.º 123/2006 institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte. Destaca-se o contido no caput do artigo 3º e nos respectivos inciso I,

§ 6º. 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: (GRIFOS NOSSOS)

...(…)...

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);

§ 6º Na hipótese de a microempresa ou empresa de pequeno porte incorrer em alguma das situações previstas nos incisos do § 4º, será excluída do tratamento jurídico diferenciado previsto nesta Lei Complementar, bem como do regime de que trata o art. 12, com efeitos a partir do mês seguinte ao que incorrida a situação impeditiva.
(GRIFOS NOSSOS)

Desta maneira, interpretando as normativas desse quesito tem-se que não há impacto nos contratos administrativos já firmados, entretanto, pode haver responsabilização e sanção, no âmbito de processos licitatórios, caso essa empresa não esteja mais enquadrada como tal e não promova o seu desenquadramento.

Assim, o enquadramento e o desenquadramento é um ato declaratório da própria empresa, independente de procedimentos burocráticos complexos. Sendo uma forma objetiva e simplificada de identificar se a empresa se enquadra como ME ou EPP, tendo em vista que seu desenquadramento ocorrerá quando no ano-calendário a empresa exceder o limite de receita bruta admitido para o porte empresarial, na mesma forma declaratória de enquadramento.

A solicitação de desenquadramento instituída no § 1º do artigo 13, é regulamentada, no âmbito administrativo, pela Instrução Normativa nº 10/2013 do Departamento de Registro Empresarial e Integração – DREI, especificamente em seu Anexo II, onde é explicitado a operacionalização da solicitação. O procedimento da instrução normativa estabelece que o desenquadramento de microempresa e empresa de pequeno porte será realizado mediante solicitação perante a Junta Comercial, devendo ser composto por um requerimento dirigido ao Presidente da Junta Comercial do Estado, requerendo o arquivamento da declaração de desenquadramento.

Ao tempo que é um ato de diminuta formalidade, vemos que é obrigação da empresa não suscitar ou fazer a declaração decorrente da Lei Complementar N.º 123/2006 quando não reunir os requisitos de microempresa e empresa de pequeno porte. Logo, participar de licitação utilizando os benefícios sem os condicionantes constitui-se em impropriedade, tipificada pela norma.

II.2 – DA NECESSÁRIA DILIGÊNCIA ACERCA DA DECLARAÇÃO DE ME/EPP PELA RECORRIDA HABITAR CONSTRUÇÕES PAISAGISMO E SERVIÇOS LTDA.

A Recorrente solicita diligência acerca da condição de enquadramento junto a Lei Complementar N.º 123/2006 da Recorrida e por consequência a anulação da decisão que julgou habilitada a empresa HABITAR CONSTRUÇÕES PAISAGISMO E SERVIÇOS LTDA., pela suspeição de que a documentação de habilitação da empresa vencedora está em flagrante desobediência à Legislação que regulamenta as microempresas em razão do seu real faturamento que extrapola os limites de enquadramento, portanto não podendo a mesma beneficiar-se da condição de microempresa.

É sabido que, numa licitação o tratamento diferenciado é favorecido às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, que se consubstancia um mandamento constitucional.

O art. 170, inciso IX, da Constituição Federal, prevê como princípio geral da atividade econômica o "tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País", vejamos:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa. Tem por fim assegurar a todos as exigências

dignas, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

PARAGRÁFO ÚNICO: É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei. (GRIFOS NOSSOS)

Anteriormente, esse tratamento que era feito por meio de leis ordinárias de cada ente federativo, teve seu tratamento jurídico substancialmente modificado pela Emenda Constitucional de nº 42/2003, que incluiu a alínea d e o parágrafo único ao art. 146 da CF/88, exigindo que o tratamento tributário diferenciado e favorecido para as ME e EPP fossem feitos por meio de Lei Complementar.

Nesse momento, surge a Lei Complementar n.º 123/2006, que reuniu todos os tratamentos favorecidos num único diploma legislativo, principalmente o tratamento tributário, que passou a ser feito por um sistema único e integrado, que engloba tributos municipais, estaduais e federais.

