



**Ao(A) Senhor(a) Pregoeiro(a) do Município de São Mateus**

**Ref.: Pregão nº 25/2024**

**PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 014.926/2024**

A empresa CDS COMERCIAL ALIMENTICIOS LTDA, ora Recorrente, estabelecida a Av. MARIO GURGEL, Nº 5468, PAVMTOPP1 LOJA 02, VILA CAPIXABA - Cariacica/ES CEP 29148-022, devidamente inscrita no CNPJ sob o nº 18.259.019/0001-12, neste ato representada por seu sócio, CAYO SIQUEIRA SECCHIN, Carteira de Identidade nº. 3.715.379 SSP/ES, CPF Nº 175.386.597-22, vem, respeitosamente, apresentar

# RECURSO

# ADMINISTRATIVO

em face do ato que julgou habilitada a empresa NORTE COMERCIAL LTDA, ora Recorrida, por descumprimento a sua condição de enquadramento de microempresa/empresa de pequeno porte, em atendimento ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

**Av. MARIO GURGEL, Nº 5468, PAVMTOPP1 LOJA 02, VILA CAPIXABA - Cariacica/ES CEP 29148-022**

**E-mail: [licitacoes@oreidasverduras.com.br](mailto:licitacoes@oreidasverduras.com.br)**

**Telefones: (27) 995096498 (comercial)**



## I.DOS FATOS

1. O edital de pregão eletrônico nº 36/2024 tem por objeto o **REGISTRO DE PREÇOS PARA EVENTUAL AQUISIÇÃO DE GÊNEROS ALIMENTÍCIOS NO PREPARO DA ALIMENTAÇÃO ESCOLAR**, cuja data de abertura fora em 09/09/2024, às 08h31.

2. A presente fase recursal ocorre através de um segundo momento de interposição de Recursos, visto que as razões recursais apresentadas por esta Recorrente, quando do momento da primeira sessão existente, que havia habilitado indevidamente a empresa DU PORTO ATACADISTA, foi julgada parcialmente procedente, especialmente pelo pedido de desistência ofertado pela própria empresa em questão, ao perceber junto a sua Contabilidade, que havia ultrapassado o limite de contratos em 2024 permitido pela Lei nº 14.133/2021 para se enquadrar como ME/EPP. Este era o ranking da sessão pública após o término da fase de lances, ocorrida em 09/09/2024:

**0002 - LOTE II | Valor de Referência: 3.967.335,6690**

Fornecedor	CNPJ/CPF	Valor Unitario	Tipo	LC 123/2006
DU PORTO ATACADISTA E DISTRIBUIDOR LTDA	41.841.555/0001-43	R\$ 3.955.347,0000	EPP/SS	Sim
NORTE COMERCIAL LTDA	42.177.391/0001-64	R\$ 3.961.000,0000	EPP/SS	Sim
BRASEIRO ATACADISTA COMERCIO SERVICOS IMPORTACAO E EXPORTACAO EIRELI	09.086.681/0001-27	R\$ 3.961.000,0000	EPP/SS	Não
VILA VITORIA MERCANTIL DO BRASIL LTDA	14.024.944/0001-03	R\$ 3.961.000,0000	Ltda/Eireli	Não
CDS COMERCIAL ALIMENTICIOS LTDA	18.259.019/0001-12	R\$ 3.961.399,9800	ME	Sim
S. J. Degasperri Ltda EPP	36.064.100/0001-29	R\$ 3.964.100,0000	EPP/SS	Sim
HEITOR FARIAS TONANI	38.436.005/0001-34	R\$ 4.388.254,0000	ME	Sim

3. Neste momento, uma breve observação, estavam empatadas em termos de valores de propostas, as propostas apresentadas pelas empresas NORTE COMERCIAL, BRASEIRO e VILA VITORIA. Destas, apenas a proposta da empresa NORTE COMERCIAL se “enquadrava” como ME/EPP, pois teria se declarado no sistema como ME/EPP. Logo, o sistema sequer deveria ter aberto um prazo para desempate para que BRASEIRO e VILA VITORIA apresentassem lances, pois somente a empresa Recorrida poderia ter sido convocada a dar um lance de desempate. Trata-se de falha grave de programação do portal CompraspUBLICAS, pois não está em conformidade com a Lei Complementar nº 123/2006, nem com o instrumento convocatório:

6.26 Em relação a itens não exclusivos para participação de microempresas e empresas de pequeno porte, uma vez encerrada a etapa de lances, será efetivada a verificação automática, junto à Receita Federal, do porte da entidade empresarial. O sistema identificará em coluna própria as microempresas e empresas de pequeno porte participantes, procedendo à comparação com os valores da primeira colocada, se esta for empresa de maior porte, assim como das demais classificadas, para o fim de aplicar-se o disposto nos [arts. 44 e 45 da Lei Complementar nº 123, de 2006](#), regulamentada pelo [Decreto nº 8.538, de 2015](#).

6.26.1 Nessas condições, as propostas de microempresas e empresas de pequeno porte que se encontrarem na faixa de até 5% (cinco por cento) acima da melhor proposta ou melhor lance serão consideradas empatadas com a primeira colocada.

6.26.2 A melhor classificada nos termos do subitem anterior terá o direito de encaminhar uma última oferta para desempate, obrigatoriamente em valor inferior ao da primeira colocada, no prazo de 5 (cinco) minutos controlados pelo sistema, contados após a comunicação automática para tanto.

