



MPC/DF

Fl. 1

Proc.: 9.442/16

MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
SEGUNDA PROCURADORIA

Parecer n.º: 823/2016-CF.
Processo n.º: 9.442/2016-e.
Jurisdicionada: Companhia Energética de Brasília – CEB.
Assunto: Licitação / Representação.
Ementa: Pregão Eletrônico n.º 001-S00530/2016 – CEB. Contratação de empresa para execução de serviços de manutenção no sistema de iluminação pública do Distrito Federal, com fornecimento de material e mão-de-obra. Representação. Decisão n.º 2.309/2019: conhecimento e diligência. Análise de mérito. Corpo Técnico pela procedência da representação, nulidade da inabilitação e arquivamento. Oitiva do MPC/DF. Parecer convergente com acréscimos.

Cuidam os autos do exame do edital do **Pregão Eletrônico n.º 001-S00530/2016** (peça 2, e-DOC 6B56B805-e), levado a efeito pela Companhia Energética de Brasília – CEB, cujo objeto é a contratação de empresa para a execução de serviços de manutenção no sistema de iluminação pública do Distrito Federal, com fornecimento de material e mão-de-obra.

2. Na fase atual, analisa-se o mérito da representação (peça 23, e-DOC DAEBFC1B-c), **ofertada pela sociedade empresária Lumi Construções e Manutenções Elétricas Ltda. – EPP**, em face de possíveis ilegalidades praticadas pelo Presidente da CEB, Sr. Ario Joaquim da Silva, e do Presidente da Comissão Permanente de Licitação, Sr. Wellerson Luiz Santos, no curso do referido certame, realizado em 07/04/2016.

3. Importa destacar que, em última assentada, o e. Tribunal prolatou a Decisão n.º 2.309/2016 (peça 29, e-DOC A7D7DA99-e), em que, além de conhecer da representação em questão, **deferiu o pedido de cautelar solicitado e assinalou prazo para manifestação dos envolvidos, in verbis:**

O Tribunal, por unanimidade, de acordo com o voto do Relator, decidiu: I – conhecer: a) da Representação apresentada pela empresa LUMI CONSTRUÇÕES e MANUTENÇÕES ELÉTRICAS LTDA. – EPP (e-DOC DAEBFC1B-c), com a ressalva quanto à ausência de procuração dando poderes aos subscritores; b) do Contrato n.º 03/2016-CJU firmado entre a CEB/DF e a empresa URBELUZ ENERGÉTICA S.A.; II – deferir o pedido cautelar inaudita altera para, determinado à CEB/DF que se abstenha de dar início à execução do Contrato n.º 03/2016 - CJU, até ulterior deliberação da Corte; III – conceder o prazo de 10 (dez) dias à CEB para apresentar os esclarecimentos quanto ao teor da Representação supracitada; IV – assinar prazo de 5 (cinco) dias para que os subscritores da Representação junte aos autos procuração hábil que os legitimem a representarem a empresa LUMI CONSTRUÇÕES E



MPC/DF

Fl. 2

Proc.: 9.442/16

MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
SEGUNDA PROCURADORIA

MANUTENÇÕES ELÉTRICAS LTDA. – EPP, sob pena do mérito da peça não ser examinado pelo Tribunal; V – notificar à empresa URBELUZ ENERGÉTICA S.A para, querendo, se manifestar sobre o teor da representação, no prazo de 5 (cinco) dias; VI – autorizar: a) o encaminhamento de cópia do relatório/voto do Relator, respectiva decisão, e da referida Representação à CEB/DF e à URBELUZ ENERGÉTICA S.A; b) a ciência desta decisão à Representante, informando que as futuras tramitações dos autos em exame poderão ser acompanhadas mediante cadastramento no sistema TCDFPush (www.tc.df.gov.br – Espaço do Cidadão – Acompanhamento por e-mail); c) o retorno dos autos à Secretaria de Acompanhamento, para os devidos fins.

