



Tomada de Preços n°: 009/2021

Processo Administrativo n°: 2005002/2021

Objeto: Contratação de empresa especializada para execução dos serviços de implantação e recuperação de sarjetas e meios-fios, no município de Bom Lugar – MA.

PARECER n °: 1307002/2021

RECURSO ADMINISTRATIVO. TOMADA DE PREÇOS N° 009/2021. CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA PARA EXECUÇÃO DOS SERVIÇOS DE IMPLANTAÇÃO E RECUPERAÇÃO DE SARJETAS E MEIOS-FIOS, NO MUNICÍPIO DE BOM LUGAR – MA. RECURSO EM FACE DE DECISÃO QUE INABILITOU A LICITANTE. RECURSO DESPROVIDO.

Trata-se, em síntese, de recurso administrativo interposto pela empresa **ARNO ENGENHARIA E CONSTRUÇÃO LTDA**, inscrita no CNPJ n° 23.533.344/0001-61, no âmbito do procedimento licitatório, realizado na modalidade Tomada de Preços n° 009/2021 contra a decisão da Comissão Permanente de Licitação que inabilitou a Recorrente.

Para tanto, alegou a Recorrente que a mesma foi inabilitada por ter apresentado Declaração de Enquadramento como Empresa de Pequeno Porte – EPP, mesmo apresentando balanço em que estaria demonstrado faturamento que lhe enquadraria como de Grande Porte, ocorrendo que sua inabilitação seria irregular pois a mesma não teria obtido nenhuma vantagem com a falsa declaração de enquadramento, e sua inabilitação só poderia ocorrer na hipótese de a licitação ser destinada exclusivamente à participação de Microempresa e Empresa de Pequeno Porte, de modo que sua inabilitação configuraria excesso de formalismo.



Após a interposição do referido recurso, vieram os autos com vista a esta Unidade de Assessoria Jurídica para análise e parecer.

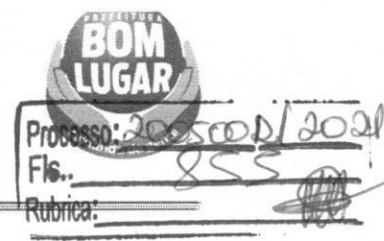
É o relatório.

Do Mérito

As microempresas (ME) e as empresas de pequeno porte (EPP) tem desempenhado um importante papel no cenário econômico brasileiro nos últimos anos. Desde o fim da década de 70 o país passou por um processo de desburocratização, visando a regularização das empresas que possuíam um faturamento anual reduzido, posto que estas têm sido grandes geradoras de emprego, e representam uma considerável parcela do Produto Interno Bruto - PIB do Brasil. Para tanto foi criado o Estatuto Nacional da ME e da EPP, que hoje se manifesta através da Lei Complementar (LC) nº 123/2006. Tal disciplina legal apresenta os requisitos de enquadramento, bem como os benefícios a elas destinados, trazendo, inclusive, os seus respectivos conceitos.

Nesse sentido destaca-se o tratamento diferenciado concedido à estas no âmbito do procedimento licitatório. Entende-se que a licitação é o meio pelo qual a Administração Pública irá firmar contrato com os particulares. Através dela será obtida a proposta mais vantajosa, atendendo ao melhor interesse da coletividade mediante a correta aplicação dos recursos públicos. Além do mais, o julgamento das ofertas dadas pelos licitantes será objetivo e pautado no princípio da igualdade, para que ninguém venha a ser prejudicado ou beneficiado em detrimento de seu(s) concorrente(s).

É importante destacar que as prerrogativas concedidas às micro e pequenas empresas estão em consonância com tal princípio, visto que o ordenamento jurídico pátrio adota o chamado princípio da igualdade material ou discriminação positiva. Sob a ótica deste, é possível que se conceda um tratamento diferenciado a alguém desde que se tenha fundamento para tanto. No caso das ME e EPP a justificativa se encontra na hipossuficiência destas em face das empresas de médio e grande porte, uma vez que elas não possuem os recursos necessários para competir em igualdade de condições com as demais. Para além das finalidades dos aludidos benefícios tem-se



também, portanto, o objetivo de evitar o monopólio comercial das médias e, principalmente, das grandes empresas em alguns seguimentos.

Nesse diapasão, vejamos que o Edital da Tomada de Preços nº 009/2021 facultou às ME e EPP que desejassem usufruir do tratamento diferenciado no bojo do referido processo de contratação, a apresentação da Declaração de Enquadramento, de modo que de fato não se faria obrigatória a apresentação de tal declaração, entretanto, caso a mesma fosse apresentada, que representasse informação verdadeira, condizente com o enquadramento real da licitante, é o que se depreende da leitura dos itens 7.4 e 7.8 do edital, vejamos:

7.4. Declaração de Enquadramento para ME e EPP assinada pelo representante legal da empresa licitante (Modelo no anexo VII, deste edital) **se for o caso**. [...]