6.26.3 Caso a microempresa ou a empresa de pequeno porte melhor classificada desista ou não se manifeste no prazo estabelecido, serão convocadas as demais licitantes microempresa e empresa de pequeno porte que se encontrem naquele intervalo de 10% (dez por cento), na ordem de classificação, para o exercício do mesmo direito, no prazo estabelecido no subitem anterior.

6.26.4 No caso de equivalência dos valores apresentados pelas microempresas e empresas de pequeno porte que se encontrem nos intervalos estabelecidos nos subitens anteriores, será realizado sorteio entre elas para que se identifique aquela que primeiro poderá apresentar melhor oferta.

4. Pode-se perceber que o edital (muito provavelmente extraído dos modelos de editais da Advocacia-geral da União) informa que nos casos de equivalência de valores apresentados entre ME/EPPS, seria realizado um sorteio. Ocorre que não havia três empresas empatadas na condição de

**Av. MARIO GURGEL, Nº 5468, PAVMTOPP1 LOJA 02, VILA CAPIXABA - Cariacica/ES CEP 29148-022**

**E-mail: [licitacoes@oreidasverduras.com.br](mailto:licitacoes@oreidasverduras.com.br)**

**Telefones: (27) 995096498 (comercial)**



ME/EPP, mas apenas a Norte Comercial – que se enquadrou indevidamente e será melhor discriminado a seguir – , sendo que as demais não se declararam no portal. Logo, o sistema deveria ter convocado somente a Recorrida Norte Comercial para dar um lance de desempate.

5. E mais, a própria regra editalícia, ao prever que todas as empresas empatadas sejam ME/EPP, com valores iguais, a convocação posterior se dá através de um sorteio, e não uma nova espécie de disputa, onde todas as empresas apresentariam um valor final e fechado, como se fosse o modo de disputa aberto e fechado. Esta Recorrente entende pertinente o presente caso ser notificado ao portal Compraspublicas e também ao Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, haja vista uma operação em desconformidade com a Lei Complementar 123/2006.

6. Em virtude desta operação equivocada do sistema Compraspublicas, foi dada oportunidade para as empresas NORTE COMERCIAL, BRASEIRO e VILA VITORIA apresentar novos lances, em uma etapa final e fechada, que resultou no seguinte novo ranking – ilegal, diga-se de passagem:

**0002 - LOTE II | Valor de Referência: 3.967.335,6690**

Fornecedor	CNPJ/CPF	Valor Unitário	Tipo	LC 123/2006
BRASEIRO ATACADISTA COMERCIO SERVICOS IMPORTACAO E EXPORTACAO EIRELI (Desc/Inab/Rejeitado)	09.086.681/0001-27	R\$ 3.683.000,0000	EPP/SS	Não
NORTE COMERCIAL LTDA	42.177.391/0001-64	R\$ 3.758.843,0000	EPP/SS	Sim
VILA VITORIA MERCANTIL DO BRASIL LTDA	14.024.944/0001-03	R\$ 3.842.170,0000	Ltda/Eireli	Não
DU PORTO ATACADISTA E DISTRIBUIDOR LTDA (Desc/Inab/Rejeitado)	41.841.555/0001-43	R\$ 3.955.347,0000	DEMAIS	Sim
CDS COMERCIAL ALIMENTICIOS LTDA	18.259.019/0001-12	R\$ 3.961.399,9800	ME	Sim
S. J. Degasperri Ltda EPP	36.064.100/0001-29	R\$ 3.964.100,0000	EPP/SS	Sim
HEITOR FARIAS TONANI	38.436.005/0001-34	R\$ 4.388.254,0000	ME	Sim

7. O lance da empresa BRASEIRO foi desclassificado de imediato pelo(a) Sr(a). Pregoeiro(a), ao perceber que esta empresa não havia se declarado com esta condição. A empresa VILA VITORIA também deu lance, talvez com a esperança de afastar a real convocação desta Recorrente, quando da desclassificação da **Recorrida NORTE COMERCIAL pelo enquadramento como ME/EPP de forma indevida, mas ainda não percebido por esta Douta Comissão e que é o objeto do presente recurso (demonstrar que a empresa NORTE COMERCIAL se enquadrou indevidamente como ME/EPP)**. Não restam dúvidas de que as três propostas merecem ser desclassificadas, por terem dado lance em momento inoportuno, ou seja, não era a vez de empresas que NÃO SE ENQUADRAM como ME/EPP apresentar lance de desempate.

8. Isso porque todas as empresas (que não se encontram na condição de ME/EPP, Norte Comercial por não estar enquadrada corretamente, Braseiro e Vila Vitória por não se declararem expressamente como ME/EPP) estavam com o valor de R\$3.961.000,00, e a primeira empresa apta a dar um lance de desempate seria esta Recorrente, por estar dentro do limite de até 5% do então melhor valor final da licitação (propostas até R\$4.159.050,00, ou seja, até cinco por cento acima de R\$3.961.000,00, e que estivessem na condição de ME/EPP, seriam as empresas a ser convocadas). Na hipótese de esta Recorrente não ofertar um lance de desempate, o sistema deveria convocar as demais empresas na condição de ME/EPP e que estivessem com valores de proposta até R\$4.159.050,00.