4. Em atenção ao item III do referido *Decisum*, a CEB encaminhou a Carta n.º 060/2016-PR (peça 39, e-DOC BCE9E673-c), com o Parecer Técnico n.º 001/2016-CPL em anexo. Ao seu turno, a sociedade empresária **Urbeluz Energética S.A.**, exercendo a possibilidade de manifestação assinalada no item V, ofertou seus argumentos em razão dos fatos noticiados (peça 42, e-DOC 71BF39AF-c).

5. A instrução do Corpo Técnico se deu mediante a **Informação n.º 164/2016 – DIACOMP4** (peça 43, e-DOC BB7A4A56-e). Após considerar cumprida a diligência consignada no item IV da Decisão n.º 2.309/2016 e tempestivas as manifestações tanto da CEB como da Urbeluz Energética S.A., posicionamento com o qual o MPC/DF aquiesce sem delongas, a Unidade Instrutiva assim se pronunciou quanto ao mérito da representação:

Da análise do mérito

12. *Quanto ao conjunto de argumentos apresentados pela empresa representante, de um lado, e pela CEB e empresa contratada, de outro, fazemos as seguintes considerações iniciais.*

13. *Primeiramente é necessário enfrentar o argumento da CEB de que “ao deixar de impugnar o Edital ou qualquer de suas disposições, o direito de fazê-lo está precluso. (...) Destarte, o recurso não pode ser provido, porquanto seu fundamento é a impugnação de parte do item 2 do Edital – ‘Condições Gerais’ – ‘Legislação Aplicável’, feita tardiamente”. É fato que, o recurso foi apresentado após a fase de lances e, conseqüentemente, não caberia mais o questionamento das normas. Entretanto, constatamos que a empresa representante questionou fundamentalmente a interpretação que o pregoeiro dava à norma.*

14. *Não é de todo correto o que foi dito nos parágrafos finais transcritos dos argumentos da CEB, quando ela alega que “o fundamento do recurso apresentado, no entanto, não se dirige a ato do Pregoeiro que tivesse dado interpretação errônea a dispositivo do Edital, ou tivesse julgado documento apresentado pela recorrente. O único fundamento do presente recurso se dirige à legislação de regência do Pregão”. Pelo que vimos, a empresa representante atacou sim a interpretação dada pelo pregoeiro ao art. 24 da Lei 4.611/2011. O próprio argumento da CEB demonstra isso, ao dizer que “a recorrente interpretou de forma equivocada a aplicabilidade da regra concernente às microempresas e empresas de pequeno porte, pois é inequívoco, que a regra é para aplicação às entidades preferenciais referenciadas, sem alusão a qualquer exceção”.*

15. *Ora, se a CEB diz que a empresa recorrente interpretou de forma equivocada a regra e a empresa também considera que o pregoeiro interpretou de forma equivocada*



MPC/DF

Fl. 3

Proc.: 9.442/16

MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
SEGUNDA PROCURADORIA

o art. 24 da Lei 4.611/2011, então existe nesse ponto uma divergência de interpretação da norma. O pregoeiro interpreta que o artigo, mesmo sem citar as “empresas de pequeno porte”, deve ser a elas aplicado porque o termo “microempresa” aparece aí com um sentido que inclui também as “empresas de pequeno porte”. Já a empresa recorrente faz a interpretação literal, de que o termo “microempresa” foi empregado no citado artigo para se referir exclusivamente às microempresas. Esse entendimento está exposto em outro trecho transcrito do argumento da própria CEB, quando ela diz: “a recorrente frisa que a Microempresa, e somente a Microempresa, que em decorrência do valor da licitação a que estiver concorrendo, venha a auferir faturamento que acarrete o seu desenquadramento, não gozará de tratamento diferenciado”.

16. Portanto, a empresa representante apresentou sim uma divergência quanto à interpretação que o pregoeiro deu ao termo “microempresa”, empregado no art. 24 da Lei 4.611/2011. Além disso, considerou que as normas do Distrito Federal (Lei 4.611/2011 e Decreto 35.592/2014) não podem confrontar-se com a lei federal (Lei Complementar 123/2006). Para tratar da divergência mencionada, é necessário ver os dispositivos da LC 123/2006 que definem os conceitos de microempresa e empresa de pequeno porte:

CAPÍTULO II
DA DEFINIÇÃO DE MICROEMPRESA E DE EMPRESA DE
PEQUENO PORTE

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).

