



ILUSTRÍSSIMA SENHORA PRESIDENTE DA COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO DA PREFEITURA MUNICIPAL DE GUARAPARI - ESTADO DO ESPÍRITO SANTO - ES

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 2.271/2020
REF: EDITAL CONCORRENCIA PÚBLICA Nº 002/2020

JOSE AUGUSTO DA SILVA – QUIOSQUE 15, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o nº. 14.768.767/0001-70, sediada a Avenida Beira Mar, Quiosque nº 15, Praia do Morro, Guarapari-ES, CEP: 29.216-010, neste ato representada por seu representante legal, o Sr. JOSE AUGUSTO DA SILVA, brasileiro, microempresário, portador da carteira de Identidade sob o n.º 305.284 SSP-ES, inscrita no CPF sob o nº 493.745.327-00, residente e domiciliada à Rua José Creoling, Nº 10- Bairro Aeroporto, Guarapari/ES, vêm, respeitosamente, com fundamento na alínea “a” do artigo 109 da Lei Federal nº 8.666/1993 e item 11 do Edital de Concorrência Pública nº 002/2020, Processo Administrativo tombado sob nº 2.271/2020, interpor

RECURSO ADMINISTRATIVO – INABILITAÇÃO

pelas razões de fato e direito a seguir aduzidas:

DA TEMPESTIVIDADE E LEGALIDADE

Nos termos do disposto na alínea “a” do artigo 109 da Lei Federal nº 8.666/93, cabe recurso administrativo face aos atos administrativos que venham habilitar ou inabilitar o licitante, no prazo de 5 (cinco) dias úteis, a contar da intimação do ato ou da lavratura de ata.

515

Neste passo, denota-se que a empresa A JOSE AUGUSTO DA SILVA – QUIOSQUE 15, ora denominada licitante recorrente, fora declarada inapta pela COPEL do Município de Guarapari, no âmbito do Edital de Concorrência Pública nº 002/2020, por meio de publicação veiculada no dia 05 de maio de 2020 no Diário dos Municípios –



DOM, por suposto descumprimento do item 5 do referido edital.

Portanto, considerando que o termo final para proposição de recurso em face da decisão proferida pela Municipalidade dar-se-ará no dia 12 de maio de 2020, resta demonstrada a legitimidade e tempestividade do presente recurso.

1- DOS FATOS

Ocorre que, a licitante recorrente, ao tomar conhecimento do Edital de Concorrência Pública nº 002/2020, e analisar detalhadamente os seus termos, tratou de juntar todos os documentos necessários para sua habilitação.

Acontece que, alguns pontos do Edital possuíam interpretação dúbia e, por tal motivo, tudo o que fora juntado fundamentou-se nas diretrizes de licitação insertas na Lei n.º 8.666/93, eis que trata-se de lei federal. Assim, observou-se todas as regras, não acreditando, em tese, na existência de qualquer questão que poderia afrontar de sobremaneira os pressupostos legais do certame e da Lei maior.

Para absoluto estarecimento da recorrente, a empresa JOSE AUGUSTO DA SILVA – QUIOSQUE 15 foi declarada inabilitada pela COPEL, por meio de publicação veiculada no dia 05 de maio de 2020 no Diário dos Municípios – DOM, e conforme Ata de Julgamento publicada no site da Prefeitura Municipal, pelos seguintes motivos:

“Não apresentou todas as alterações do ato constitutivo, descumprindo o item 3.2 e 5.2. “c” do edital que dispõe que o Ato Constitutivo ou contrato social devem estar acompanhados de todas as alterações efetuadas ou da respectiva consolidação. Não apresentou a certidão do FGTS em nome próprio, e sim no CNPJ do Município;

A comissão esclarece que o licitante protocolou no dia 27 de abril de 2020 a certidão do FGTS, ou seja, após o encerramento da sessão e fora do envelope de habilitação, então a mesma não poderá ser considerada para fins de habilitação, pois fere o art. 43 da Lei 8.666/93”;

Entretanto, a licitante ora recorrente cumpriu integralmente os itens apontados como justificativa para sua inabilitação conforme iremos demonstrar item a item.



2- DOS FUNDAMENTOS DA IMPUGNAÇÃO

Os princípios que regem o direito administrativo, especialmente as licitações públicas veem insculpidos no artigo 37 da Constituição Federal de 1988, bem como no artigo 3º da Lei Federal nº 8.666/93, com destaque à supremacia do interesse público na **BUSCA DA PROPOSTA MAIS VANTAJOSA**.

Desta forma, preenchidos todos os requisitos necessários para apurar a idoneidade e a capacitação de um concorrente, não há que considerar-se inabilitado aquele que não cumprir determinação de ordem meramente formal e a qual não acarreta qualquer prejuízo à Administração ou aos demais concorrentes.

3- DOS REQUISITOS DE HABILITAÇÃO

Sabe-se que uma das fases do processo licitatório é a da habilitação, na qual aqueles interessados em contratar com a Administração Pública devem demonstrar, mediante a apresentação de documentos, que são capazes e idôneos para bem executar o objeto licitado e, assim, atender satisfatoriamente a demanda pública apresentada.