É certo que, para fazer jus a esse tratamento diferenciado e favorecido, que representa uma concretização de igualdade material (tratar igualmente os iguais, e desigualmente os desiguais, na proporção em que se desiguam), igualando juridicamente as ME e EPP às demais Empresas do Mercado, frente às desigualdades fáticas, **é imprescindível que se preencham os requisitos objetivos previstos no art. 3º da Lei Complementar 123/2006.**

Existe dúvida no citado certame de que foram desrespeitados alguns critérios previstos no art. 3º, §4º, III e V, da supramencionada legislação. Vejamos, o teor do dispositivo:

§ 4º Não poderá se beneficiar do tratamento jurídico diferenciado previsto nesta Lei Complementar, incluído o regime de que trata o art. 12 desta Lei Complementar, para nenhum efeito legal, a pessoa jurídica:

...(…)...

III - de cujo capital participe pessoa física que seja inscrita como empresário ou seja sócia de outra empresa que receba tratamento jurídico

diferenciado nos termos desta Lei Complementar, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do caput deste artigo;

...(…)...

V - cujo sócio ou titular seja administrador ou equiparado de outra pessoa jurídica com fins lucrativos, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do caput deste artigo;

Entretanto, sobreleva destacar que os mencionados dispositivos normativos devem ser analisados sob a escora do requisito objetivo posto no inciso II do caput deste artigo, que afirma que:

II - no caso de empresa de pequeno porte, aufera, em cada a no-
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)** (GRIFOS NOSSOS)

Na verdade, o que se busca demonstrar com a citação dos dispositivos normativos, é que **é imprescindível, para obstar o tratamento jurídico diferenciado, que se extrapole o limite posto no art. 3º, II, qual seja, receita bruta superior a R\$ 4.800.00,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais). Dessa forma, não comprovou a Recorrida que realmente está dentro desses parâmetros.**

Logo, utilizando-se indevidamente do benefício concedido à ME ou EPP, a empresa HABITAR logrou-se vencedora de vários itens desta licitação, inclusive de item de participação exclusiva de ME ou EPP, ferindo a Administração e os demais concorrentes que realmente são ME ou EPP, cometendo assim um desacerto junto à licitação!

Senhores, não é possível que a empresa HABITAR não tenha notado que em vez de ter um faturamento de no máximo R\$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais), limite para EPP, obteve um faturamento bem maior! Impossível passar despercebido.

Ademais, a situação na Junta Comercial somente é alterada quando a própria empresa faz a comunicação requerendo a alteração. Assim, se durante todo este ano a empresa não informar a Junta Comercial a alteração de sua situação, a descrição continuará a mesma e ela continuará indevidamente se beneficiando de uma vantagem que não possui em licitações.

Logo, por existir dúvida nesse sentido sobre a Recorrida dá-se por irresignada a Recorrente, com base na declaração da empresa e no princípio da legalidade, requer verificado o benefício da utilização da Lei Complementar 123/2006 pela citada licitante.

Ressaltando-se a premissa da boa-fé e veracidade das declarações sob penas da lei, em documentos oficiais encaminhados aos entes públicos timbrados e assinados, com o cálculo aritmético, percebe-se que no presente caso precisa a Comissão de Licitação realizar uma diligência na soma dos faturamentos da empresa, o que não extrapola o limite objetivo que é escorado na legislação. Portanto, requer ser desmistificado o tratamento jurídico diferenciado, com base em infringências à legislação, pois não havendo evidencias para esse tipo de tratamento, deve comprovar o fato a Recorrida.

Por fim, a Lei Complementar n.º 123/2006 prevê alguns requisitos imprescindíveis para que se usufrua dos benefícios desta norma e há indícios de que a recorrida não demonstrou suficientemente todos esses requisitos e desta forma, por bem faria a Comissão de Licitação realizar diligência acerca da questão e solicitar esclarecimentos da recorrida nesse sentido.

III – CONCLUSÃO

Não resta quaisquer dúvidas de que o instrumento convocatório foi regularmente elaborado e, por isso, deve ser respeitado ao pé da letra, face ao respeito às normas jurídicas. Haja vista que, todos os demais participantes cumpriram as exigências do ato convocatório; sendo desrespeitadas somente pelas Recorridas **HABITAR CONSTRUÇÕES PAISAGISMO E SERVIÇOS LTDA.** com aval da Administração Pública – o que por certo, não pode se manter.

O edital de um processo licitatório tem força de lei, por isso, no momento em que o mesmo não é obedecido, está incorrendo em desconformidade com a própria lei. Cabe lembrar que a atividade administrativa, pelo princípio da legalidade, deverá se subordinar sempre aos parâmetros de ação fixados pela Lei. Assim, enquanto o particular tem a liberdade de fazer tudo aquilo que a lei não proíbe, a Administração Pública somente tem permissão de fazer aquilo que a lei lhe autoriza.