17. Como se vê na norma, os conceitos são mutuamente excludentes. Isso significa que a menção a um dos termos não pode ser entendida nessa lei de forma abrangente para incluir o outro. Para fazer menção a todas as categorias de empresas beneficiárias da LC 123/2006, o próprio Decreto 35.592/2014 do Distrito Federal, em seu art. 2º, utiliza o termo “entidades preferenciais”. Então, quando aparece o termo “microempresa” no § 2º desse mesmo art. 2º, a interpretação lógica imediata é de que está se referindo estritamente à microempresa e não a “entidades preferenciais”, como interpretou o pregoeiro. Se esse § 2º estivesse se referindo a todas as “entidades preferenciais”, esse seria o termo usado e não “microempresa”, que, na verdade é apenas um dos tipos de “entidades preferenciais”.

18. Além dessa evidência presente no Decreto 35.592/2014, a lei do Distrito Federal que pretende regulamentar a lei federal não pode modificar a definição de “microempresa” contida na lei federal. Não pode a lei do Distrito Federal adotar conceitos incompatíveis com os adotados na lei federal. Portanto, entendemos que a interpretação extensiva que o pregoeiro deu ao termo “microempresa” no art. 24 da Lei 4.611/2011 deve ser descartada, e a interpretação dada pela empresa representante é a que se revela adequada à definição da LC 123/2006. Assim, entendendo



MPC/DF

Fl. 4

Proc.: 9.442/16

MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
SEGUNDA PROCURADORIA

“microempresa” conforme definido na LC 123/2006, o pregoeiro não poderia afastar o tratamento diferenciado que a lei garante à empresa representante.

19. *É fato que a interpretação rigorosa do termo “microempresa” no art. 24 da lei 4.611/2011 cria outro problema. Observamos que, ao interpretá-lo estritamente como microempresa, conforme definição do art. 3º da LC 123/2006, pode acontecer a seguinte situação: caso ocorra com a microempresa a situação descrita no art. 24 da Lei 4.611/2011 (em decorrência do valor da licitação a que estiver concorrendo, venha a auferir faturamento que acarrete o seu desenquadramento da condição de microempresa), pode ser que ela passe ao enquadramento de “empresas de pequeno porte”. Se isso ocorrer, ela continua com direito ao tratamento favorecido e diferenciado previsto na LC 123/2006. Mas o art. 24 da Lei 4.611/2011 diz que, nesse caso, “o tratamento favorecido e diferenciado de que trata a presente Lei não poderá ser aplicado”. Assim, com a interpretação rigorosa do termo “microempresa”, empregado no art. 24 da Lei 4.611/2011, esse dispositivo torna-se incongruente com a lei federal.*

20. *Assim, vimos que, no art. 24 da Lei 4.611/2011 tanto a interpretação abrangente quanto a rigorosa do termo “microempresa” estão em desacordo com a LC 123/2006. A abrangente porque contraria a definição contida no art. 3º dessa lei federal; e a rigorosa, por estabelecer, no art. 24 da Lei 4.611/2011, a possibilidade de impedir o gozo de direito a uma microempresa que passe à categoria de empresa de pequeno porte.*

21. *Não bastasse o art. 24 de Lei 4.611/2011 estar incompatível com as definições contidas nos incisos art. 3º da LC 123/2006, esse artigo (e também o § 2º do art. 2º do Decreto 35.592/2014, que repete a redação do art. 24) está em desacordo também com outro dispositivo da LC 123/2006. Trata-se do § 4º do art. 3º dessa lei federal, que assim dispõe: “§ 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...” Em seguida, esse § 4º enumera onze incisos que definem os casos em que há perda dos benefícios da lei. Se o legislador pretendesse que a perda do direito ocorresse nos casos em que se deduz que haverá “desenquadramento da condição de beneficiário em decorrência do valor da licitação a que estiver concorrendo”, isso seria incluído na LC 123/2006. Mas, além de não incluir nesses termos, a lei tratou especificamente do caso de desenquadramento no § 9º do art. 3º da seguinte forma:*

§ 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...