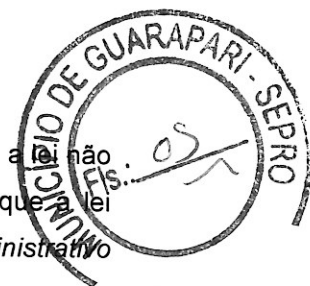
Sinaliza-se, de plano, que para tal finalidade (habilitação) podem ser exigidos apenas e tão somente os documentos arrolados na Lei 8.666/93, em face do princípio da legalidade, que, dentre outros, rege a atividade administrativa, conforme estabelece a Constituição Federal, em seu art. 37, *caput*, e condiciona, como requisito de validade, que as ações da Administração Pública estejam sempre em consonância com o permitido pelo ordenamento.

Sobre tal princípio, leciona o saudoso Hely Lopes Meirelles:

“A *legalidade*, como princípio da administração (CF, art. 37, *caput*), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso. A eficácia de toda atividade administrativa está condicionada ao atendimento da Lei e do Direito. (...)

Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal.

Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza". (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 25. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 82.)



E para Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

"O princípio da legalidade, já analisado no item 3.3.1 em relação à Administração Pública em geral, é de suma relevância, em matéria de licitação, pois esta constitui um procedimento inteiramente vinculado à lei; todas as suas fases estão rigorosamente disciplinadas na Lei nº 8.666/93, cujo artigo 4º estabelece que todos quantos participem de licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o artigo 1º têm direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido na lei. Tratando-se de direito público subjetivo, o licitante que se sinta lesado pela inobservância da norma pode impugnar judicialmente o procedimento". (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 384.)

Dessa forma, é que se pode afirmar que as exigências a título de habilitação nas licitações públicas que transbordem os limites estabelecidos em lei são consideradas ilegais e restritivas da competitividade.

Marçal Justen Filho, ao analisar os dispositivos da Lei 8.666/93 que se referem aos documentos de habilitação assim se manifestou:

"O elenco dos requisitos de habilitação está delineado em termos gerais nos arts. 27 a 32 da Lei de Licitações. É inviável o ato convocatório ignorar os limites legais e introduzir novos requisitos de habilitação, não autorizados legislativamente". (JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 537.)

O elenco dos arts. 28 a 31 deve ser reputado como máximo e não como mínimo. Ou seja, não há imposição legislativa a que a Administração, em cada licitação, exija comprovação integral quanto a cada um dos itens contemplados nos referidos dispositivos. O edital não poderá exigir mais do que ali previsto, mas poderá demandar

menos.



Portanto, frisa-se que, em face do princípio da legalidade, não podem ser solicitados para fins habilitatórios nos certames públicos documentos além dos contemplados nos arts. 27 e seguintes da Lei de Licitações, abaixo transcritos, cujo rol é exaustivo:

"Art. 27. Para a **habilitação nas licitações** exigir-se-á dos interessados, **exclusivamente**, documentação relativa a:

I - habilitação jurídica;

II - qualificação técnica;

III - qualificação econômico-financeira;

IV – regularidade fiscal e trabalhista; (Redação dada pela Lei nº 12.440, de 2011)

V – cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal. (Incluído pela Lei nº 9.854, de 1999)

Art. 28. A documentação relativa à **habilitação jurídica**, conforme o caso, consistirá em:

I - cédula de identidade;

II - registro comercial, no caso de empresa individual;

III - ato constitutivo, estatuto ou contrato social em vigor, devidamente registrado, em se tratando de sociedades comerciais, e, no caso de sociedades por ações, acompanhado de documentos de eleição de seus administradores;

IV - inscrição do ato constitutivo, no caso de sociedades civis, acompanhada de prova de diretoria em exercício;

V - decreto de autorização, em se tratando de empresa ou sociedade estrangeira em funcionamento no País, e ato de registro ou autorização para funcionamento expedido pelo órgão competente, quando a atividade assim o exigir.

Art. 29. A documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista, conforme o caso, consistirá em: (Redação dada pela Lei nº 12.440, de 2011)

I - prova de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Geral de Contribuintes (CGC);

II - prova de inscrição no cadastro de contribuintes estadual ou municipal, se houver, relativo ao domicílio ou sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual;

III - prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e

510
ef



Municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei;

IV - prova de regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

V - prova de inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho, mediante a apresentação de certidão negativa, nos termos do Título VII-A da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. (Incluído pela Lei nº 12.440, de 2011)

Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

I - registro ou inscrição na entidade profissional competente;

II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;

III - comprovação, fornecida pelo órgão licitante, de que recebeu os documentos, e, quando exigido, de que tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação;

IV - prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso.

§ 1º A comprovação de aptidão referida no inciso II do "caput" deste artigo, no caso das licitações pertinentes a obras e serviços, será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, limitadas as exigências a: (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

I - capacitação técnico-profissional: comprovação do licitante de possuir em seu quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta, profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos



máximos; (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)

II - (Vetado). (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)

a) (Vetado). (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)

b) (Vetado). (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 2º As parcelas de maior relevância técnica e de valor significativo, mencionadas no parágrafo anterior, serão definidas no instrumento convocatório. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 3º Será sempre admitida a comprovação de aptidão através de certidões ou atestados de obras ou serviços similares de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior.

§ 4º Nas licitações para fornecimento de bens, a comprovação de aptidão, quando for o caso, será feita através de atestados fornecidos por pessoa jurídica de direito público ou privado.

§ 5º É vedada a exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou de época ou ainda em locais específicos, ou quaisquer outras não previstas nesta Lei, que inibam a participação na licitação.