9. Com a Nova Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos, Lei nº 14.133/2021, houve uma nova dinâmica para obter os benefícios das ME/EPP nas licitações: para uma empresa se enquadrar como ME/EPP nas licitações públicas, **não basta possuir receita bruta no exercício anterior (2023) inferior a R\$4.800.000,00;** além da observância do limite anterior, **deve também, no exercício corrente ou ano de realização da licitação, não ter celebrado contratos com a Administração Pública cujos**



**valores somados extrapolem a receita bruta máxima admitida para fins de enquadramento como empresa de pequeno porte (os mesmos R\$4.800.000,00).**

10. Conforme os dados extraídos de diversos portais da transparência (**Anexo 01**), no que tange à Recorrida, é possível a construção da seguinte tabela de valores contratados e da receita bruta obtida dos citados entes públicos:

<b>Empresa NORTE COMERCIAL</b>				
<b>Ente Público</b>	<b>Valor empenhado/contratado em 2023</b>	<b>Valor pago em 2023</b>	<b>Valor empenhado/contratado em 2024</b>	<b>Valor pago em 2024</b>
Afonso Cláudio	R\$ 0,00	R\$ 0,00	R\$ 120.646,45	R\$ 16.089,82
Água Doce do Norte	R\$ 0,00	R\$ 0,00	R\$ 26.565,12	R\$ 9.796,97
Aracruz	R\$ 19.710,04	R\$ 35.600,00	R\$ 40.125,95	R\$ 35.799,95
Baixo Guandu	R\$ 82.765,52	R\$ 41.891,57	R\$ 10.213,38	R\$ 10.192,29
Barra de São Francisco	R\$ 24.926,20	R\$ 14.285,52	R\$ 0,00	R\$ 0,00
Boa Esperança	R\$ 3.784,60	R\$ 3.784,60	R\$ 0,00	R\$ 0,00
Cariacica	R\$ 0,00	R\$ 0,00	R\$ 479.137,50	R\$ 479.137,50
Colatina	R\$ 524.829,75	R\$ 452.621,93	R\$ 1.025.848,20	R\$ 295.214,49
Conceição da Barra	R\$ 0,00	R\$ 0,00	R\$ 108.745,68	R\$ 122.645,68
Domingos Martins	R\$ 20.443,00	R\$ 12.843,00	R\$ 0,00	R\$ 0,00
Ecoporanga	R\$ 23.478,15	R\$ 7.762,74	R\$ 0,00	R\$ 0,00
Fundão	R\$ 14.242,10	R\$ 14.242,10	R\$ 0,00	R\$ 0,00
Guarapari-CODEG	R\$ 26.000,00	R\$ 26.000,00	R\$ 0,00	R\$ 0,00
Ibiraçu	R\$ 56.094,60	R\$ 34.290,27	R\$ 37.818,38	R\$ 32.405,83
Jaguare	R\$ 110.964,23	R\$ 66.693,05	R\$ 56.626,00	R\$ 33.833,16
João Neiva	R\$ 15.690,00	R\$ 4.587,80	R\$ 67.721,67	R\$ 19.397,66
Linhares	R\$ 6.580.475,01	R\$ 1.544.906,14	R\$ 4.234.153,65	R\$ 547.842,83
Montanha	R\$ 183.359,89	R\$ 90.082,49	R\$ 20.913,28	R\$ 5.039,45
Nova Venécia	R\$ 675.611,94	R\$ 170.359,91	R\$ 409.370,00	R\$ 204.685,00
Pancas	R\$ 100.271,84	R\$ 77.666,24	R\$ 46.581,70	R\$ 42.221,22
Pedro Canário	R\$ 124.800,53	R\$ 55.931,39	R\$ 570.575,66	R\$ 406.335,60
Rio Bananal	R\$ 88.365,67	R\$ 97.128,12	R\$ 42.428,30	R\$ 17.328,02
São Domingos do Norte	R\$ 12.681,81	R\$ 12.681,81	R\$ 2.777,01	R\$ 2.777,01
São Gabriel da Palha	R\$ 49.266,98	R\$ 28.205,36	R\$ 144.218,50	R\$ 48.806,84
São Mateus	R\$ 86.219,80	R\$ 86.219,80	R\$ 0,00	R\$ 0,00
Serra	R\$ 101.871,03	R\$ 176.475,33	R\$ 0,00	R\$ 0,00
Santa Teresa	R\$ 46.702,85	R\$ 22.575,05	R\$ 0,00	R\$ 0,00
Tribunal de Justiça do ES	R\$ 127.793,30	R\$ 152.540,10	R\$ 0,00	R\$ 0,00
Vila Pavão	R\$ 188.579,10	R\$ 88.774,42	R\$ 20.880,48	R\$ 20.629,90
Vila Velha	R\$ 12.945,10	R\$ 12.945,10	R\$ 0,00	R\$ 0,00
Vitória	R\$ 361.453,50	R\$ 361.453,50	R\$ 0,00	R\$ 0,00
<b>Total</b>	<b>R\$ 9.663.326,54</b>	<b>R\$ 3.692.547,34</b>	<b>R\$ 7.465.346,91</b>	<b>R\$ 2.350.179,22</b>



11. Pode-se perceber que a somatória de valores empenhados/contratados em 2024 foi de R\$7.465.346,91 (sete milhões, quatrocentos e sessenta e cinco mil, trezentos e quarenta e seis reais e noventa e um centavos), o que ultrapassa em muito os R\$4.800.000,00 em contratos públicos e que, como visto, tal critério também é uma excludente da condição de ME/EPP, conforme a nova lei de licitações.