22. *Como se vê, a LC 123/2006 menciona como e quando a receita bruta das empresas dão motivo ao desenquadramento e, consequentemente, à perda dos benefícios do regime diferenciado e favorecido. Então, não pode a legislação do Distrito Federal criar outros critérios e formas para desenquadramento em afronta ao que foi disposto na lei federal.*

23. *Considerando o que diz a Constituição Federal, sobre a competência da União, dos Estados e do Distrito Federal para legislar concorrentemente, temos, no § 2º do art. 24 da Constituição, que “a competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos estados”. Tomando esse dispositivo como parâmetro, devemos entender que aquilo que foi tratado na lei pela União é*



MPC/DF

Fl. 5

Proc.: 9.442/16

MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
SEGUNDA PROCURADORIA

porque o legislador entendeu que são “normas gerais”; o que não foi nela tratado, é que constitui a “competência suplementar dos estados”. Então a “competência suplementar” do Distrito Federal não pode definir de modo diferente o momento e a forma que as empresas perdem os benefícios da LC 123/2006.

24. *No caso do art. 24 da Lei 4.611/2011, vimos que a matéria tratada é justamente o momento do desenquadramento do regime de tratamento favorecido e diferenciado por razão de exceder o limite de receita bruta anual. Esse momento está definido de modo diferente no § 9º do art. 3º da LC 123/2006. E, para os casos em que há incongruência entre a lei do Distrito Federal e a lei estabelecida pela União, a CF, no § 4º do art. 24, assim dispõe: “§ 4º A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.”*

25. *Considerando a superveniência de lei federal sobre o art. 24 da Lei 4.611/2011, conforme exposto acima, esse dispositivo deve ter a eficácia suspensa. Mas, considerando que as Cortes de Contas não declaram a inconstitucionalidade de leis em abstrato, transcrevemos trecho do Voto-Vista da Conselheira Anilceia Machado (Processo nº 27177/12, fls. 135/137), que acompanhou o entendimento do Relator no Voto condutor da Decisão nº decisão nº 5768/2014.*

A questão é: se no exame de legalidade feito pelo Tribunal ele verificar que o mesmo ato é regido por normas que conflitam entre si, o que ele deve fazer? A meu ver, se o julgador não pode se eximir de examinar o caso concreto, então ele deverá necessariamente resolver o conflito de leis, o que não é outra coisa senão exercer um juízo de constitucionalidade.

Assim, v.g., se uma lei distrital “A” permite certo tipo de aposentadoria e a constituição ou a lei orgânica do DF proíbe essa mesma concessão, o exame do TCDF não pode permanecer estático, à mercê de uma alegada barreira de competência. Se, no caso, decidir que prevalece a lei orgânica, então, por via reflexa, estará afirmando que a lei “A” é inconstitucional.

Mas é preciso garantir, como afirma a unidade técnica, que o exame da constitucionalidade da lei não se faça em sentido geral, erga omnes, mas apenas em cada caso submetido à sua apreciação.

26. *Em consonância com esse entendimento, iremos sugerir que esta Corte, com base nos §§ 2º e 4º do art. 24 da Constituição Federal, no caso concreto, afaste a eficácia do disposto no art. 24 da Lei 4.611/2011 do Distrito Federal e também do § 2º do art. 2º do Decreto 35.992/2014, por estarem ambos incompatíveis com os §§ 4º e 9º do art. 3º da LC 123/2006.*

27. *Concluimos que a Lei 4.611/2011 não pode incluir novas causas de perda do direito aos benefícios da LC 123/2006, além daquelas já expostas no § 4º do art. 3º da LC 123/2006. Tampouco pode alterar o momento de perda de direito ao regime de tratamento favorecido e diferenciado da LC 123/2006, porque afrontaria o § 9º do art. 3º dessa mesma LC. Assim, entendemos que a restrição, criada no art. 24 da Lei 4.611/2011 (e no § 2º do art. 2º do Decreto 35.592/2014) extrapolou a competência distrital para suplementar a lei federal.*

28. *Em função do exposto acima, no caso concreto aqui analisado, consideramos procedentes os argumentos da empresa representante para solicitar a nulidade do ato administrativo que declarou sua inabilitação e, consequentemente, entendemos que esta Corte deve considerar nulo o ato do pregoeiro praticado com base no art. 24 da Lei*



MPC/DF

Fl. 6

Proc.: 9.442/16

MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL SEGUNDA PROCURADORIA

4.611/2011 e no § 2º do art. 2º do Decreto 35.592/2014.