Assim, atentando-se a documentação da Recorrente há suspeição de que a Recorrida impugnada possivelmente não esteja amparada pela Lei Complementar 123/2006, após exposta toda matéria, com base sólida e objetiva na lei, jurisprudência e doutrinas, e é medida que se impõe o reconhecimento desse recurso, considerando que a Recorrida **HABITAR CONSTRUÇÕES**

PAISAGISMO E SERVIÇOS LTDA. não atende as exigências editalícias, agindo em total desrespeito ao Princípio da Legalidade e da Vinculação ao Instrumento Convocatório, devendo ser inabilitada.

Ademais, a licitante que se enquadre como microempresa ou empresa de pequeno porte e que queira usufruir do tratamento privilegiado assegurado pela Lei Complementar Federal nº 123/2006, deverá manifestar-se. Contudo, se esse ato praticado pela Licitante incorrer em ardil está previsto no artigo 299 do Código Penal, que descreve a conduta criminosa como sendo o ato de omitir a verdade ou inserir declaração falsa, em documentos públicos ou particulares, com o objetivo de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente. Veja-se:

Art. 299 - Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante:

Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, se o documento é público, e reclusão de um a três anos, e multa, de quinhentos mil réis a cinco contos de réis, se o documento é particular. (Vide Lei nº 7.209, de 1984)

Com base legal nos arts. 3 e 4 da Lei Complementar nº 123/06, os requisitos para enquadramento como ME/EPP servem justamente para permitir que os proponentes com menor poder econômico possam ingressar no processo competitivo, a fim de desenvolver a economia.

No entanto, acontece de uma empresa apresentar declaração de ME/EPP sem ao menos estar enquadrada. Inclusive, nesse sentido, tomando como parametro o advento da Lei nº 14133/2021, o Código Penal Brasileiro tipificou o ato como crime de fraude à licitação encaixando-se no tipo penal a apresentação de declaração falsa por parte daquele que não possua condições legais de usufruir tratamento diferenciado conferido para as ME/EPP em procedimentos licitatórios.

O Tribunal de Contas da União - TCU entende que a mera participação na licitação com a declaração falsa, mesmo que não tenha havido uso dos benefícios por parte da empresa, configure-se fraude à licitação:

"A mera participação de licitante como microempresa ou empresa de pequeno porte, amparada por declaração com conteúdo falso, configura fraude à licitação tipificada no art. 90 da Lei 8.666/1993 ensejando, por consequência aplicação da penalidade do art. 46 da Lei 8.443/1992 A ausência de obtenção de vantagem pela empresa, no entanto pode ser considerada como atenuante no juízo da dosimetria da pena a ser aplicada em função das circunstâncias do caso concreto." (GRIFOS NOSSOS)

Isto posto, rogamos, desde já, que a nobre Comissão de Licitação se digne à observar as alegações supramencionadas e possa realizar a detida diligência sobre o caso, e por conseguinte, respeitosamente revise a decisão que declarou vencedora a empresa **HABITAR CONSTRUÇÕES PAISAGISMO E SERVIÇOS LTDA.** na presente Concorrência Pública determinando a desclassificação da proposta de preços da referida empresa.

IV - DOS PEDIDOS:

Pelo exposto, mui respeitosamente requer a Recorrente que seja o presente recurso julgado procedente, de acordo com as legislações pertinentes à matéria.

Ademais, requer a Recorrente que essa Ilma. Comissão de Licitação verifique se a Recorrida HABITAR CONSTRUÇÕES PAISAGISMO E SERVIÇOS LTDA. usufrui de fato do benefício constante da Lei Complementar 123/2006; e o seu não atendimento ao requisito como microempresa e empresa de pequeno porte, seja a referida licitante desclassificada e inabilitada do processo licitatório em questão.

Diante do exposto, em caso de provimento do presente recurso administrativo, seja anulada a habilitação da empresa Recorrida; sendo convocada a próxima empresa licitante emissora do menor valor para envio da documentação necessária à pertinente habilitação.

Por fim, em caso deste Nobre Julgador não reconsiderar sua decisão, seja determinado o encaminhamento do **RECURSO ADMINISTRATIVO** para apreciação do seu Superior Hierárquico, como determina a nossa legislação que regula as licitações públicas.

Termos em que pede deferimento,

Rio de janeiro, 01 de setembro de 2023.

KAIRÓS ARQUITETURA E CONSTRUÇÕES LTDA.
ANGELO EZILE TEIXEIRA
SÓCIO – PROPRIETÁRIO