12. Isso sem falar na receita bruta obtida de vendas a entes privados, o que naturalmente perfaz um montante ainda maior em relação ao limite reconhecido pela lei para ser enquadrada como uma empresa na condição de ME/EPP. Como o balanço de 2024 ainda não é exigível, apenas é possível verificar o balanço patrimonial do exercício de 2023, demonstrando haver uma receita bruta de R\$5.383.845,27 (cinco milhões, trezentos e oitenta e três mil, oitocentos e quarenta e cinco reais e vinte e sete centavos)

DEMONSTRAÇÃO DE RESULTADO DO EXERCÍCIO				
Entidade:	NORTE COMERCIAL LTDA			
Período da Escrituração:	01/01/2023 a 31/12/2023	CNPJ:	42.177.391/0001-64	
Número de Ordem do Livro:	5			
Período Selecionado:	01 de Janeiro de 2023 a 31 de Dezembro de 2023			
Descrição	Nota	Saldo anterior	Saldo atual	
RECEITA OPERACIONAL BRUTA		R\$ 3.728.409,60	R\$ 5.383.845,27	
REVENDA DE MERCADORIAS		R\$ 3.728.409,60	R\$ 5.383.845,27	
Vendas de Mercadorias		R\$ 3.728.409,60	R\$ 5.383.845,27	

13. Outro forte indício da impossibilidade de a empresa ser realmente ME/EPP é o fato de ela **não ser optante do Simples Nacional**, conforme excerto da consulta ao sítio abaixo:

<https://www8.receita.fazenda.gov.br/simplesnacional/aplicacoes.aspx?id=21>

#### ↳Consulta Optantes

Data da consulta: 13/10/2024 11:56:21

##### Identificação do Contribuinte - CNPJ Matriz

CNPJ: **42.177.391/0001-64**

A opção pelo Simples Nacional e/ou SIMEI abrange todos os estabelecimentos da empresa

Nome Empresarial: **NORTE COMERCIAL LTDA**

##### Situação Atual

Situação no Simples Nacional: **NÃO optante pelo Simples Nacional**

Situação no SIMEI: **NÃO enquadrado no SIMEI**

[+ Mais informações](#)

[Voltar](#)

[Gerar PDF](#)

**Av. MARIO GURGEL, N° 5468, PAVMTOPP1 LOJA 02, VILA CAPIXABA - Cariacica/ES CEP 29148-022**

**E-mail: [licitacoes@oreidasverduras.com.br](mailto:licitacoes@oreidasverduras.com.br)**

**Telefones: (27) 995096498 (comercial)**



14. Somente pode ser optante do regime de tributação do Simples Nacional uma empresa cuja receita bruta seja inferior a R\$4.800.000,00. Obviamente, é possível existir uma empresa optante do Lucro Presumido ou do Lucro Real, mas possuir receita bruta do exercício anterior inferior a R\$4.800.000,00, motivo pelo qual este indício, por si só, não seria suficiente para demonstrar a ultrapassagem do limite de receita bruta para se enquadrar como ME/EPP, mas é critério a ser levado em consideração na análise deste pleito recursal.

15. Diante do cabedal de informações e provas apresentados a esta Douta Comissão, não restam dúvidas de que a Recorrida não se encontra enquadrada como ME/EPP na presente licitação, por possuir receita bruta no exercício de 2023 no valor de R\$ 5.383.845,27, divulgado em seu próprio balanço patrimonial do exercício 2023 e, também, pelo segundo critério, trazido pela nova lei de licitações, ao possuir contratos, em 2024, de R\$7.465.346,91.

## II.DA TEMPESTIVIDADE E DO ATENDIMENTO AOS PRESSUPOSTOS RECURSAIS

16. O presente recurso se encontra dentro do prazo legal de três dias úteis, disposto no artigo 165, inciso I, da Lei nº 14.133/2021 e, quanto ao horário de apresentação, por analogia ao entendimento do Tribunal de Contas da União para a apresentação de impugnações:

*Com relação à não admissão das impugnações por terem sido enviadas fora do horário de expediente do contratante, o horário de funcionamento da instituição constava no mesmo tópico do edital em que foi consignado o prazo de impugnação (item 12, peça 4, p. 16). Parece-me razoável compreender que a impugnação deveria observar tal condição.*

*De todo modo, conforme analisado pela unidade instrutora (itens 11 a 20 do relatório que precede este voto), não há razões para limitar as impugnações ao horário de funcionamento da entidade. O procedimento de envio é realizado pela internet, o que não exige qualquer esforço da entidade.*

***Além disso, fosse o envio realizado as 17:30 h (fim do expediente da entidade) ou as 23:59 h da data limite, o seu exame ficaria para o dia seguinte. Ou seja, a regra externa formalismo injustificado em prejuízo dos licitantes, razão por que deve ser revista na reedição do processo de contratação.***

*Considerando que se trata mais de uma falha de exigência editalícia indevida do que de inadmissão das impugnações de maneira ilegal e arbitrária, julgo necessário adequar a proposta da unidade instrutora (item 88.4. "a"), para que o Sebrae-DN possa rever a regra, tornando claro que a data limite para a impugnação não está condicionada ao horário de funcionamento da entidade.*

*(NÚMERO DO ACÓRDÃO ACÓRDÃO 969/2022 – PLENÁRIO. RELATOR BRUNO DANTAS. PROCESSO 000.955/2022-1. TIPO DE PROCESSO REPRESENTAÇÃO (REPR). DATA DA SESSÃO 04/05/2022. NÚMERO DA ATA 16/2022 – Plenário). grifei*