29. O entendimento acima exposto está coerente com decisões já tomadas nesta Corte em tratamento de outros casos em que foi questionado o direito ao benefício da LC 123/2006 à empresa que, ao ganhar o certame e executar o contrato, poderia desenquadrar-se da condição de empresa de pequeno porte. Esse foi o caso da Decisão Liminar nº 044/2011 – P/AT, do Conselheiro Manoel de Andrade, e da Decisão nº 4835/2013, conduzida pelo Relatório/Voto da Conselheira Anilcéia Machado. Dessa última decisão, destacamos trechos apresentados pela própria CEB, conforme consta na informação 211/2013 (e-DOC 6438D4A6):

Preliminarmente, frisamos que o que faz a licitante ter direito ao tratamento diferenciado previsto na Lei Complementar nº 123/2006 é seu enquadramento como microempresa ou empresa de pequeno porte. Este enquadramento é declarado pela licitante, no momento do cadastro de sua proposta, sob sua inteira responsabilidade.

(...)

Por sua vez, o citado diploma legal estabelece que a classificação/enquadramento dá-se pelo critério de valor máximo que se pode auferir, em cada ano-calendário, em receita bruta, o que corresponde a faturamento.

Por essa razão, a participação em certame licitatório, ou mesmo a contratação, com a Administração Pública, por parte de uma Micro-Empresa – ME ou Empresa de Pequeno Porte – EPP, de objetos com valores vultosos, por si só, não implica a perda de classificação/enquadramento de suas naturezas de ME ou EPP.

Após o recebimento de valores – entenda-se faturamento – que implique na extrapolação dos valores estabelecidos como receita bruta anual máxima, nasce a obrigação da empresa de se desenquadrar da condição de ME ou EPP. (fl. 77 do Processo 14487/2013)

Enquanto estiver a empresa classificada como ME ou EPP, portanto, fará jus aos benefícios previstos na LC nº 123/2006. Restringir-lhes os benefícios unicamente por participar de certame cuja adjudicação a seu favor implicará, no futuro, sua perda de condição de ME ou EPP seria inovar na legislação.

Afinal, não foi a intenção do legislador cercear a participação de microempresa ou da empresa de pequeno porte em certames que lhe permitissem expectativa de faturamento que a tornasse grande empresa. O objetivo das cláusulas protecionistas é fomentar o crescimento dessas empresas e não de perpetuá-las na condição de ME ou EPP.

(...)

Verifica-se, pois, que inexistiu qualquer elemento concreto apresentado na fase recursal que pudesse ser trazido à cognição do julgador, de que a empresa LUZ URBANA ENGENHARIA LTDA – EPP não fizesse mais jus ao enquadramento como Empresa de Pequeno Porte. (fl. 78 - Proc. 14487/13)

30. Portanto, a própria CEB, no Processo 14487/2013, argumentava que, “Enquanto estiver a empresa classificada como ME ou EPP, portanto, fará jus aos benefícios previstos na LC nº 123/2006. Restringir-lhes os benefícios unicamente por participar de certame cuja adjudicação a seu favor implicará, no futuro, sua perda de condição de ME ou EPP seria inovar na legislação”. A mudança de entendimento da empresa nestes autos foi fundamentada no art. 24 da Lei 4.611/2011. Mas essa lei já existia em 2013 e não foi utilizada na fundamentação da empresa à época. Além disso, como vimos, o citado art. 24, deve ter sua eficácia suspensa, com base nos §§ 2º e 4º do



MPC/DF

Fl. 7

Proc.: 9.442/16

MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
SEGUNDA PROCURADORIA

art. 24 da Constituição Federal.

31. Por fim, citamos trecho de parecer do Ministério Público junto ao TCU, transcrito da Instrução nº 211/2013 (Processo 14487/2013 e-DOC 6438D4A6). Os argumentos desse parecer foi foram acolhidos pelo relator e incorporados ao voto condutor do Acórdão nº 1231/2008. Destacamos apenas o parágrafo que melhor se adequa ao caso aqui analisado.