§ 6º As exigências mínimas relativas a instalações de canteiros, máquinas, equipamentos e pessoal técnico especializado, considerados essenciais para o cumprimento do objeto da licitação, serão atendidas mediante a apresentação de relação explícita e da declaração formal da sua disponibilidade, sob as penas cabíveis, vedada as exigências de propriedade e de localização prévia.

§ 7º (Vetado). (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

I - (Vetado). (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)

II - (Vetado). (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 8º No caso de obras, serviços e compras de grande vulto, de alta complexidade técnica, poderá a Administração exigir dos licitantes a metodologia de execução, cuja avaliação, para efeito de sua aceitação ou não, antecederá sempre à análise dos preços e será efetuada exclusivamente por critérios objetivos.

§ 9º Entende-se por licitação de alta complexidade técnica aquela que envolva alta especialização, como fator de extrema relevância para garantir a execução do objeto a ser contratado, ou que possa comprometer a continuidade da prestação de serviços públicos essenciais.

§ 10. Os profissionais indicados pelo licitante para fins de comprovação da capacitação técnico-profissional de que trata o inciso I do § 1º deste artigo deverão participar da obra ou serviço objeto da licitação, admitindo-se a substituição por profissionais de



experiência equivalente ou superior, desde que aprovada pela administração. (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 11. (Vetado). (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 12. (Vetado). (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)

Art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a:

I - balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei, que comprovem a boa situação financeira da empresa, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais quando encerrado há mais de 3 (três) meses da data de apresentação da proposta;

II - certidão negativa de falência ou concordata expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física;

III - garantia, nas mesmas modalidades e critérios previstos no "caput" e § 1º do art. 56 desta Lei, limitada a 1% (um por cento) do valor estimado do objeto da contratação.

§ 1º A exigência de índices limitar-se-á à demonstração da capacidade financeira do licitante com vistas aos compromissos que terá que assumir caso lhe seja adjudicado o contrato, vedada a exigência de valores mínimos de faturamento anterior, índices de rentabilidade ou lucratividade. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 2º A Administração, nas compras para entrega futura e na execução de obras e serviços, poderá estabelecer, no instrumento convocatório da licitação, a exigência de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo, ou ainda as garantias previstas no § 1º do art. 56 desta Lei, como dado objetivo de comprovação da qualificação econômico-financeira dos licitantes e para efeito de garantia ao adimplemento do contrato a ser ulteriormente celebrado.

§ 3º O capital mínimo ou o valor do patrimônio líquido a que se refere o parágrafo anterior não poderá exceder a 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação, devendo a comprovação ser feita relativamente à data da apresentação da proposta, na forma da lei, admitida a atualização para esta data através de índices oficiais.

§ 4º Poderá ser exigida, ainda, a relação dos compromissos assumidos pelo licitante que importem diminuição da capacidade operativa ou absorção de disponibilidade financeira, calculada esta em função do patrimônio líquido atualizado e sua capacidade de



rotação.

§ 5º A comprovação de boa situação financeira da empresa será feita de forma objetiva, através do cálculo de índices contábeis previstos no edital e devidamente justificados no processo administrativo da licitação que tenha dado início ao certame licitatório, vedada a exigência de índices e valores não usualmente adotados para correta avaliação de situação financeira suficiente ao cumprimento das obrigações decorrentes da licitação. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 6º (Vetado). (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)". (grifou-se)

Outrossim, importante asseverar também que, além de limitar-se ao permitido pela lei, a documentação a ser requisitada para a habilitação deve guardar pertinência com o objeto licitado e restringir-se ao mínimo necessário para garantir sua regular execução, visto que exigências impertinentes ou desnecessárias certamente reduzem a competitividade do certame, em flagrante descompasso com o interesse público.

Por essa razão o art. 37, XXI, da Constituição Federal dispõe:

"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**". (grifou-se)

Nessa linha, ensina Marçal Justen Filho:

"Ora, a Administração necessita tanto de segurança quanto de



vantajosidade em suas contratações. A finalidade da licitação é selecionar a proposta com a qualidade adequada, pelo menor preço possível. A conjugação de ambos os valores conduz à necessidade de ponderação nas exigências de habilitação. Não é correto, por isso, estabelecer soluções extremadas. É indispensável estabelecer requisitos de participação, cuja eliminação seria desastrosa. Mas tais requisitos devem ser restritos ao mínimo necessário para assegurar a obtenção de uma prestação adequadamente executada. Essa solução foi explicitamente consagrada no art. 37, XXI, da CF/1988, que determina que somente podem ser admitidos requisitos de habilitação que se configurem como os mínimos possíveis, mas sempre preservando-se a obtenção de uma contratação adequada e satisfatória.

(...)

Existe, portanto, uma margem de discricionariedade para a Administração configurar, em cada caso, as exigências e requisitos de participação. Ao elaborar o ato convocatório, a Administração deverá avaliar a complexidade da futura contratação e estabelecer, como derivação, os requisitos de habilitação e as condições de participação.

Essa margem de discricionariedade não se confunde com arbitrariedade. A escolha administrativa está delimitada não apenas pela Lei como também pela própria Constituição. Existe um mandamento constitucional, no já referido art. 37, inc. XXI, da CF/88. A Constituição não admite exigências que superem ao mínimo necessário para assegurar a obtenção pela Administração de uma prestação de qualidade adequada.

Pontuado os fundamentos gerais do recurso, passamos a análise irregular dos documentos realizados pela COPEL no caso concreto.