17. No que tange à exigência do registro de intenção de recurso, a Lei nº 14.133/2021 exige apenas a simples manifestação, não sendo necessário sequer apresentar qualquer motivação:

*Art. 165. Dos atos da Administração decorrentes da aplicação desta Lei cabem:  
I - recurso, no prazo de 3 (três) dias úteis, contado da data de intimação ou de lavratura da ata, em face de:  
(...);  
b) julgamento das propostas;*





c) ato de habilitação ou inabilitação de licitante;

§ 1º Quanto ao recurso apresentado em virtude do disposto nas alíneas “b” e “c” do inciso I do **caput** deste artigo, serão observadas as seguintes disposições:

I - a intenção de recorrer deverá ser **manifestada imediatamente**, sob pena de preclusão, e o prazo para apresentação das razões recursais previsto no inciso I do **caput** deste artigo será iniciado na data de intimação ou de lavratura da ata de habilitação ou inabilitação ou, na hipótese de adoção da inversão de fases prevista no [§ 1º do art. 17 desta Lei](#), da ata de julgamento;

18. Marçal Justen Filho, em sua obra Comentários à lei de licitações e contratações administrativas [livro eletrônico] / Marçal Justen Filho. -- 1. ed. -- São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2021, 6 Mb ; Epub, sobre o tema, ensina que

**12.2) A desnecessidade enunciar as razões do futuro recurso**

*As razões recursais serão deduzidas no momento oportuno, não sendo necessário que o sujeito indique, de imediato, os fundamentos específicos de seu recurso.*

19. Como a manifestação desta Recorrente ocorreu imediatamente após a divulgação do resultado do certame, houve o preenchimento dos pressupostos previstos na novel lei de licitações, bastando o simples ato de manifestar a intenção em recorrer, não devendo guardar qualquer relação entre os fundamentos das razões recursais e a primeira manifestação de intenção de recurso.

20. Logo, considerando o preenchimento dos pressupostos recursais para o registro da intenção de recurso e, especialmente, a temporalidade quanto a apresentação das razões recursais, esta manifestação se mostra tempestiva e deve ser conhecida.

### III.DO MÉRITO

a) **Da obtenção do benefício de ME/EPP nas licitações públicas**

21. A LC 123/2006, com diversas alterações posteriores, consagrou tratamento preferencial para microempresas (ME) e empresas de pequeno porte (EPP), inclusive no tocante a licitações e contratações administrativas, estabelecendo uma pluralidade de exigências para a fruição dos benefícios por ela consagrados. A exigência fundamental relaciona-se à receita bruta anual das empresas de pequeno porte, a qual deverá ser superior a R\$ 360.000,00 e igual ou inferior a R\$ 4.800.000,00 e a das microempresas essa receita deve corresponder até R\$ 360.000,00.

*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 de 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\$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais). [\(Redação dada pela Lei Complementar nº 155, de 2016\)](#) [Produção de efeito](#)

22. Por este critério, a Recorrida ultrapassou, no exercício 2023, a receita bruta de R\$4.800.000,00, conforme se extrai do excerto de seu balanço patrimonial:

DEMONSTRAÇÃO DE RESULTADO DO EXERCÍCIO		Sped CONTÁBIL	
Entidade:	NORTE COMERCIAL LTDA		
Período da Escrituração:	01/01/2023 a 31/12/2023	CNPJ:	42.177.391/0001-64
Número de Ordem do Livro:	5		
Período Selecionado:	01 de Janeiro de 2023 a 31 de Dezembro de 2023		
Descrição	Nota	Saldo anterior	Saldo atual
RECEITA OPERACIONAL BRUTA		R\$ 3.728.409,60	R\$ 5.383.845,27
REVENDA DE MERCADORIAS		R\$ 3.728.409,60	R\$ 5.383.845,27
Vendas de Mercadorias		R\$ 3.728.409,60	R\$ 5.383.845,27

23. **Adicionalmente**, o art. 4.º, *caput*, da Lei nº 14.133/2021 reiterou a preservação da vigência do regime preferencial relativamente às microempresas e empresas de pequeno porte.

Art. 4º **Aplicam-se** às licitações e contratos disciplinados por esta Lei as **disposições constantes dos arts. 42 a 49 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.**

§ 1º As disposições a que se refere o caput deste artigo não são aplicadas:

I - no caso de licitação para aquisição de bens ou contratação de serviços em geral, ao item cujo valor estimado for superior à receita bruta máxima admitida para fins de enquadramento como empresa de pequeno porte;

II - no caso de contratação de obras e serviços de engenharia, às licitações cujo valor estimado for superior à receita bruta máxima admitida para fins de enquadramento como empresa de pequeno porte.

§ 2º A obtenção de benefícios a que se refere o caput deste artigo fica limitada às microempresas e às empresas de pequeno porte que, no ano-calendário de realização da licitação, ainda não tenham celebrado contratos com a Administração Pública cujos valores somados extrapolem a receita bruta máxima admitida para fins de enquadramento como empresa de pequeno porte, devendo o órgão ou entidade exigir do licitante declaração de observância desse limite na licitação.