Tem-se, portanto, que a lei já prevê as consequências para o caso de desenquadramento, após a assinatura do contrato, não cabendo à Administração fazer restrições sem amparo legal. Sendo assim, em consonância com a lei, durante o processo licitatório, deverá ser considerada a situação da empresa naquele período, e não a que possa vir a ter, na hipótese de sagrar-se vencedora do certame, o que seria um contrassenso em relação ao que foi explanado neste parecer.

6. Finalizada a instrução pelo Corpo Técnico, com a qual aquiesceram, sem reparos, os titulares da Quarta Divisão de Acompanhamento e da Secretaria de Acompanhamento, os autos foram encaminhados para manifestação deste MPC/DF por meio do Despacho Singular n.º 243/2016 – GCMA (peça 46, e-DOC 59D4FEA2-e).

7. De início, observa-se que a Lumi Construções e Manutenções Elétricas Ltda. – EPP **se insurgiu contra a sua inabilitação durante a sessão de julgamento dos documentos de habilitação** do Pregão Eletrônico nº 001-S00530/2016. Convém salientar que, apesar de a Urbeluz Energética S.A. ter apresentado a melhor proposta na fase de lances, no montante de R\$ 11.258.765,24, **a Lumi foi convocada para exercer seu direito de preferência.**

8. Cumpre destacar que a **Lei Complementar n.º 123/2006**, que instituiu o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, em atendimento ao disposto nos arts. 170, inc. IX, e 179 da Constituição da República de 1988, estabeleceu normas gerais relativas ao tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado a microempresas e empresas de pequeno porte nas licitações públicas. No âmbito do Distrito Federal, o tema é regulamentado pela **Lei n.º 4.611/2011** e pelo **Decreto n.º 35.592/2014**.

9. Na Lei Complementar n.º 123/2006, esse tratamento jurídico diferenciado está disciplinado nos **arts. 44 e 45, inc. I, in verbis:**

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.



MPC/DF

Fl. 8

Proc.: 9.442/16

MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
SEGUNDA PROCURADORIA

Art. 45. Para efeito do disposto no art. 44 desta Lei Complementar, ocorrendo o empate, proceder-se-á da seguinte forma:

I - a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada poderá apresentar proposta de preço inferior àquela considerada vencedora do certame, situação em que será adjudicado em seu favor o objeto licitado; [...]

10. Vê-se que a Lumi, exercendo seu direito de preferência, apresentou novo lance, no valor de R\$ 11.257.321,81, inferior, portanto, ao melhor preço ofertado anteriormente. Nada obstante, após a aceitação da proposta, **o pregoeiro inabilitou a empresa por suposto descumprimento ao art. 24 da Lei n.º 4.611/2011**. Irresignada, a entidade apresentou sua intenção de recorrer, a qual foi rejeitada em razão da preclusão da matéria.

11. Contudo, uma vez que a citada empresa protocolou sua peça recursal em tempo hábil, a autoridade do certame terminou por analisar o mérito das razões expostas pela licitante. Em que pese tenha havido exame administrativo do recurso, **os argumentos da recorrente foram julgados improcedentes**, mantendo-se, assim, a decisão pela sua inabilitação.

12. Como já assinalou o Corpo Técnico em sua instrução, **a questão central em análise diz respeito à interpretação que foi dada a uma norma editalícia**, qual seja aquela consignada no art. 24 da Lei n.º 4.611/2011, *in verbis*:

Art. 24. O tratamento favorecido e diferenciado de que trata a presente Lei não poderá ser aplicado em favor de entidade que, em decorrência do valor da licitação a que estiver concorrendo, venha a auferir faturamento que acarrete o seu desenquadramento da condição de microempresa. (Destacou-se)

13. De um lado, o pregoeiro condutor do certame invocou **interpretação extensiva** do termo “microempresa”, de modo a albergar, também, as empresas de pequeno porte. De outro, tem-se a posição da empresa representante, que, a partir de uma **interpretação literal** do dispositivo transcrito, assevera que a norma deveria incidir apenas em relação às microempresas.