4- ALTERAÇÕES DO ATO CONSTITUTIVO

O instrumento convocatório, em seu item 5.2, que versa sobre os documentos necessários para habilitação jurídica, traz em sua alínea "c" a seguinte redação:

5.2. DA HABILITAÇÃO JURÍDICA

c) Cópia autenticada do Ato constitutivo, estatuto social, contrato social ou sua consolidação e posteriores alterações contratuais,



devidamente registradas na Junta Comercial e, no caso de sociedades por ações, estatuto social, acompanhado da ata de eleição de sua atual administração, registrados e publicados, caso já tenha apresentado no credenciamento não há necessidade de apresentá-lo dentro do envelope de Habilitação;

A princípio, ao compulsar o edital em primeira linha de análise, julgamos necessária a impugnação deste item, visto que o inciso III, do artigo 28, da lei 8.666/1993 restringe a exigência à **habilitação jurídica**, ao "ato constitutivo, estatuto ou contrato social em vigor, devidamente registrado, em se tratando de sociedades comerciais, e, no caso de sociedades por ações, acompanhado de documentos de eleição de seus administradores".

Entretanto, por não fazer distinção entre os atos constitutivos das diversas modalidades de constituição de personalidades jurídicas em vigor, julgamos desnecessária a apresentação de impugnação, já que a licitante ora recorrente é empresária individual, e sempre que realiza alterações em seus atos constitutivos, todas as informações empresárias são consolidadas em seu requerimento.

Para total estorpecimento da recorrente, esta foi inabilitada irregularmente por descumprimento de tal item, demonstrando claramente uma análise equivocada da COPEL quanto os documentos apresentados.

Ao compulsarmos os autos processuais do certame em epígrafe, às fls. 700 a 702, especialmente o documento inserto a fl. 701 (fotocópia em anexo extraída do processo licitatório), temos o Requerimento de Empresário Consolidado da recorrente, onde constam todas as informações empresárias da personalidade jurídica licitante, bem como a última atualização cadastral (alteração) exigidas para o tipo empresarial "EMPRESÁRIOS INDIVIDUAIS", atendendo assim as exigências legais do inciso III do artigo 28 da lei 8.666/1993, e mesmo que excessivas e ilegais, as editalícias constantes na alínea "c" do item 5.2 do Edital.

Isto posto, não deve a licitante recorrente ser inabilitada por descumprimento do item do edital em comento.

5- DA CONDIÇÃO DE MICROEMPRESA OU EMPRESA DE PEQUENO PORTE



A definição do enquadramento de uma personalidade jurídica está disciplinada nos incisos I e II do artigo 3º da Lei Complementar Federal nº 123/2006, observem:

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:

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).

Vejamos que o artigo é explícito que a caracterização do enquadramento das pequenas empresas se faz por sua receita bruta anual, ou seja, considera-se o que o teto máximo é de R\$ 3.600.000,00.

Acerca do assunto, o jurista Jonas Lima leciona:

“Em meio à essa discussão, o Brasil simplificou os conceitos para apenas microempresa e empresa de pequeno porte, em razão da “receita bruta” anual, embora haja a distinção entre microempresa e empresa de pequeno porte (de acordo com os valores indicados)” (in Licitações à Luz do Novo Estatuto da Microempresa, Campinas, SP: Servanda Editora, 2008, p. 44).

Ao cabo, não é incomum afirmações de que para ser considerada MPE, a empresa deverá ser enquadrada como Simples Nacional. A confusão se faz devido ao fato que somente poderá participar do regime Simples Nacional as empresas enquadradas com pequenas. Contudo, a recíproca não é verdadeira, como já mencionamos, o

enquadramento se faz pela receita bruta anual da empresa e não pela opção de recolhimento do imposto, ou seja, as empresas de Lucro Real ou Lucro Presumido, por exemplo, poderão ser consideradas MPEs desde que não ultrapassem o limite estabelecido por lei.



Acerca do assunto, os juristas Jair Eduardo Santana e Edgar Guimarães discorrem:

“(...) aliada à inexistência de lei que obrigue a ME/EPP a optar pelo Simples Nacional, nos leva a sustentar a tese de que a obtenção de benefícios nas licitações não está vinculada ao cadastro/registro no simples. Em outras palavras, determinada ME/EPP, embora preencha todos os requisitos legais para ser enquadrada com Simples Nacional, por sua decisão poderá permanecer no regime tradicional, não perdendo com isso a possibilidade de gozar dos benefícios que lhe reserva a lei ” (in Licitações e o novo estatuto da pequena e microempresa: reflexos práticos da LC nº 123/06, 2. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 34)

A Lei Complementar nº 123/2006 é omissa quanto à forma de comprovação de que uma empresa está enquadrada como ME ou EPP, apta a usufruir do tratamento diferenciado estabelecido pela lei supracitada. Mas a Instrução Normativa 103, de 30/04/2007 apresentou uma solução em seu artigo 8º, no qual a Junta Comercial expede uma declaração ao empresário certificando o enquadramento, vejamos:

“Art. 8º A comprovação da condição de microempresa ou empresa de pequeno porte pelo empresário ou sociedade será efetuada mediante certidão expedida pela Junta Comercial.

