

**ILUSTRÍSSIMO SR. PREGOEIRO(A) DA SERCOMTEL ILUMINAÇÃO S.A.**

**RECURSO ADMINISTRATIVO  
PREGÃO N° 007/2021  
PROCESSO ADMINISTRATIVO N° 031/2021**

**TFPM COMÉRCIO DE ARTIGOS DE ILUMINAÇÃO LTDA EPP**, inscrita no CNPJ 00.270.992/0001-16, sediada na cidade de Curitiba – PR, neste ato representada por seu procurador SR. Rildo Lima dos Santos, CPF 968.995.819-49, vem respeitosa e tempestivamente apresentar **RECURSO ADMINISTRATIVO** contra a homologação no **LOTE 6** da empresa ELÉTRICA LUZ COMERCIAL DE MATERIAIS ELÉTRICOS EIRELI-EPP, inscrita no CNPJ 00.226.324/0001-42, pelos motivos expostos abaixo.

A empresa Elétrica Luz Comercial de Materiais Elétricos Eireli-EPP participou do pregão em questão como EPP, sendo declarada vencedora após a desclassificação da empresa Gyn Led Indústria e Comércio Ltda ME.

O Balanço Patrimonial de 2.020 (válido até abril/2021) apresentado pela “Elétrica Luz” apresenta informações questionáveis, à saber:

**Como uma empresa com Patrimônio Líquido de R\$ 2.595.987,96, Estoques de R\$ 1.370.512,74, tem apenas R\$ 4.781,66 lançados como “Obrigações com Pessoal” (Salários)?**

**Além do mais, conforme pode ser verificado pelo documento anexo (consulta de optante de regime tributário), a empresa Eletrica Luz consta como “NÃO optante pelo Simples Nacional”, ou seja, não se enquadra como EPP.**

Sobre a viabilidade do tratamento diferenciado oferecido às microempresas e empresas de pequeno porte, o inciso XXI do art. 37 da Constituição dispõe sobre a possibilidade de a legislação delinear critérios de isonomia em licitação, vejamos:

*“Art. 37 (...)*

**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.**”**

Referido inciso viabiliza a legislação delinear regras sobre a isonomia das correntes nos procedimentos licitatórios. Portanto, viabiliza e publicação de regras que assegurem a igualdade entre os concorrentes no processo licitatório, conforme a sua condição social e econômica, corolário do princípio da igualdade.

As Microempresas e empresas de pequeno porte, por questões de política econômica, possuem tratamento diferenciado para assegurar a igualdade de condições no certame. Desta feita, a lei poderá trazer tratamento diferenciado e favorecido às ME/EPP, incluindo os critérios distintos de qualificação técnica e econômica para assegurar a igualdade de condições entres os concorrentes, munindo tais empresas de instrumentos diferenciados de julgamento para fazer frente à empresas de poderio econômico superior.

No caso das microempresas e empresas de pequeno porte caberá à Lei Complementar fazer o diferenciado tratamento. O artigo 146 da Constituição Federal, precisamente na alínea “d” do inciso III, assim dispõe:

*“Art. 146. Cabe à lei complementar:*

*(...).*

*d) definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, inclusive regimes especiais ou simplificados no caso do imposto previsto no art. 155, II, das contribuições previstas no art. 195, I e §§ 12 e 13, e da contribuição a que se refere o art. 239. (...).”*

Desta feita, a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, que institui o Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte salienta o caráter diferenciado de tratamento nas licitações públicas para tais

empresas. Os critérios legais que qualificam uma dada sociedade empresária como microempresa ou empresa de pequeno porte constam do seu art. 3º, vejamos:

*“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: (Redação dada pela Lei Complementar nº 139, de 10 de novembro de 2011) (Produção de efeitos – vide art. 7º da Lei Complementar nº 139, de 2011)*

***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 Redação dada pela Lei Complementar nº 139, de 10 de novembro de 2011) (Produção de efeitos – vide art. 7º da Lei Complementar nº 139, de 2011).***

*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). Redação dada pela Lei Complementar nº 139, de 10 de novembro de 2011) (Produção de efeitos – vide art. 7º da Lei Complementar nº 139, de 2011). (...)”*

Quanto ao caráter diferenciado de tratamento, o inciso III do artigo 1º e o artigo 44 da Lei Complementar prescrevem:

*“Art. 1º Esta Lei Complementar 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 dos Municípios, especialmente no que se refere:*

*(...)*

*III - 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. ”*

*“Art. 44. Nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte.*

*§ 1º Entende-se por empate aquelas situações em que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 10% (dez por cento) superiores à proposta mais bem classificada.*

*§ 2º Na modalidade de pregão, o intervalo percentual estabelecido no § 1º deste artigo será de até 5% (cinco por cento) superior ao melhor preço. ”*