7.8. Todas as Declarações dos itens 7.2 o item 7.7. devem estar dentro do envelope de Habilitação conforme modelo em anexo, a não apresentação de qualquer Declaração por parte da licitante a mesma será considerada inabilitada para o certame.

Resta muito evidente, da interpretação das exigências acima colacionadas, que a Declaração de Enquadramento para ME e EPP faz parte da documentação de habilitação, entretanto a mesma só deveria se apresentada no caso de empresas que estivessem enquadradas como tal. Uma vez que a Recorrente, mesmo possuindo Receita Bruta Anual no importe de R\$ 8.329.129,39 (oito milhões, trezentos e vinte e nove mil, cento e vinte e nove reais e trinta e nove centavos), que claramente ultrapassa o limite de enquadramento estabelecido no art. 3º da Lei Complementar nº 123/2006, apresenta declaração de enquadramento falsa, a mesma está incorrendo em ato fraudulento.

Deve-se observar que caso no transcurso do certame não viesse a ocorrer qualquer ato que ensejasse na concessão dos benefícios dispostos no art. 42 e seguintes da Lei Complementar nº 123/2006, ainda sim a Recorrente estaria incorrendo em ilegalidade, posto que desde do início esteve sujeita a privilégios e benefícios que são



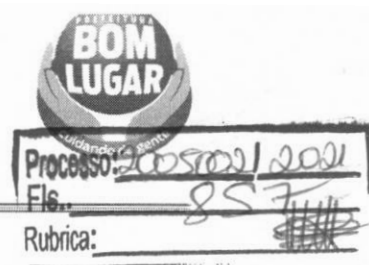
direcionados às pequenas empresas em razão de sua hipossuficiência jurídica, havendo uma violação ao princípio da isonomia, que é a base da licitação, posto que as empresas licitantes devem concorrer em igualdade de condições conforme já explicitado anteriormente, comprometendo assim todo o certame licitatório.

Logo, a alegação de que a Recorrente não usufruiu de qualquer vantagem e por essa razão deveria ser habilitada de forma alguma procede, pois ao efetuar **declaração falsa** sobre o atendimento às condições para usufruir dos benefícios previstos na Lei Complementar 123 /2006, a Recorrente passou a usufruir de uma posição jurídica mais vantajosa em relação aos demais licitantes, o que fere o princípio constitucional da isonomia e o bem jurídico protegido pelos arts. 170, IX, e 179 da Constituição e pela Lei Complementar 123 /2006.

Importante ressaltar ainda que a própria recorrente declarou o enquadramento SOB AS PENAS DA LEI, ou seja, a mesma já demonstrava ciência em sua declaração de que estaria sujeita às penalidades legais em virtude de apresentação de declaração falsa no âmbito de procedimento licitatório. Dessa forma, caso a irregularidade perpetrada pela Recorrente não foi devidamente reprimida, abriria ensejo para que a mesma continuasse participando de certames promovidos por esta Municipalidade, valendo-se de declaração de enquadramento falsa, usufruindo de benefícios que não lhes compete, violando princípios e dispositivos legais aos quais a Administração Pública está sujeita.

Trazemos à baila o posicionamento do Tribunal de Contas da União nesse sentido:

[...] 18. Com relação à afirmação de que a alegada falsificação do documento não teve qualquer influência no processo licitatório, na medida em que não favoreceu qualquer licitante, muito menos a recorrente, registro que a configuração da fraude à licitação não está associada ao seu resultado, ou seja, ao sucesso da empreitada. Fazendo analogia ao Direito Penal, trata-se de ilícito de mera conduta, sendo suficiente a demonstração da combinação entre as



partes, visando simular uma licitação perfeitamente lícita para, assim, conferir vantagem para si ou outrem. (Acórdão 48/2014 – Plenário)

.....

[...] a simples participação de licitantes não enquadrados como microempresas e empresas de pequeno porte, por meio de declarações falsas, constitui fato típico previsto no art. 90 da Lei 8.666/1993.

Nesse caso, não se exige que o autor obtenha a vantagem esperada para que o ilícito seja consumado, isso seria mero exaurimento. Importa lembrar que *“diz-se o crime consumado quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal (art. 14, I). É também chamado crime perfeito”* enquanto *“crime exaurido é aquele que depois de consumado atinge suas últimas consequências. Estas podem constituir um indiferente penal (ex.: o inocente é condenado em face do falso testemunho) ou condição de maior punibilidade (ex.: art. 333, parágrafo único)”*.

“Crime consumado é aquele em que foram realizados todos os elementos constantes de sua definição legal.

[...]

Crime exaurido é aquele no qual o agente, após atingir o resultado consumativo, continua a agredir o bem jurídico procura dar-lhe uma nova destinação ou tenta tirar novo proveito, fazendo com que sua conduta continue a produzir efeitos no mundo concreto, mesmo após a realização integral do tipo. [...] Quando não prevista como causa específica de aumento, o exaurimento funcionará como circunstância judicial na primeira fase da aplicação da pena”.