Logo após, o Decreto Federal Nº 6.204/2007, que se sobrepõe a Instrução Normativa da Federação das Juntas Comercias, apresentou uma solução simplificada para tal comprovação. Segundo o artigo 11 do Decreto em leitura, o enquadramento será feito mediante a uma declaração por parte do empresário:

“Art. 11. Para fins do disposto neste Decreto, o enquadramento como microempresa ou empresa de pequeno porte dar-se-á nas condições do Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte, instituído pela Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, em especial quanto ao



seu art. 3º, devendo ser exigido dessas empresas a declaração, sob as penas da lei, de que cumprem os requisitos legais para a qualificação como microempresa ou empresa de pequeno porte, estando aptas a usufruir do tratamento favorecido estabelecido nos arts. 42 a 49 daquela Lei Complementar.”

No entanto, o referido Decreto foi revogado e substituído pelo Decreto Federal DECRETO Nº 8.538, DE 6 DE OUTUBRO DE 2015, que no § 2º do artigo 12, estabelece taxativamente 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, o que o tornará apto a usufruir do tratamento favorecido estabelecido nos art. 42 ao art. 49 da Lei Complementar nº 123, de 2006”**.

Todavia, ferindo o princípio da legalidade, o órgão licitante exigiu outros documentos para comprovação da condição de microempresário aos licitantes, dificultando o acesso ao benefício lhes garantido por lei, vejamos o que dispõe nos itens 5.4 e 5.5 do Edital:

5.4. As empresas que desejarem comprovar a condição de Microempresa ou de Empresa de Pequeno Porte (ME/EPP) deverão apresentar a Certidão Simplificada da Junta Comercial e a Declaração de Optante pelo Simples Nacional, atualizadas dos últimos 60 dias.

5.5. Caso a empresa não entregue a declaração constante do item 5.4, entenderemos que ela não deseja valer-se do tratamento diferenciado concedido a Microempresa ou de Empresa de Pequeno Porte (ME/EPP), pela Lei Complementar nº 123/2006 e Lei Complementar 147/2014.

Por mais absurdo que pareça, esta COPEL menosprezou norma geral consagrada por Lei Complementar Federal regulamentada por Decreto Federal, e exigiu outros documentos que não aqueles necessários para comprovação da condição de Microempresa, ferindo o princípio da legalidade amplamente exposto nesta peça recursal.



É possível percebermos que é uma faculdade da empresa lançar mão dos benefícios conferidos por Lei. Desta forma, a ausência de apresentação dos documentos (Certidão Simplificada da Junta Comercial e a Declaração de Optante pelo Simples Nacional) jamais poderiam acarretar prejuízos a habilitação de qualquer licitante.

No entanto, a recorrente não somente deseja sua habilitação, mais sim que lhe sejam garantidos os benefícios da Lei Complementar Nº 123/2003, pois apresentou DECLARAÇÃO DE MICROEMPRESA E EMPRESA DE PEQUENO PORTE, nos parâmetros exigidos em edital e em lei.

Ainda assim, para estarecimento da recorrente, mesmo sendo ilegal tal exigência, esta COPEL **habilitou** dois licitantes que expressamente declararam **não serem optantes do Simples Nacional**, conforme podemos concluir ao verificarmos os documentos inserto as fls. 508 e 572, sendo estes respectivamente, G. A. FILHO QUIOSQUE TREMBÃO e FERNANDO JOSÉ DE SOUZA CAPISTRANO, conforme cópias em anexo.

Ora, tais fatos nos permites realizar a seguinte indagação a esta COPEL: Se, conforme decisão desta própria Comissão, a declaração de opção pelo Simples Nacional é documento necessário a comprovação de condição de microempresa, como licitantes foram habilitados usufruindo de tais benefícios se declarando não serem optantes do regime?

Queremos acreditar que a decisão desta COPEL foi equivocada, e não uma tentativa de tratar licitantes de forma desigual.

Desta forma, caso esta COPEL descida por não conferir os benefícios da Lei Federal nº 123/2006 a licitante recorrente, que em decisão isonômica, inabilite os licitantes G. A. FILHO QUIOSQUE TREMBÃO e FERNANDO JOSÉ DE SOUZA CAPISTRANO, uma vez que estes apresentaram certidões vencidas e por não serem optantes do simples nacional não deveriam fazer uso do tratamento diferenciado em questão.

Isto posto, deve ser conferida a licitante recorrente as benesses asseguradas por Lei e pelo instrumento convocatório, por ter esta, comprovado a condição de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte.

6- DO CERTIFICADO DE REGULARIDADE DO FGTS



Considerando que a licitante comprovou adequadamente ser microempresário, a ela deve ser assegurado a aplicação do disposto no item 5.5.1 do Edital, o qual destacamos *in verbis*:

5.5.1 - As microempresas e empresas de pequeno porte participantes desta Licitação terão prazos de 05 (cinco) dias úteis a partir do momento em que for declarado vencedor do certame, e caso necessário já fica autorizada a prorrogação por mais 05 (cinco) dias úteis para regularizar documentação de regularidade fiscal, independente de requerimento, conforme disposto do Art. 43 § 1º da Lei Complementar nº 147 de 07 de agosto de 2014, caso tenham comprovado tal condição através da documentação exigida no item 5.4.