*O § 1º do artigo 3º, como a denominada interpretação autêntica, **considera receita bruta**, para fins do disposto na lei o produto da venda de bens e serviços nas operações de conta própria, o preço dos serviços prestados e o resultado nas operações em conta alheia, não incluídas as vendas canceladas e os descontos incondicionais concedidos.*

A receita bruta da empresa é um critério econômico-técnico qualificador da empresa como microempresa ou empresa de pequeno porte. Ressaltamos o caráter objetivo de tal verificação, o que relativizaria o caráter formal de comprovação de tal condição. Os parágrafos 7º e 9º do artigo 3º da Lei Complementar sob apreciação ilustram o caráter relativo da comprovação, ao estatuir que:

*“Art.3º. (...)*

*“§ 7º Observado o disposto no § 2º deste artigo, no caso de início de atividades, a microempresa que, no ano-calendário, exceder o limite de receita bruta anual previsto no inciso I do caput deste artigo passa, no ano-calendário seguinte, à condição de empresa de pequeno porte.*

*(...)*

*§ 9º A **EMPRESA DE PEQUENO** porte que, no ano-calendário, **EXCEDER O LIMITE DE RECEITA BRUTA ANUAL PREVISTO NO INCISO II DO CAPUT 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. (Redação dada pela Lei Complementar nº 139, de 10 de novembro*

de 2011) (Produção de efeitos – vide art. 7º da Lei Complementar nº 139, de 2011)

§ 9º-A. **OS EFEITOS DA EXCLUSÃO PREVISTA NO § 9º DAR-SE-ÃO NO ANO-CALENDÁRIO SUBSEQUENTE SE O EXCESSO VERIFICADO EM RELAÇÃO À RECEITA BRUTA NÃO FOR SUPERIOR A 20% (VINTE POR CENTO) DO LIMITE REFERIDO NO INCISO II DO CAPUT.** (Incluído pela Lei Complementar nº 139, de 10 de novembro de 2011) (Produção de efeitos – vide art. 7º da Lei Complementar nº 139, de 2011)”

Ou seja, da simples análise dos dispositivos supracitados, não restam dúvidas acerca da perda de benefícios que a empresa de pequeno porte fazia jus se ultrapassar o limite de R\$ 3.600.000,00. Ainda, caso este valor seja ultrapassado em pelo menos 20%, **A PERDA DOS BENEFÍCIOS OCORRE AINDA NO ANO-CALENDÁRIO EM VIGÊNCIA.** Fato que provavelmente ocorreu com a **ELÉTRICA LUZ COMERCIAL DE MATERIAIS ELÉTRICOS EIRELLI-EPP.**

Referidos parágrafos enaltecem a substancialidade da comprovação da condição diferenciada da empresa. A aplicabilidade imediata de suas regras automatiza a exclusão do regime diferenciado: excedendo o limite de receita bruta anual prevista ficará excluída no mês subsequente do tratamento jurídico diferenciado.

Assim, para fins licitatórios, em princípio, a sociedade empresária que exceda tal limite perderia tais prerrogativas. Formalmente permaneceria como tal, até que se processasse a averbação na Junta Comercial. Substancialmente, contudo, deixaria de ser microempresa ou empresa de pequeno porte para tais fins.

Não olvidamos que lei não exige a averbação ou a alteração de sua condição na Junta Comercial, pelo excesso, para excluir a empresa dos benefícios diferenciados. Delineia tão somente o caráter econômico ou material da renda bruta para tal exclusão.

A comunicação e a consequente exclusão como EP ou EPP na Junta, será tão somente um ato formal. Não se pode excluir tal averiguação da análise, pois, a qualificação da empresa como tal serve de critério de desempate para a aferição da melhor proposta.

Foi esse o entendimento defendido pelo relator, ao examinar representação formulada ao TCU contra possíveis irregularidades perpetradas por empresas em licitações, as quais teriam delas participado, na condição de ME ou EPP, sem possuir os requisitos previstos na Lei Complementar n.º 123/2006 e no Decreto Federal n.º 6.204/2007. De acordo com a unidade técnica:

***“O enquadramento, o reenquadramento e o desenquadramento como microempresa ou empresa de pequeno porte são efetuados com base em declaração do próprio empresário, perante a Junta Comercial competente.***

*A participação em licitação reservada a microempresa (ME) e empresa de pequeno porte (EPP), por sociedade que não se enquadre na definição legal reservada a essas categorias, configura fraude ao certame, isso porque “a responsabilidade pela atualização e veracidade das declarações de pertencimento às categorias acima compete às firmas licitantes”.*