14. Apesar dessa divergência interpretativa, o MPC/DF, **em convergência com o entendimento exarado pela instrução**, defende a tese de que, mesmo que o dispositivo da legislação distrital fizesse referência expressa a ambos os tipos de entidades favorecidas, ou seja, microempresa e empresa de pequeno porte, **a aplicação do tratamento favorecido e diferenciado não poderia ser afastada em razão do valor licitado**. Vejamos o porquê.

15. Apesar de entendermos o objetivo do legislador de se antecipar a uma situação de vidoiro desenquadramento da licitante como entidade preferencial, ou seja, com tratamento legalmente favorecido e diferenciado, não pactuamos com a lógica do dispositivo de utilizar como critério algo que ainda sequer aconteceu juridicamente.



MPC/DF

Fl. 9

Proc.: 9.442/16

MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
SEGUNDA PROCURADORIA

Dito de outro modo, **a mera perspectiva de faturamento futuro não pode resultar no desenquadramento da entidade como microempresa ou empresa de pequeno porte.**

16. Isso se deve pelo critério anual, **com base no ano-calendário**, para a classificação das empresas como microempresa ou empresa de pequeno porte, o qual é estabelecido no **art. 3º, § 9º e § 9º-A**, da Lei Complementar n.º 123/2006, *in verbis*:

§ 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.

§ 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.

17. Assim, à luz da orientação legal, o correto é **considerar os efeitos da receita auferida apenas no exercício financeiro subsequente**. A exceção se dá, tão somente, quando o excesso for superior a 20% do limite previsto no inc. II do art. 3º, atualmente em R\$ 3.600.00,00, ou seja, quando ultrapassar R\$ 4.320.000,00 de receita bruta no mesmo ano-calendário. Nesse caso excepcional, a exclusão, bem como os efeitos daí decorrentes, ocorrerão no mês subsequente ao excesso.

18. Logo, não poderia a Lei n.º 4.611/2011, muito menos o Decreto n.º 35.592/2014, ambas legislações de procedência distrital, **alterar o critério de desenquadramento consignado na Lei Complementar n.º 123/2006**, inovando no momento de exclusão das microempresas e empresas de pequeno porte do regime diferenciado e preferencial de participação em licitações públicas.

19. Cumpre asseverar que a Lei Complementar n.º 123/2006, ao estabelecer o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, abordou temas em que **compete à União estabelecer normas gerais, tais como o Direito Tributário e as Licitações e Contratações Públicas**. Vejamos de que forma se define a própria legislação em seu art. 1º:

*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: [...] (Destacou-se)*

20. Nesse sentido, do mesmo modo que um ente político subnacional não pode criar uma nova hipótese de licitação dispensável, também não lhe é autorizado inovar num critério de desenquadramento como microempresa e empresa de pequeno porte. **Se assim fosse possível, cada unidade federativa possuiria seu próprio conjunto de critérios para desenquadramento**, diversos entre si, o que fatalmente sepultaria a unidade desejada e necessária para o sucesso de uma política pública de caráter nacional.



MPC/DF

Fl. 10

Proc.: 9.442/16

MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
SEGUNDA PROCURADORIA

21. Noutro giro, porém não menos importante, cabe perquirir se a intenção do legislador ordinário federal, ao estabelecer um tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e às empresas de pequeno, **foi de criar uma regra de barreira que impedisse que tais empresas participassem de licitações públicas** em que o objeto licitado possuísse valor global superior ao limite anual de receita bruta para o seu enquadramento.

22. Ora, no sentir deste *Parquet* especializado que atua junto ao e. TCDF, essa não parece ser a vontade política que deu fruto ao Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte. Isso resultaria em, inexoravelmente, **vedar que tais entidades busquem o seu crescimento orgânico por meio do fornecimento de materiais e de serviços a entidades do Setor Público.**

23. Caso uma entidade contemplada pelo regime preferencial de aquisições públicas transponha o limite de receita para a manutenção do seu enquadramento, haverá, ao menos, três consequências lógicas: **1)** será excluída do tratamento jurídico diferenciado no ano-calendário subsequente ou, caso supere em mais de 20% o limite, no mês subsequente; **2)** a partir da exclusão, deverá recolher os tributos incidentes sobre sua atividade econômica não mais pelo Simples Nacional; e **3)** não poderá ser novamente beneficiada pela preferência em futuras aquisições públicas, ao não ser que seja readmitida no regime.

