

**ILUSTRÍSSIMA SENHORA PRESIDENTE DA COMISSÃO
MUNICIPAL DE LICITAÇÕES DE AGRONÔMICA- SANTA
CATARINA.**

LZK CONSTRUTORA LTDA, pessoa jurídica de Direito Privado, devidamente inscrita no CNPJ/MF sob nº 07.444.659/0001-81, com sede na Rodovia BR 470, Km 191, Serra do Ilhéus, na cidade de Pouso Redondo(SC), CEP: 89.172-000, por seu representante, vem respeitosamente perante Vossa Senhoria para, com fulcro no art. 109, I, "c" da Lei 8.666/93 apresentar:

**RECURSO ADMINISTRATIVO NO PROCESSO LICITATÓRIO
027/2020 – CONCORRÊNCIA 001/2020**

CONTEXTUALIZAÇÃO:

É fato que este Município está a realizar Processo Licitatório na modalidade Concorrência Pública para contratação de empresa especializada em serviços de engenharia para execução de projeto de pavimentação asfáltica, drenagem pluvial, reaterro de passeios e sinalização viária na Rua 7 de Setembro.

Na data aprazada para sessão e abertura da documentação inerente duas empresas se apresentaram, a registrar: LZK Construtora Ltda e Líder Sul Engenharia Obras e Serviços Ltda-ME.



Após a declaração exarada pela Comissão de habilitação das duas concorrentes, na oportunidade também ambas manifestaram interesse em apresentar recurso quanto a fase específica tendo de imediato esta distinta Comissão inaugurado prazo recursal.

Assim sendo, tempestivamente a Recorrente oferece o presente Recurso Administrativo para que NÃO seja a licitante Líder Sul Engenharia Obras e Serviços Ltda-ME enquadrada como MICROEMPRESA e quanto menos seja agraciada com as benesses contidas na Lei Complementar 123/2006, como consequência seja afastada do certame em questão.

ALEGAÇÕES DE MÉRITO

Nobres Autoridades, a Constituição Federal estabeleceu em seu artigo 37, XXI a licitação como regra para a realização de obras, serviços, compras e alienações pela administração pública no intuito de atribuir às contratações públicas maior transparência e efetividade.

De sua vez, a Lei 8.666/93 veio estabelecer normas gerais sobre o procedimento licitatório, às quais o administrador público se encontra adstrito.

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

O art. 41, por sua vez estabelece a vinculação do ente licitante ao instrumento convocatório:

Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.



Sendo, inclusive, um dos princípios que norteiam a o procedimento conforme se colhe do art. 3º do mesmo arcabouço legal:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, **da vinculação ao instrumento convocatório**, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Ocorre que no caso em tela, não obstante a licitante Líder Sul Engenharia Obras e Serviços Ltda tenha se declarado e cadastrado como MICROEMPRESA, torna-se incontroverso que não mais se enquadra nesta condição, posto que não mais atende ao limite de faturamento constante do inciso I do art. 3º da Lei Complementar 123/2006.

Lei Complementar 123/2006, 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

Sem maiores delongas, somente os pagamentos realizados neste exercício de 2020 pelo próprio MUNICÍPIO DE AGRONÔMICA até 20/07/2020, ou seja, até antes da data aprazada para abertura dos envelopes em 27/07/2020 já montam a quantia aproximada de R\$ 1.300.000,00 (UM MILHÃO E TREZENTOS MIL REAIS) que alcançam quase 4 vezes o limite de R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) previstos na chamada Lei da Microempresa (LC 123/2006).

Isso mesmo Ilustre Comissão, o próprio órgão licitante somente neste exercício como fonte pagadora já agregou ao faturamento

quantia muito superior a necessária para o desenquadramento da licitante Líder Sul Engenharia Obras e Serviços Ltda da condição de microempresa.

Cabe à Administração ficar atenta a situações como essa, uma vez que não raras vezes empresas má intencionadas, em detrimento à obrigação de comunicar a Receita Federal e à Junta Comercial do Estado quanto ao desenquadramento, mantem-se silentes justamente para se beneficiar das prerrogativas da Lei nº 123/06 nas licitações públicas.

Em manifestação do Tribunal de Contas da União, o Ministro Relator em decisão proferida no Acórdão nº 3411/2012-Plenário, ao tratar do regime da Lei nº 123/2006, ressaltou que:

“Incorre, sem dúvida, em falha gravíssima quem tenta se valer de suas disposições excepcionais para obter vantagens sobre seus competidores em licitações públicas”. (Trecho extraído do Informativo de Licitações e Contratos nº 114 do TCU).

Nesta senda, inclusive seria obrigação deste Município, nos termos da INSTRUÇÃO NORMATIVA DREI Nº 10, DE 05 DE DEZEMBRO DE 2013, na condição de órgão fiscalizador tributário cientificar a empresa e se necessário a própria Junta Comercial do Estado.

ANEXO 2

Item 1.2.15.1

As empresas já enquadradas na condição de microempresas ou empresas de pequeno porte, antes do advento da Lei Complementar nº 123, de 2006, permanecerão nessa condição, caso não incorram em alguma das situações impeditivas do § 4º do art. 3º da referida lei. **Quando presente uma das situações do mencionado dispositivo, a empresa deverá promover o seu desenquadramento.**

(...)