24. **Além dos ditames da LC 123/2006**, ou seja, **não possuir receita bruta no ano anterior superior a R\$4.800.000,00**, decorrente do art. 4º, *caput*, que referencia as disposições da lei complementar, **o segundo parágrafo trouxe critério adicional LIMITADOR da aplicação dos benefícios da LC 123/2006**: A obtenção de benefícios a que se refere o caput deste artigo deve ficar limitada às microempresas e às empresas de pequeno porte que, **no ano-calendário de realização da licitação, ainda não tenham celebrado contratos com a Administração Pública cujos valores somados extrapolem a receita bruta máxima admitida para fins de enquadramento.**





§ 2º A obtenção de benefícios a que se refere o caput deste artigo fica limitada às microempresas e às empresas de pequeno porte que, **no ano-calendário de realização da licitação, ainda não tenham celebrado contratos** com a Administração Pública cujos **valores somados extrapolem a receita bruta máxima** admitida para fins de **enquadramento como empresa de pequeno porte**, devendo o órgão ou entidade exigir do licitante declaração de observância desse limite na licitação.

25. **A situação fática verificada nas provas apresentadas a esta Douta Comissão demonstram que a Recorrida possui somente em 2024 valores empenhados/contratados com a Administração Pública, até 13/10/2023, o montante de R\$7.465.346,91!!!** Tal critério também demonstra que a Recorrida não se encontra apta a usufruir dos benefícios da LC 123/2006, por força do art. 4º, §2º, da Lei Geral de Licitações.

26. Portanto, pelo critério convencional de verificação da condição de ME/EPP, previsto no artigo 4º, *caput*, da Lei nº 14.133/2021, acerca dos limites previstos na Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, para o enquadramento como ME/EPP, ou seja, possuir receita bruta no exercício anterior exigível – 2023, no caso –, pela simples análise do balanço patrimonial da Recorrida, esta demonstrou possuir receita bruta de R\$ 5.383.845,27, superior, portanto, ao previsto na legislação para obter os benefícios previstos para as empresas ME/EPP, devendo ser desclassificada a sua proposta.

27. Igualmente, pelo critério estabelecido no art. 4º, §2º, da Lei Geral de Licitações, ou seja, por possuir em 2024 contratos com a Administração Pública no montante de R\$7.465.346,91 no exercício corrente, a Recorrida já não poderia mais obter os benefícios dispostos na LC 123/2006, dentre eles, o benefício do desempate ficto, devendo sua proposta de desempate ser desclassificada.

28. Ao fim e ao cabo, as propostas de desempate ficto apresentadas pelas empresas BRASEIRO e VILA VITÓRIA MERCANTIL, por não terem se declarado expressamente como ME/EPP, também não devem ser consideradas, operando-se, ao fim, a reformatação da classificação engendrada ao término da fase de lances, com todas as três propostas empatadas em R\$3.961.000,00, podendo esta Recorrente finalmente apresentar um lance final de desempate ficto que ultrapasse essas três propostas empatadas.

29. Tal operação ao fim deve ocorrer, em virtude de o portal Compraspúblicas não possuir uma ferramenta capaz de retornar as três propostas das empresas ao valor original de R\$3.961.000,00, para que esta Recorrente possa dar finalmente um lance de desempate.

30. O único procedimento capaz de resolver essa lacuna que o portal deixa é ou a desclassificação das três propostas (Recorrida, BRASEIRO e Vila Vitória), ou convocar esta Recorrente a apresentar anexos (na hipótese de o sistema permitir tal convocação, mesmo não possuindo o status de melhor proposta), para que, nesse momento, apresente seu lance final de desempate (inferior a R\$3.961.000,00) e seus documentos de habilitação.

31. Entretanto, esta Recorrente entende que para realizar o aceite de uma proposta que se encontra após três empresas não enquadradas devidamente na condição de ME/EPP, o portal necessariamente induzirá este(a) Pregoeiro(a) a realizar a desclassificação das três propostas que se encontram à frente na ordem de classificação (manutenção da desclassificação da empresa BRASEIRO, desclassificação da proposta da Recorrida e, em seguida a da empresa Vila Vitória).

b) **Da necessidade de apuração acerca da declaração falsa da condição de ME/EPP**



32. As vantagens competitivas dadas às microempresas e empresas de pequeno porte servem justamente para permitir que os comerciantes com menor poderio econômico possam ingressar no processo competitivo, oferecendo produtos à Administração Pública e, conseqüentemente, desenvolvendo a economia local e regional.

33. Para usufruir do tratamento diferenciado previsto na Lei Complementar nº123/2006, a pessoa jurídica deve apresentar autodeclaração na licitação, a qual deverá afirmar ser ME/EPP. Eventual declaração falsa é tratada com bastante rigor, obviamente.

34. O tema tem grande relevância para empresas que atuam no mercado público, vez que em razão do pequeno porte, em princípio, enquadram-se como ME/EPP e podem utilizar os benefícios legais nas licitações. Com o passar do tempo, com o crescimento da empresa, ocorrem circunstâncias que têm o condão de desenquadramento de alguma das condições para uso das vantagens citadas.