Segundo Mirabete, *“diz-se crime exaurido quando, após a consumação, que ocorre quando estiverem preenchidos no fato concreto o tipo objetivo, o agente o leva a consequências mais lesivas. [...] O crime é o mesmo, embora as consequências dele*



Processo: 2005002/2021
Fls. 858
Rubrica: [assinatura]

sejam mais graves e o juiz deva levar essa circunstância em conta na aplicação da pena". [...] O fato de a empresa não ter vencido o certame questionado não é fundamento para o afastamento da pena, pois, em diversas assentadas esta Corte de Contas defendeu que a simples participação em certames exclusivos ou com benefícios para ME/EPP de empresa, por meio de declarações falsas, enseja apenação, pois configura fraude à licitação.

12. Como afirma o MP/TCU em seu parecer, a simples participação de licitantes não enquadrados como microempresas e empresas de pequeno porte, por meio de declarações falsas, constitui fato típico previsto no art. 90 da Lei 8.666/1993. Nesse caso, não se exige que o autor obtenha a vantagem esperada para que o ilícito seja consumado, isso seria mero exaurimento.

13. Da mesma forma, não há qualquer impedimento de aplicação de sanção à ré primária que sequer venceu a disputa. Esta questão pode até ser considerada como atenuante no juízo a ser formulado pelo relator e pelo colegiado na dosimetria da pena a ser aplicada, quando, aí sim, a proporcionalidade da sanção será determinada em função da culpabilidade da conduta, dos antecedentes da responsável, das circunstâncias e das consequências do delito. (Acórdão 1797/2014-Plenário).

.....

A prestação de declaração falsa para usufruto indevido do tratamento diferenciado estabelecido pela Lei Complementar 123/2006 caracteriza fraude à licitação e burla ao princípio constitucional da isonomia e à finalidade pública almejada pela lei e pela Constituição (fomento ao desenvolvimento econômico das micro e pequenas empresas) (Acórdão 2858/2013-TCU-Plenário).

.....

[assinatura]



Processo: 20011/2021
Fls.: 859
Rubrica: [assinatura]

A participação de empresa em licitação na condição de microempresa ou empresa de pequeno porte sem preencher os requisitos necessários para tal, em razão de faturamento superior ao limite legal estabelecido, caracteriza fraude ao certame” (Acórdão 107/2012-TCU-Plenário) .

.....

A mera participação de licitante como microempresa ou empresa de pequeno porte, amparada por declaração com conteúdo falso, configura fraude à licitação, tipificada no art. 90 da Lei 8.666/1993, ensejando, por consequência, aplicação da penalidade do art. 46 da Lei 8.443/1992. A ausência de obtenção de vantagem pela empresa, no entanto, pode ser considerada como atenuante no juízo da dosimetria da pena a ser aplicada, em função das circunstâncias do caso concreto (Acórdão 1677/2018-TCU-Plenário) .

.....

A apresentação de atestado com conteúdo falso configura, por si só, a prática de fraude à licitação e enseja a declaração de inidoneidade da empresa fraudadora para participar de licitação na Administração Pública Federal (Acórdão 1106/2017-TCU-Plenário) .

.....

A mera participação de licitante como microempresa ou empresa de pequeno porte, amparada por declaração com conteúdo falso, configura fraude à licitação e enseja a aplicação das penalidades da lei, não sendo necessário, para a configuração do ilícito, que a autora da fraude obtenha a vantagem esperada (Acórdão 1702/2017-TCU-Plenário)

.....

[assinatura]



Processo: 02/2021
Fls.: 860
Rubrica:

A participação em fraude, independentemente do recebimento de qualquer benefício pela empresa, constitui fundamento para a declaração de sua inidoneidade (art. 46 da Lei 8.443/1992) ” (Acórdão 2374/2015-TCU-Plenário)

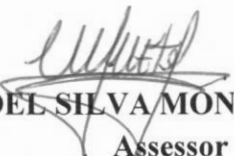
Portanto, ainda que a Recorrente não tenha utilizado das prerrogativas concedidas às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, a mera habilitação usufruindo dessa condição, por meio de prestação de declaração falsa, configura fraude, motivo pelo opino pela manutenção da sua inabilitação.

Da Decisão

Face ao exposto, entende-se, com base no exposto alhures, (i) pelo conhecimento e desprovemento do recurso formulado pela licitante **ARNO ENGENHARIA E CONSTRUÇÃO LTDA**; (ii) e, conseqüentemente, pela manutenção da decisão exarada no âmbito da Tomada de Preços nº 009/2021, com a inabilitação da referida empresa.

É O PARECER

Bom Lugar/MA, em 13 de julho de 2021.


MANOEL SILVA MONTEIRO NETO
Assessor
OBA/MA nº 17.700
PORTARIA Nº 010/2021/GABINETE