3.18.1

ENQUADRAMENTO/REENQUADRAMENTO/DESENQUADRAMENTO

c) Desenquadramento

6. após o enquadramento como microempresa ou empresa de pequeno porte, ocorrendo uma das situações previstas nos incisos do § 4º do art. 3º da Lei Complementar nº 123, de 2006, a sociedade empresária deverá arquivar declaração de desenquadramento na Junta Comercial;

7. a Junta Comercial, verificando que a sociedade empresária enquadrado na condição de microempresa ou empresa de pequeno porte incorreu em alguma das situações impeditivas para enquadramento previstas nos incisos do § 4º do art. 3º da Lei Complementar nº 123, de 2006, promoverá o seu desenquadramento;
8. quando a sociedade empresária não tiver interesse em continuar enquadrado na condição de microempresa ou empresa de pequeno porte, promoverá o arquivamento, pela Junta Comercial, de declaração de desenquadramento; e
- 9. mediante denúncia de órgãos ou entidades de fiscalização tributária, conforme o art. 33 da Lei Complementar nº 123, de 2006, de que a sociedade empresária incorreu nas situações previstas para enquadramento como microempresa ou empresa de pequeno porte, estabelecidas nos incisos do § 4º do art. 3º da referida Lei Complementar, a Junta Comercial promoverá o arquivamento da correspondente comunicação e cadastrará o teor da denúncia no Cadastro Estadual de Empresas Mercantis – CEE.**

Alias, importante frisar que a Instrução Normativa nº 103 de 30/04/2007 citada no item 2.7 do Edital de Lançamento foi atualizada justamente pela Instrução Normativa DREI Nº 10, de 05 de dezembro de 2013.

Pelo princípio da eficiência e ferramentas de oficiosidade e de autotutela para a averiguação e conseqüente correição de atos contrários à lei e a moralidade administrativa não somente pode como deve o ente público aferir tal condição, quiza quando provocado.

De todo modo o Edital de lançamento, que faz lei tanto para a administração quanto para as partes licitantes é muito claro ao fazer exigências complementares a caracterização da condição de microempresa para aproveitamento dos privilégios oferecidos pela Lei Complementar 123/2006.

2.7. A empresa que pretender se utilizar dos benefícios previstos nos art. 42 a 45 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006 e alterações, deverá apresentar, no envelope da habilitação, certidão emitida pela Junta Comercial (conforme art. 8º da Instrução Normativa nº 103 de 30/04/2007) ou declaração firmada por contador, de que se enquadra como microempresa ou empresa de pequeno porte, além de todos os documentos previstos para habilitação.

2.8. O credenciamento do licitante como microempresa ou empresa de pequeno porte somente será procedido pela Comissão Permanente de Licitações se o interessado comprovar tal situação jurídica.

2.9. A não comprovação de enquadramento da empresa como ME ou EPP, na forma do estabelecido no item 2.7 deste Edital, significa renúncia expressa e consciente,

desobrigando a Comissão Permanente de Licitações, dos benefícios da Lei Complementar nº123/2006. Aplicáveis ao presente certame. 2.10. A responsabilidade pela declaração de enquadramento, conforme previsto nos itens anteriores, é única e exclusiva do licitante que, inclusive, se sujeita a todas as consequências legais que possam advir de um enquadramento falso ou errôneo.

Sendo ainda mais objetivo ao regram no item 2.8 que compete à esta distinta Comissão de Julgamento JULGAR A COMPROVAÇÃO DE TAL SITUAÇÃO JURÍDICA.

Logo, se devidamente comprovado por extrato do Portal da Transparência do Município de Agronômica, de fácil acesso aos notáveis membros, que a citada almejante a adjudicação do objeto da licitação NÃO MAIS ATENDE AOS REQUISITOS LEGAIS para ser considerada MICROEMPRESA, ou seja, não possui faturamento limitado àquele constante do artigo 3º da Lei 123/2006, outra alternativa resta que não seja a descaracterização de tal condição e a negação quanto aos privilégios previstos na alhures citada lei complementar, além de seu afastamento do certame por apresentação de documento irregular ou contrário a realidade (Declaração de ME).

E nem se cogite de uma gambiarra administrativa de migração automática para a condição de Empresa de Pequeno Porte (EPP) para então aproveitar-se da limitação ampliada constante do inciso II do mesmo art. 3º da LC 123/2006, posto que o presente recurso busca a desqualificação da afirmação irregularmente prestada pela licitante ao declarar-se microempresa sendo que tal migração demanda processo junto ao órgão comercial do Estado e uma impensável discricionária "alteração" da declaração por esta Comissão caracterizaria inclusão intempestiva de documento e atentado ao princípio da isonomia e da vinculação ao instrumento convocatório. Quiçá direcionamento e beneficiamento irregular que flertariam com atos de improbidade administrativa e ilícito penal.