24. Esta Procuradoria, longe de ser indiferente à questão, compreende ser objeto de saudável discussão o questionamento acerca de uma microempresa ou empresa de pequeno porte ser capaz, econômica e financeiramente, de executar um objeto cujo valor global foi estimado em R\$ 15.820.008,60. **Tal análise mostra-se razoável, pois se fundamenta em exame sobre o risco de gestão que deve perpassar qualquer aquisição de grande vulto na Administração Pública.**

25. Entretanto, ainda assim, **o fato de tais empresas serem pequenas não pode ser fator tendente a excluí-las da disputa licitatória.** Caso o contratante, analisando as condições e as complexidades do objeto, entenda que são necessárias medidas adicionais para garantir a execução da avença, cabe-lhe consignar em edital exigências habilitatórias visando aferir se a pessoa da licitante possui capacidade de adimplir aos comandos licitatórios.

26. Tais requisitos podem ser de cunho técnico ou financeiro. No âmbito da aferição técnica, intenta-se averiguar a expertise da empresa, em termos de "saber fazer" o que se pede. Tal comprovação se faz mediante atestados técnicos demonstrativos de experiência anterior bem-sucedida. Quanto aos requisitos financeiros, busca-se verificar, previamente, se a empresa possui envergadura econômica para assegurar o cumprimento de suas obrigações. **Tal constatação se faz por meio da documentação de qualificação econômico-financeira consignada no art. 31 da Lei 8.666/1993.** Vejamos o que apregoa o dispositivo:

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



MPC/DF

Fl. 11

Proc.: 9.442/16

MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
SEGUNDA PROCURADORIA

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) (Destacou-se)*

§ 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.

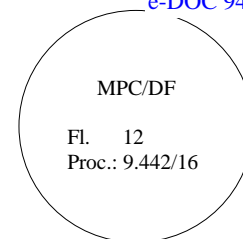
§ 5º A comprovação de boa situação financeira da empresa será feita de forma objetiva, através do cálculo de índices contábeis previstos no edital e devidamente justificados no processo administrativo da licitação que tenha dado início ao certame licitatório, vedada a exigência de índices e valores não 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)

27. Desse modo, entendemos que a Administração licitante, *in casu*, a CEB, possuía meios adequados de, justificadamente, em razão da magnitude do objeto, imputar em edital requisitos de habilitação econômico-financeira proporcionais às responsabilidades a serem assumidas. Todavia, **não lhe é autorizado utilizar o conceito de microempresa e empresa de pequeno porte para auscultar tal capacidade**. Tal ação, inclusive, vai de encontro à vedação de exigência de valores mínimos de faturamento, nos termos do art. 31, § 1º, em destaque.

28. Nesse sentido, por tudo quanto foi exposto, este *Parquet* especializado **aquiesce com a avaliação do corpo técnico** de que é irregular, à vista do sistema



**MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
SEGUNDA PROCURADORIA**



jurídico pátrio, a inabilitação de empresa, classificada como microempresa ou empresa de pequeno porte, **apenas pelo fato de sua potencial contratação gerar, no futuro, seu desenquadramento como entidade preferencial.**

29. Diante disso, o MPC/DF **adota como proposta de encaminhamento as sugestões alvitadas pela instrução, com o acréscimo de que seja determinado à CEB que:** 1) abstenha-se de proibir, em suas licitações, que microempresas e empresas de pequeno porte exerçam seu direito de preferência estabelecido na Lei Complementar n.º 123/2006, independentemente do valor do objeto licitado; 2) adote adequados requisitos de habilitação econômico-financeira, devidamente justificados e motivados na fase interna da licitação, para garantir a eficácia da contratação e dirimir eventuais riscos por inadimplemento.

É o parecer.

Brasília, 27 de setembro de 2016.

CLÁUDIA FERNANDA DE OLIVEIRA PEREIRA
Procuradora