***“... O enquadramento como ME ou EPP depende de solicitação da própria empresa, junto ao presidente da respectiva Junta Comercial do estado da federação onde se localiza, requerendo o arquivamento da ‘Declaração de Enquadramento de ME ou EPP’, conforme o inciso II do parágrafo único do art. 1º da IN-DNRC nº 103/2007. Do mesmo modo, cabe à empresa solicitar o desenquadramento da situação de ME ou EPP, de acordo com a alínea c.2 do inciso II do parágrafo único do art. 1º da mencionada IN”. [...] caberia à Rub Car Ltda., após o término do exercício de 2006, dirigir-se à competente Junta Comercial para declarar seu desenquadramento da condição de EPP [...]. Isso porque naquele exercício, [...] a referida empresa extrapolou o faturamento de R\$ 2.400.000,00 (dois milhões e quatrocentos mil reais), que permitiria ser mantido seu enquadramento como EPP no ano seguinte. [...] Ademais, não seria necessário – nem cabível – que alguma entidade – mesmo a Receita Federal – informasse à empresa que ela perdeu a condição de EPP, como pretendeu a Rub Car Ltda., já que o enquadramento, o reenquadramento e o desenquadramento são efetuados com base em declaração do próprio empresário perante a Junta Comercial competente [...]”.*** Ao concordar com a unidade instrutiva, o relator

*ressaltou a má-fé da empresa, uma vez que, “agindo com domínio de volição e cognição”, ocorreu ao certame apresentando-se indevidamente na qualidade de EPP. Nos termos do voto do relator, deliberou o Plenário no sentido de “declarar, com fundamento no art. 46 da Lei nº 8.443/1992 e no inciso IV do art. 87, c/c o inciso III do art. 88 da Lei nº 8.666/1993, a inidoneidade da empresa Rub Car Comércio de Autopeças e Fundação Ltda., para licitar e contratar com a Administração Pública, pelo período de dois anos”.*

**(Acórdão n.º 2578/2010.”-Plenário, T54/2010-2, rel. Min. Walton Alencar R2010.)**

Ressaltamos, ainda, que o inciso XIII do artigo 4º da Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, circunscreve a necessidade de atendimento das qualificações técnicas e econômico-financeira para a habilitação dos licitantes ao dispor:

*“Art. 4º A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:*

*(...)*

*XIII - a habilitação far-se-á com a verificação de que o licitante está em situação regular perante a Fazenda Nacional, a Seguridade Social e o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS, e as Fazendas Estaduais e Municipais, quando for o caso, com a comprovação de que atende às exigências do edital quanto à **habilitação jurídica e qualificações técnica e econômico-financeira** (...).”*

Assim, é indispensável a verificação das qualificações técnicas e econômico-financeira para a habilitação do licitante. A qualificação técnica e econômico-financeira se utiliza para fundamentar o regime diferenciado das ME/EPP na licitação.

Desta feita, se tornou indispensável a averiguação do enquadramento substancial da empresa para qualificá-la como microempresa, viés da própria habilitação.

Conforme o art. 11 do Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005, que regulamenta o pregão na forma eletrônica, **caberá ao pregoeiro, em especial verificar e julgar as condições de habilitação.** A documentação relativa à

qualificação técnica limitar-se-á prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso. A Lei Complementar 123/2006 dispõe como requisito para a configuração de uma empresa como ME/EPP critério financeiro a sua renda bruta.

O pregoeiro deve avaliar o enquadramento da empresa como microempresa. Em princípio, a CERTIDÃO SIMPLIFICADA certifica que a situação formal da recorrida é de microempresa que poderá ou não ser **optante pelo Simples Nacional**.

Não podemos olvidar que tal fato não excluiria a empresa, pela não opção, à condição de microempresa. **A exclusão do regime tributário diferenciado não reflete em sua qualificação jurídica como microempresa. Contudo, os pressupostos legais devem ser obedecidos para os benefícios diferenciados, dentre eles a real situação econômica da licitante.**

Para a tipificação é indispensável - **no caso da microempresa - que esta auferisse, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais)**. Para fins de prerrogativas, não basta a Certidão da Junta.

**Deve-se fazer diligências nos portais governamentais de pesquisas de transparência para verificar a renda bruta dessas microempresas. Não se enquadrando nos limites legais, ficaria evidenciado o motivo, e a exclusão do licitante da condição de microempresa para fins do certame.**

Ressaltamos não ser atribuição do pregoeiro analisar a voluntariedade da conduta praticada pelo licitante, principalmente quando se refere à conduta criminosa, cuja tipificação compete tão somente ao juízo natural. Assim, o enquadramento em fraude a licitação no art. 90 da Lei nº 8.666/93 pressupõe um devido processo legal de natureza processual penal. As atribuições do pregoeiro restringem-se ao âmbito administrativo e enquanto perdurar o certame.