Para exercer o tratamento diferenciado, os licitantes além de terem observados as condições previstas em edital, devem observar o que dispõe o caput do artigo 43 e seus parágrafos da Lei Complementar Federal nº 123/2006, observem:

Art. 43. As microempresas e as empresas de pequeno porte, por ocasião da participação em certames licitatórios, **deverão apresentar toda a documentação exigida para efeito de comprovação de regularidade fiscal e trabalhista**, mesmo que esta apresente alguma restrição. (Redação dada pela Lei Complementar nº 155, de 2016)

§ 1º Havendo alguma restrição na comprovação da regularidade fiscal e trabalhista, será assegurado o prazo de cinco dias úteis, cujo termo inicial corresponderá ao momento em que o proponente for declarado vencedor do certame, prorrogável por igual período, a critério da administração pública, para regularização da documentação, para pagamento ou parcelamento do débito e para emissão de eventuais certidões negativas ou positivas com efeito de certidão negativa. (Redação dada pela Lei Complementar nº 155, de 2016)

§ 2º A não-regularização da documentação, no prazo previsto no § 1º deste artigo, implicará decadência do direito à contratação, sem prejuízo das sanções previstas no art. 81 da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, sendo facultado à Administração convocar os licitantes

remanescentes, na ordem de classificação, para a assinatura do contrato, ou revogar a licitação.



De fato, a licitante possuía débitos junto ao FGTS, contudo, ao acessar o site da Caixa Econômica Federal, não é disponibilizada uma certidão positiva de débitos, o que impossibilitaria a juntada de todos documentos, mesmos com irregularidades, conforme determinado pelo caput do artigo 43 do Estatuto da Microempresa.

No ímpeto de cumprir fielmente o determinado pela Lei, a licitante conseguiu regularizar a pendência eletronicamente, considerando a indisponibilidade de atendimentos presenciais neste momento de pandemia do Corona vírus, e apresentou o CRF válido no dia 27 de abril de 2020 à COPEL, antecipando a obrigação prevista no item 5.5.1 do Edital.

Desta forma, a licitante não descumpriu o que determina o artigo 43 da Lei Federal nº 8.666/1993, uma vez que que à licitante, deve ser assegurado o tratamento diferenciado concedido a Microempresas.

Mais uma vez, a licitante destaca que, caso esta COPEL descida por não conferir os benefícios da Lei Federal nº 123/2006 à licitante recorrente, que em decisão isonômica, deverá inabilitar os licitantes G. A. FILHO QUIOSQUE TREMBÃO e FERNANDO JOSÉ DE SOUZA CAPISTRANO, uma vez que estes apresentaram certidões vencidas e por não serem optantes do simples nacional não deveriam fazer uso do tratamento diferenciado em questão.

Isto posto, caso esta COPEL não julgue válida a apresentação antecipada do CRF do FGTS, requer que lhe seja conferido o prazo para apresentação da certidão em epígrafe, previsto no item 5.5.1 do Edital e no artigo 43 da Lei Federal Nº 123/2006, sendo, portanto, declarada habilitada.

7- DO EFEITO SUSPENSIVO

Quando o recurso administrativo é interposto contra ato de habilitação ou inabilitação do licitante ou contra o julgamento das propostas terá efeito suspensivo, ou seja, enquanto não for julgado o recurso, a próxima fase não poderá ter início.

Transcorrido esse prazo, deve a Administração comunicar aos demais interessados

que, procedam à eventual impugnação dos recursos interpostos, também no prazo de 5 (cinco) dias úteis, conforme determina o § 3º do art. 109, o qual destacamos *in verbis*:



Art. 109. Dos atos da Administração decorrentes aplicação desta Lei cabem:

I - recurso, no prazo de 5 (cinco) dias úteis a contar da intimação do ato ou da lavratura da ata, nos casos de:

- a) habilitação ou inabilitação do licitante;
- b) julgamento das propostas;
- c) anulação ou revogação da licitação;
- d) indeferimento do pedido de inscrição em registro cadastral, sua alteração ou cancelamento;
- e) rescisão do contrato, a que se refere o inciso I do art. 79 desta Lei; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)
- f) aplicação das penas de advertência, suspensão temporária ou de multa;

II - representação, no prazo de 5 (cinco) dias úteis da intimação da decisão relacionada com o objeto da licitação ou do contrato, de que não caiba recurso hierárquico;

III - pedido de reconsideração, de decisão de Ministro de Estado, ou Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso, na hipótese do § 4º do art. 87 desta Lei, no prazo de 10 (dez) dias úteis da intimação do ato.

§ 1º A intimação dos atos referidos no inciso I, alíneas "a", "b", "c" e "e", deste artigo, excluídos os relativos a advertência e multa de mora, e no inciso III, será feita mediante publicação na imprensa oficial, salvo para os casos previstos nas alíneas "a" e "b", se presentes os prepostos dos licitantes no ato em que foi adotada a decisão, quando poderá ser feita por comunicação direta aos interessados e lavrada em ata.

§ 2º O recurso previsto nas alíneas "a" e "b" do inciso I deste artigo terá efeito suspensivo, podendo a autoridade competente, motivadamente e presentes razões de interesse público, atribuir ao recurso interposto eficácia suspensiva aos demais recursos.

§ 3º Interposto, o recurso será comunicado aos demais licitantes, que poderão impugná-lo no prazo de 5 (cinco) dias úteis.

§ 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.



§ 5º Nenhum prazo de recurso, representação ou pedido de reconsideração se inicia ou corre sem que os autos do processo estejam com vista franqueada ao interessado.