Também não se cogite aplicar os 20% de tolerância para considerar obrigatório o desenquadramento somente no exercício seguinte (2021) já que, como visto, a extrapolação experimentada pela licitante

Líder Sul excedeu em muito tal margem no exercício atual (2020) e conforme previsão da citada Instrução Normativa já se considera desenquadrada no mês seguinte à superação do faturamento limite para ME de R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais).

Veja-se que somente entre os meses de abril e junho deste ano e somente deste Município de Agronômica os pagamentos à citada licitante aproximaram-se dos R\$ 700.000,00 (setecentos mil reais), ou seja, praticamente o dobro do valor limite e, portanto, já no mês de seguinte (julho) deveria ser desenquadrada.

Mais, somente no dia 27/05/2020 a licitante Líder Sul Engenharia, Obras e Serviços Ltda-ME recebeu DO MUNICÍPIO DE AGRONÔMICA o valor de R\$ 444.050,74 (quatrocentos e quarenta e quatro mil, cinquenta reais e setenta e quatro centavos), que somados aos R\$ 205.296,75(...) recebidos entre janeiro e abril de 2020 também ultrapassam o limite, inclusive com a margem de 20%, tornando compulsório o desenquadramento minimamente desde junho do corrente.

A tal declaração de Microempresa deveria minimamente ascender um alerta ao Município já que a mesma é fornecedora recente e de consideráveis valores deste ente público.

Logo, pela letra fria da Lei Complementar 123/2006, se a ME, no ano-calendário, exceder em mais de 20 % o limite da receita bruta anual (R\$ 3.600.000,00), fica excluída, no mês subsequente à ocorrência do excesso, do tratamento jurídico diferenciado previsto na supracitada lei.

Art. 3º Lei Complementar 123/2006:

§ 9º A empresa de pequeno porte que, no ano-calendário, exceder o limite de receita bruta anual previsto no inciso II do caput deste artigo fica excluída, no mês subsequente à ocorrência do excesso, do tratamento jurídico diferenciado previsto nesta Lei Complementar, incluído o regime de que trata o art. 12, para todos os efeitos legais, ressalvado o disposto nos §§ 9o-A, 10 e 12.



Na data desta licitação a empresa citada já não mais dispunha das condições legais de enquadramento como microempresa e sua declaração é inócua.

Falando-se em probidade e lealdade aos fatos e aos procedimentos, o gestor/empresário também deve adotar conduta cuidadosa e de acompanhamento efetivo desse quesito, sob pena de sua empresa vir a ser declarada inidônea pela utilização indevida de tratamento jurídico diferenciado.

É obrigação da empresa fazer a declaração quando não mais reunir os requisitos de microempresa e/ou empresa de pequeno porte. Participar de licitação utilizando os benefícios sem atendimento pleno das condicionantes constitui-se em fraude, tipificada no art. 90 da Lei nº 8.666/93, o que pode, inclusive, levar o licitante a ser declarado inidôneo.

Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação:

Registre-se, por oportuno, que o Tribunal de Contas da União já decidiu sobre a matéria conforme consta do Acórdão nº 970/2011 de Relatoria do Ministro Augusto Sherman:

Enunciado: Constitui fraude à licitação a participação de empresa na condição de microempresa ou empresa de pequeno porte, sem apresentar essa qualificação, em razão de faturamento superior ao limite legal estabelecido, situação que enseja a declaração de inidoneidade da pessoa jurídica envolvida. A perda da condição de microempresa ou empresa de pequeno porte, por ser ato declaratório, é de responsabilidade da sociedade empresarial.

Posto isto, justo e legal seja acolhido o presente Recurso para descaracterização da condição de microempresa e não enquadramento como EPP da concorrente Líder Sul Engenharia Obras e Serviços Ltda e como conseqüência da deficiência de sua declaração seja inabilitada para as fases seguintes do processo licitatório.



FUNDAMENTOS:

A Recorrente escora seu Recurso nos artigos 109, I, "c" da Lei de Licitações, que assim regra:

Art. 109. Dos atos da Administração decorrentes da 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;

PEDIDO FINAL

Nesta esteira, requer-se pelo recebimento e processamento deste Recurso Administrativo, apresentado nos autos e em face do Processo Licitatório nr. 027/2020, na modalidade Concorrência, do Município de Agronômica-SC, para que ao final seja provido no sentido de **DESCARACTERIZAR PARA O CERTAME A CONDIÇÃO DE MICROEMPRESA DECLARADA PELA LICITANTE LIDER SUL ENGENHARIA, OBRAS E SERVIÇOS LTDA E VIA DE CONSEQUENCIA DESQUALIFICÁ-LA PARA QUALQUER FASE SEGUINTE DO PROCESSO LICITATÓRIO POR CONTA DA APRESENTAÇÃO IRREGULAR DE DOCUMENTO (DECLARAÇÃO DE MICROEMPRESA).**

Urge lembrar ainda que a frustração e maculação de processo licitatório é ato de improbidade e crime nos termos do art. 10, VIII da Lei de Improbidade e dos artigos 93 e seguintes da Lei de Licitações.

Nestes termos, pede e aguarda deferimento.

Agronômica(SC), 31 de julho de 2020.


LZK CONSTRUTORA LTDA