**A má fé não se presume, deve ser efetivamente comprovada. Contudo não se exclui a verificação da denominada boa fé objetiva, cujo enquadramento se perfaz diante das situações concretas colocadas sob apreciação. Assim, com base nas regras que regem a boa fé objetiva pode-se verificar se houve conduta lesiva aos interesses dos demais licitantes. O art. 7º da Lei nº 10.520/2002, viabiliza uma análise acurada dos fatos por prescrever sanção ao comportamento inidôneo do licitante:**

*Art. 7º Quem, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato, deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida para o certame, ensejar o retardamento da execução de seu objeto, não mantiver a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato, **comportar-se de modo inidôneo** ou cometer fraude fiscal, ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios e, será descredenciado no Sicafe, ou nos sistemas de cadastramento de fornecedores a que se refere o inciso XIV do art. 4º desta Lei, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais.*

Sendo assente que o valor da receita bruta da empresa exceda ao valor legal para a sua qualificação como microempresa deve esta ser inabilitada em obediência ao princípio da isonomia. **Não podemos olvidar que enquadramento, o reenquadramento e o desenquadramento como microempresa ou empresa de pequeno porte são efetuados com base unicamente em declarações do próprio empresário, perante a Junta Comercial competente.**

Ressaltamos, ainda, decisão do Tribunal de Contas que trata da matéria referente à necessidade de mudança de enquadramento legal da empresa, para esta não se beneficiar de direitos específicos das microempresas e empresas de pequeno porte, vejamos:

**“Participação de empresa, em processo licitatório, como microempresa (ME) ou empresa de pequeno porte (EPP), sem possuir os requisitos legais para tanto, pode ensejar a sua declaração de inidoneidade. Em sede de representação, foi apurada a possível participação indevida de empresa em licitações públicas, na condição de ME ou EPP, sem possuir os requisitos legais necessários para tal caracterização. Em seu voto, com relação à empresa supostamente beneficiada com o enquadramento indevido, o relator ressaltou ter ficado comprovado “que seu faturamento bruto era superior ao limite estabelecido para o enquadramento como pequena empresa, que a empresa não solicitou à época a alteração de sua condição e, por fim, que participou de procedimento licitatório exclusivo para micros e pequenas empresas, vencendo o certame, beneficiando-se de sua própria**

*omissão”. Ao não declarar a mudança de enquadramento legal, a empresa “descumpriu o art. 3º, § 9º, da Lei Complementar nº 123/2006, o art. 11 do Decreto nº 6.204/2007 e o art. 1º da Instrução Normativa do Departamento Nacional de Registro do Comércio nº 103/2007”. Essa omissão possibilitara à empresa “benefícios indevidos específicos de ME ou EPP e a obtenção, na Junta Comercial, da ‘Certidão Simplificada’, documento que viabilizou sua participação em licitações públicas exclusivas para ME ou EPP”. Embora tenha considerado grave a omissão da empresa em informar o seu desenquadramento, o relator, em razão da baixa materialidade dos valores envolvidos nas licitações analisadas, entendeu suficiente a expedição de alerta à aludida empresa no sentido de que “a repetição da infração ensejará a declaração de sua inidoneidade, impossibilitando que contrate com o Poder Público por até 5 anos”, no que foi acompanhado pelo Plenário. Acórdão n.º 2924/2010-Plenário, TC-007.490/2010-0, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, 03.11.2010.”*

A atuação de ofício para diligências comprobatórias e tomadas de decisões é inerente à Administração Pública como parte no processo licitatório. Aplica-se a oficiosidade e a autotutela para a averiguação e conseqüente correção de atos contrários à lei e a moralidade administrativa.

Desta feita, inerente ao poder de polícia do pregoeiro, no caso sob apreciação, se valer de critérios razoáveis de justiça para inabilitar microempresa que não se enquadra a situação substancial exigida em lei, e que, diante desse fato mune-se de falsas prerrogativas e benefícios para vencer o certame.

Levando-se em conta todo o exposto, solicitamos ao Sr. Pregoeiro da SERCOMTEL, **que realize diligências junto à ELÉTRICA LUZ COMERCIAL DE MATERIAIS ELÉTRICOS EIRELI-EPP**, no sentido de que a mesma abra seu Balanço Patrimonial relativo ao ano de 2.020, a fim de que se esclareça os pontos neste recurso apontados, que apresente seus faturamentos realizados no período janeiro a novembro de 2.021 para que se comprove que a mesma aos benefícios exclusivos de Micro e Pequenas empresas, bem como que apresente a composição da formação de preços que ampararam sua proposta,

incluindo a proposta comercial da marca fabricante de luminárias por ela ofertada em sua proposta comercial.

Termos em que,  
Pede deferimento.

Curitiba, 07 de dezembro de 2021.



TFPM COMERCIO DE ARTIGOS DE ILUMINAÇÃO LTDA EPP

Rildo Lima dos Santos

CPF 968.995.819-49

Representante Comercial