35. A partir do momento em que qualquer das hipóteses de desenquadramento da condição de ME/EPP deixa de existir – **não só a receita bruta e valor de contratos com a Administração Pública** –, mas também as situações descritas no art. 3º § 4º da LC 123/2006 – é fundamental evitar participar de licitações com a declaração falsa de sua condição de ME/EPP. A seguir, algumas hipóteses de desenquadramento, previstas no art. 3º § 4º da LC 123/2006:

*I - de cujo capital participe outra pessoa jurídica;*

*[...]*

*III - de cujo capital participe pessoa física que seja inscrita como empresário ou seja sócia de outra empresa que receba tratamento jurídico diferenciado nos termos desta Lei Complementar, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do caput deste artigo;*

*IV - cujo titular ou sócio participe com mais de 10% (dez por cento) do capital de outra empresa não beneficiada por esta Lei Complementar, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do caput deste artigo;*

*V - cujo sócio ou titular seja administrador ou equiparado de outra pessoa jurídica com fins lucrativos, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do caput deste artigo;*

*[...]*

*VII - que participe do capital de outra pessoa jurídica;*

*[..•]*

*IX - resultante ou remanescente de cisão ou qualquer outra forma de desmembramento de pessoa jurídica que tenha ocorrido em um dos 5 (cinco) anos-calendário anteriores;*

*X - constituída sob a forma de sociedade por ações;*

*XI - cujos titulares ou sócios guardem, cumulativamente, com o contratante do serviço, relação de pessoalidade, subordinação e habitualidade.*

36. Dessa forma, se uma empresa participa de uma licitação se declarando qualificada no regime especial e de fato se verifica não preencher tal requisito, acaba por automaticamente cometer uma infração. Essa conjuntura, quando materializada em definitivo, como verificado no certame, **acarreta o impedimento de licitar e contratar com a Administração Pública**. É algo muito sério e não deve ser tratado sem o rigor da Lei, sob pena de transformá-la em letra morta e constituir objetivo dissociado das políticas de fomento implementadas pelo Estado, como a ampliação de participação de empresas ME/EPP nas contratações públicas.



37. É fato notório que a mera declaração como ME/EPP, **mesmo não usufruindo do citado benefício**, é motivo suficiente para a **autuação de processo administrativo sancionador**. A configuração da **fraude à licitação não está associada ao seu resultado**, ou seja, ao sucesso da empreitada.

38. Fazendo analogia ao Direito Penal, trata-se de ilícito de mera conduta, sendo suficiente a demonstração objetiva da ocorrência de declaração falsa, visando simular uma situação perfeitamente lícita, mesmo não havendo resultado naturalístico. Nessa toada, O Tribunal de Contas da União tem um importante Enunciado sobre a questão

*Acórdão 836/2014-TCU-Plenário. Data da sessão 02/04/2014. Relator ANA ARRAES. Tipo do processo REPRESENTAÇÃO.*

*O insucesso de pessoa jurídica, que apresenta declaração falsa de enquadramento como microempresa ou empresa de pequeno porte, em contratar com a Administração Pública, por causas alheias a sua vontade, face à existência de propostas com preços mais baixos no certame licitatório, não serve de excludente à prática delituosa, sob pena de se incentivar condutas similares, frontalmente contrárias à intenção do legislador. No entanto, o não recebimento de recursos públicos minimiza as consequências do ato praticado e permite a diminuição do prazo de inidoneidade para participar de licitação anteriormente declarada.*

39. Mas tal ato, dada a independência das instâncias, não possui consequências apenas no âmbito administrativo. Nesse sentido, com o advento da Lei nº 14.133/2021, o Código Penal Brasileiro passou a tipificar o ato como crime de fraude à licitação, **encaixando-se no tipo penal a apresentação de declaração falsa por parte daquele que não possua condições legais de usufruir o tratamento diferenciado conferido para às ME/EPP em procedimentos licitatórios**. Novamente o Tribunal de Contas da União traz julgado importante sobre o tema:

*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. **grifei***

*TCU.Processo nº 028.597/2017-6. Acórdão nº 1.677/2018 -Plenário. Relator: Ministro Augusto Nardes*

40. Na decisão, a Corte de Contas estabeleceu como subsunção ao tipo criminal a conduta praticada com o objetivo de fraudar, mesmo que não haja vantagem, afastando-se a necessidade do resultado para a configuração do ato ilícito previsto na norma. Importante frisar que a Lei nº 14.133/2021 revogou a parte "Dos Crimes" da Lei nº 8.666/1993, incluindo novos dispositivos no Código Penal. Assim, o art. 90 da Lei nº 8.666/1993, atualmente revogado, equivale aos arts. 337-F e 337-I do Código Penal.

41. Deve-se evidenciar que o **Superior Tribunal de Justiça - STJ possui jurisprudência no sentido de que a apresentação de declaração falsa de ME/EPP caracteriza fraude à licitação**, violando o princípio da isonomia e causando dano presumido:

*PROCESSUAL CIVIL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DA CONDIÇÃO DE EPP PARA OBTENÇÃO DE TRATAMENTO FAVORECIDO NA LICITAÇÃO.*



1. Na origem. Mandado de Segurança contra ato do Procurador-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, em que se objetiva afastar a aplicação da penalidade de suspensão temporária de participação em licitação e contratação com a Administração Pública pelo prazo de 1 (um) ano, além de multa no valor de R\$ 6.000,00 (seis mil reais), devido a suposta fraude em pregão eletrônico realizado pelo MPE/MG, consistente na apresentação de declaração afirmando que cumpria os requisitos legais para sua qualificação como Microempresa ou Empresa de Pequeno Porte.

2. **Ao efetuar declaração falsa sobre o atendimento às condições para usufruir dos benefícios previstos na Lei Complementar 123/2006, a impetrante 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.**

2. A fraude à licitação apontada no acórdão recorrido dá ensejo ao chamado dano in re ipsa. Nesse sentido: REsp 1.376.524/RJ. Rei. Ministro Humberto Martins. Segunda Turma, DJe 9/9/2014; REsp 1.280.321/MG. ReL Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 9/3/2012; REsp 1.190.189/SP. ReL Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe10/9/2010, e REsp1.357.838/GO. Rei. Ministro Herman Benjamin. Segunda Turma, DJe 25/9/2014.