Assim sendo, após esse prazo deverá a Comissão de Licitação analisar todas as peças (recursos e impugnações aos recursos) e proceder à reconsideração de seus atos, se assim o não fizer, deverá efetuar a remessa dos autos à autoridade superior competente caso mantenha sua decisão inicial, conforme o § 4º do artigo 109, Lei de Licitações.

Assim sendo, merece ser suspenso o certame, para que seja revistas a decisão de inabilitação da licitante **JOSE AUGUSTO DA SILVA – QUIOSQUE 15**, uma vez que, conforme já demonstrado, foi inabilitada de forma equivocada.

8- DOS REQUERIMENTOS

Ante o exposto, requer a Vossa Senhoria que:

- 1) sejam recebidas as presentes razões e encaminhadas à autoridade competente para sua apreciação e julgamento, em conformidade com os parágrafos 2º e 4º do artigo 109 da Lei Federal nº 8.666/1993, concedendo efeito suspensivo à inabilitação aqui impugnada até julgamento final na via administrativa;
- 2) digne-se a conhecer as razões do presente RECURSO ADMINISTRATIVO, dando-lhe PROVIMENTO, culminando assim com a anulação da decisão em apreço, declarando-se a RECORRENTE habilitada para prosseguir no pleito, como medida da mais transparente Justiça!
- 3) Que seja conferida a recorrente, as benesses da Lei Federal nº 123/2006;
- 4) Caso esta autoridade descida por não conferir os benefícios da Lei Federal nº 123/2006 a licitante recorrente, que em decisão isonômica, inabilite os

licitantes G. A. FILHO QUIOSQUE TREMBÃO e FERNANDO JOSÉ DE SOUZA CAPISTRANO, uma vez que estes apresentaram certidões vendidas e também não deveriam fazer uso do tratamento diferenciado em questão.

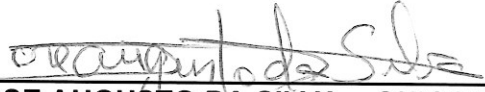


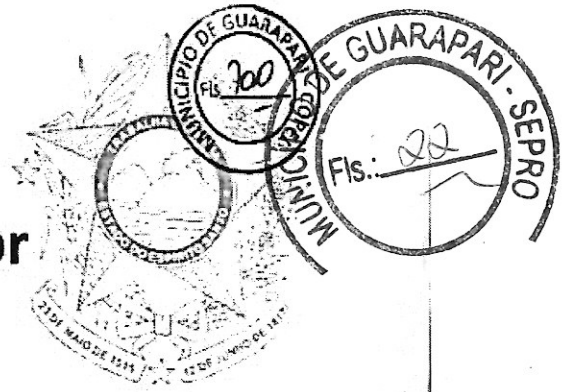
- 5) Outrossim, lastreada nas razões recursais, requer-se que a Comissão de Licitações reconsidere sua decisão e, não sendo este o entendimento, faça este recurso subir, devidamente informado, à autoridade superior, em conformidade com o parágrafo 4º, do artigo 109, da Lei nº 8.666/1993, observando-se ainda o disposto no parágrafo 3º do mesmo artigo.

Nestes termos,

Aguarda Deferimento.

GUARAPARI/ES, 11 de maio de 2020.


JOSE AUGUSTO DA SILVA - QUIOSQUE 15
JOSE AUGUSTO DA SILVA
CNPJ sob o nº. 14.768.767/0001-70



Certidão de Inteiro Teor

Fotocópia de Processo

Documento emitido em www.jucees.es.gov.br

Dados da Empresa

Nome Empresarial	
JOSÉ AUGUSTO DA SILVA QUIOSQUE 15	
NIRE	Número do Protocolo
32800412253	192152882

Dados da Certidão

Data de expedição	Hora de expedição	Chancela
17/01/2020	09:50:09	978E74641599F7BE-1

A autenticidade do presente documento bem como o arquivo na forma eletrônica podem ser verificados no endereço: www.jucees.es.gov.br/autenticaweb/

Documento Assinado por meio digital, conforme MP 2200-2 de 24/08/2001, que institui a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP Brasil, em vigor consoante E.C nº32 de 11/09/2001 - Art.2º.

Art 1º . Fica instituída a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP Brasil, para garantir autenticidade, integridade e validade jurídica de documentos em forma eletrônica, das aplicações de suporte e das aplicações habilitadas que utilizem certificados digitais, bem como a realização de transações eletrônicas seguras.

Bo. *[Handwritten signature]*
[Handwritten signature]
[Handwritten signature]
[Handwritten signature]
[Handwritten signature]