(STJ - RMS: 54262 MG 2017/0132197-9, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 05/09/2017, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 13/09/2017) **grifei**

42. Na mesma linha, a Corte Superior entende que o crime de fraude à licitação, anteriormente previsto no art. 90 da Lei nº 8.666/1993 e atualmente tipificado nos arts. 337-F e 337-I do Código Penal, ocorre diante da **quebra do caráter competitivo da licitação**, sendo **desnecessário existir prejuízo econômico direto ao Erário**.

RECURSO ESPECIAL. FRAUDE EM LICITAÇÃO. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. PARADIGMA PROFERIDO EM HABEAS CORPUS. IMPOSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. OCORRÊNCIA. CRIME FORMAL. CONSUMAÇÃO. QUEBRA DO CARÁTER COMPETITIVO DA LICITAÇÃO. PREJUÍZO ECONÔMICO AO ERÁRIO. DESNECESSIDADE.

(...)

2. O objeto jurídico que se objetiva tutelar com o art. 90 da Lei n. 8.666/1993 é a lisura das licitações e dos contratos com a Administração, notadamente a conduta ética e o respeito que devem pautar o administrador em relação às pessoas que pretendem contratar com a Administração, participando de procedimento licitatório livre de vícios que prejudiquem a igualdade, aqui entendida sob o viés da moralidade e da isonomia administrativas.

3. Diversamente do que ocorre com o delito previsto no art. 89 da Lei n. 8.666/1993, **trata-se de crime em que o resultado exigido pelo tipo penal não demanda a ocorrência de prejuízo econômico para o poder público, haja vista que a prática delitiva se aperfeiçoa com a simples quebra do caráter competitivo entre os licitantes interessados em contratar, ocasionada com a frustração ou com a fraude no procedimento licitatório.**

4. Constitui o elemento subjetivo especial do tipo o intuito de obter, pelo agente, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação cuja competitividade foi fraudada ou frustrada. Não se pode confundir, portanto, o elemento subjetivo ínsito ao tipo - e que diz respeito à vantagem obtida pelo agente que contratou por meio de procedimento licitatório cuja competitividade foi maculada - com eventual prejuízo que esse contrato venha a causar ao poder público, que, aliás, poderá ou não ocorrer.

5. Recurso conhecido em parte e, nessa extensão, provido. **grifei**

(STJ - REsp: 1498982 SC 2014/0318837-1, Relator: Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Data de Julgamento: 05/04/2016, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 18/04/2016)

43. Note-se, destarte, que o crime é formal e o dano se revela pela quebra do caráter competitivo entre os licitantes interessados em contratar com a Administração Pública, tendo como causa a frustração ou a fraude no procedimento licitatório.



44. Diante de todo o exposto, requer esta Recorrente, além da desclassificação, para o lote 2, dos lances de desempate ficto ofertados por licitantes sem estarem enquadrados na condição de ME/EPP, dentre eles a proposta da Recorrida, que esta nobre Comissão de Contratação, através de seu órgão de assessoria jurídica, notifique o Ministério Público do Espírito Santo, com vistas a verificação quanto a ocorrência das condutas tipificadas nos arts. 337-F e 337-I do Código Penal, em virtude da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

45. No âmbito administrativo, que seja aplicada a sanção de impedimento de licitar e contratar com o Município de São Mateus, pelo prazo de até 5 anos, aos envolvidos, por ter sido demonstrada a ocorrência da declaração falsa em licitações públicas quanto a condição de ME/EPP, tanto da Recorrida, quanto dos demais participantes que realizaram lance de desempate.

#### IV.DOS PEDIDOS

46. Diante de todo o exposto, este Recorrente requer:

46.1. O conhecimento do presente recurso, por ser tempestivo;

46.2. O acolhimento integral do presente pleito, para desclassificar a proposta da Recorrida, reconhecendo que esta não se enquadra na condição de ME/EPP;

46.3. Considerando que as empresas BRASEIRO e VILA VITÓRIA não se declararam como ME/EPP, mas indevidamente deram lance de desempate, que a primeira seja mantida desclassificada e a segunda seja desclassificada;

46.4. Na eventual e remota hipótese de não ser desclassificada de pronto a proposta da empresa VILA VITÓRIA, que seja, ao fim, operada manualmente a convocação desta Recorrente, de forma que ocorra a reformatação da classificação engendrada ao término da fase de lances, com todas as três propostas empatadas em R\$3.961.000,00, podendo esta Recorrente finalmente apresentar um lance final de desempate ficto que ultrapasse essas três propostas empatadas no citado valor;

46.5. Autuação de processo administrativo sancionador, além de notificação ao Ministério Público do Espírito Santo, com a finalidade de apurar e aplicar a sanção administrativa pertinente, no âmbito administrativo, além de se verificar a eventual hipótese de configuração dos delitos tipificados nos artigos 337-F e 337-I do Código Penal.

Nestes termos, pede deferimento,

Cariacica, 13 de outubro de 2024

---

**CAYO SIQUEIRA SECCHIN**

*<assinado digitalmente>*



# **ANEXO 01**

## **(Comprovação dos contratos e receita bruta junto a entidades públicas da Recorrida)**