REQUERIMENTO DE EMPRESÁRIO



NÚMERO DE IDENTIFICAÇÃO DO REGISTRO DE EMPRESA - NIRE DA SEDE 32800412253		NIRE DA FILIAL (preencher somente se não referente a filial) XXX	
NOME DO EMPRESÁRIO (completo, sem abreviaturas) JOSÉ AUGUSTO DA SILVA			
NACIONALIDADE BRASILEIRA		ESTADO CIVIL VIÚVO(A)	
SEXO MASCULINO		REGIME DE BENS (em casamento) XXX	
FILHO DE (pai) JOÃO DOMINGOS DA SILVA		(mãe) ESMERINDA FRANCA DA SILVA	
DATA DE NASCIMENTO 27/10/1947	DOCUMENTO DE IDENTIFICAÇÃO (Número) 305284	Órgão emissor SSP	UF ES
ENQUADRAMENTO POR (forma de contratação - somente no caso de menor) XXX		CPF (Número) 493.745.327-00	
LOCALIZADO NA (LOGRADOURO - RUA, AV., etc.) RUA JOSÉ KROHLING		NÚMERO 10	
COMPLEMENTO XXX	BARRIO/DISTRITO AEROPORTO	CEP 29216-780	CODIGO DO MUNICIPIO (Linha de Junta Comercial) 001879 - Guarapari
MUNICIPIO Guarapari		UF ES	
declara, sob as penas da lei, não estar impedido de exercer atividade empresarial, que não possui outro registro de empresário e requer:			
A JUNTA COMERCIAL DO ESTADO DO ESPIRITO SANTO		A JUNTA COMERCIAL DO XXX	
CÓDIGO E DESCRIÇÃO DO ATO 002 - ALTERAÇÃO		CÓDIGO E DESCRIÇÃO DO ATO XXX	
CÓDIGO E DESCRIÇÃO DO EVENTO 021 - ALTERAÇÃO DE DADOS (EXCETO NOME EMPRESARIAL)		CÓDIGO E DESCRIÇÃO DO EVENTO XXX	
NOME EMPRESARIAL JOSÉ AUGUSTO DA SILVA QUIOSQUE 15		ENQUADRAMENTO ME (Microempresa)	
LOGRADOURO (rua, av., etc.) AVENIDA BEIRA MAR		NÚMERO SN	
COMPLEMENTO QUIOSQ 15	BARRIO/DISTRITO PRAIA DO MORRO	CEP 29216-010	CODIGO DO MUNICIPIO (Linha de Junta Comercial) 001879 - Guarapari
MUNICIPIO Guarapari		CORREIO ELETRÔNICO (E-MAIL) RMCONTABILIDADE@VELOXMAIL.COM.BR	
VALOR DO CAPITAL - R\$ 50.000,00	VALOR DO CAPITAL - (por ações) cinquenta mil reais		
CÓDIGO DE ATIVIDADE ECONÔMICA (CNAE Fiscal) Atividade Principal 5611202 Atividade Secundária 5611203		Classificação do Objeto Serviço e venda de bebidas alcoólicas - Proprietário de bar e congêneres; Serviço e venda de bebidas não alcoólicas e alimentos para consumo no local - Proprietário de lanchonete	
DATA DE INÍCIO DAS ATIVIDADES 15/12/2011	NÚMERO DE INSCRIÇÃO NO CNPJ 14.766.767/0001-70	TRANSFERÊNCIA DE SEDE OU DE FILIAL DE OUTRA UF NIRE ANTERIOR	UF ES
DATA ASSINATURA 28/03/2019	ASSINATURA DO EMPRESÁRIO		UF DA JUNTA COMERCIAL 1 - SIM 3 - NÃO
PARA USO EXCLUSIVO DA JUNTA COMERCIAL DEFERIDO. PUBLIQUE-SE E ARQUIVE-SE		AUTENTICAÇÃO	
		ES2190002509447	



PARA USO EXCLUSIVO DA JUNTA COMERCIAL

CERTIFICO O REGISTRO EM 05/04/2019 11:04 SOB Nº 20192132882.
 PROTOCOLO: 192152882 DE 03/04/2019. CÓDIGO DE VERIFICAÇÃO:
 11901553243. NIRE: 32800412253.
 JOSÉ AUGUSTO DA SILVA QUIOSQUE 15



Paulo Cesar Juffo
 SECRETÁRIO-GERAL
 VITÓRIA, 05/04/2019
 www.simplifica.es.gov.br

A validade deste documento, se impresso, fica sujeita à comprovação de sua autenticidade nos respectivos portais.
 Informando seus respectivos códigos de verificação

Cartório do 3º Ofício de Notas Tereza Mazzelli de Almeida - Del. Tereza Mazzelli de Almeida e Tábata
 Rua Conselheiro Vergueiro, 147 - Centro - CEP 13.204-400 - Guarapari / ES - Telefone: (27) 3261-0079 / 3261-0743 / 3262-1087
 Recolhimento por sernelha (a(s) firmada(s) de JOSE AUGUSTO DA SILVA, e dou fe. Em Teste da verdade. Guarapari-ES.
 01/04/2019 16:33:44. Cod. 00480480 00
 Rubrica Simões de Almeida Junior, Tabella, Substituto.
 Site: 021725.1021903.01252. Empl. em 05/04/2019 11:04:00
 Para Consulta ou Validade de Origem: www.jus.br

3º Ofício de Notas
 Tereza Mazzelli de Almeida e Tábata
 Tabella
 Substituto
 CRI-ES

MUNICÍPIO DE GUARAPARI - SEPRO
 Fis: 702
 Fis: [assinatura]

[assinatura]

[assinatura]

[assinatura]

[assinatura]

[assinatura]

CERTIFICO O REGISTRO EM 05/04/2019 11:04 SOB Nº 20192152882.
 PROTOCOLO: 192152882 DE 03/04/2019. CÓDIGO DE VERIFICAÇÃO:
 11901955243. NIRE: 32800412253.
 JOSÉ AUGUSTO DA SILVA QUINOSQUE 15.



Paulo Cesar Juffo
 SECRETÁRIO-GERAL
 VITÓRIA, 05/04/2019
 www.simplifica.es.gov.br

A validade deste documento, se impresso, fica sujeito à comprovação de sua autenticidade nos respectivos portais.
 Informando seus respectivos códigos de verificação

[assinatura]