

PREFEITURA MUNICIPAL DE GASPAR

07/03/16
Mun

PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO

PARECER nº 059/2016

Assunto: Inabilitação de empresa

Requerente: Departamento de Compras e Licitações

Trata-se de consulta efetuada pelo Departamento de Compras e Licitações do Município de Gaspar acerca de recurso apresentado pela empresa OSMARINA TOMIO ME, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o nº 02.119.786/0001-96, participante do processo licitatório Pregão Presencial nº 42/2016, cujo objeto é o Registro de Preços para futuras aquisições de alimentos preparados e acondicionados em marmitas.

A Comissão de Licitação considerou a empresa recorrente inabilitada, tendo em vista que deixou de apresentar certidão de regularidade fiscal e atestado de capacidade técnica registrado no Conselho competente, nos seguintes termos:

"A empresa OSMARINA TOMIO ME, julgada primeira colocada, não cumpriu ao item 5.1.2.2 - Certidão de Regularidade de Tributos e Contribuições Federais e Certidão quanto à Dívida Ativa da União (podendo abranger, de maneira CONJUNTA, os dados referentes ao item 5.1.2.6) com data de emissão não superior a 180 (cento e oitenta) dias quando não constar expressamente no corpo da Certidão o seu prazo de validade não apresentando a mesma."¹

Segue o item do Edital que a Comissão de Licitação entendeu ter sido descumprido:

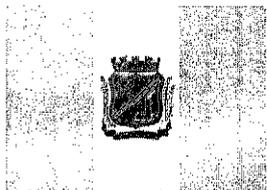
5.1.2 Regularidade Fiscal e Trabalhista:

5.1.2.2 *Certidão de Regularidade de Tributos e Contribuições Federais e Certidão quanto à Dívida Ativa da União (podendo abranger, de maneira CONJUNTA, os dados referentes ao item 5.1.2.6) com data de emissão não superior a 180 (cento e oitenta) dias quando não constar expressamente no corpo da Certidão o seu prazo de validade.*

A empresa requer a juntada da certidão de regularidade fiscal, a sua habilitação e a declaração de sua condição de vencedora da licitação.

Por sua vez, a empresa J&J COMÉRCIO DE MARMITAS LTDA – ME, vencedora do certame, apresentou contrarrazões de recurso, requerendo a manutenção da decisão recorrida.

¹ Ata de Sessão de Abertura e Julgamento da Licitação. Disponível em http://www.gaspar.sc.gov.br/uploads/878/arquivos/706333_ATA_SESSAO_JULGAMENTO_PP042_2016_RP_Alimentos_Marmitas.pdf. Acesso em 07/03/2016.



PREFEITURA MUNICIPAL DE GASPAR

Certidão de regularidade de tributos e contribuições federais.

Os artigos 42 e 43 da Lei Complementar 123/2006 regulamentam especificamente o tema da comprovação regularidade fiscal por Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, quando participam de licitação, nos termos a seguir:

Art. 42. Nas licitações públicas, a comprovação de regularidade fiscal das microempresas e empresas de pequeno porte somente será exigida para efeito de assinatura do contrato.

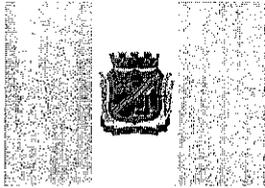
Art. 43. As microempresas e empresas de pequeno porte, por ocasião da participação em certames licitatórios, deverão apresentar toda a documentação exigida para efeito de comprovação de regularidade fiscal, mesmo que esta apresente alguma restrição.

§ 1º Havendo alguma restrição na comprovação da regularidade fiscal, será assegurado o prazo de 5 (cinco) dias úteis, cujo termo inicial corresponderá ao momento em que o proponente for declarado o vencedor do certame, prorrogável por igual período, a critério da administração pública, para a regularização da documentação, pagamento ou parcelamento do débito e emissão de eventuais certidões negativas ou positivas com efeito de certidão negativa.

O tema é controverso na doutrina.

Segundo Jacoby Fernandes, doutrinador com notável conhecimento na área de Licitações e Contratações Públicas, as microempresas e empresas de pequeno porte devem apresentar todos os documentos exigidos, mesmo que apresentem restrições. Neste sentido, não poderia a licitante deixar de apresentar certidão acerca da regularidade de tributos e contribuições, mesmo que tal documento atestasse a situação irregular da microempresa. Ao simplesmente não apresentar o documento emitido pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, a microempresa deixa de ser permitida a regularização posterior, no prazo previsto no §1º do art. 43, da LC 123/2006. Este é o ensinamento do doutrinador:

“Em primeiro plano, note-se que o legislador define no art. 42 o momento da comprovação da regularidade fiscal, estabelecendo que somente será exigida a regularidade no ato da contratação. No art. 43, esclarece que deverão apresentar toda a documentação exigida para efeito de comprovação de regularidade fiscal. Significa dizer, com ênfase a expressão toda, que não pode ser apresentada a comprovação parcial. Mesmo existindo restrições, todos os itens devem ser apresentados, pois a norma vai admitir o saneamento, não a complementação dos documentos. Compreende-se que o benefício se restrinja ao saneamento e não a complementação, pois, do contrário, estabelecer-se-ia a desordem processual, ficando os beneficiários da Lei Complementar nº 123/2006 com o direito de apresentar parte dos documentos no momento em que bem entendessem. Licitação, como já lembrado, é procedimento formal. (...). No entanto, as empresas beneficiadas pela Lei Complementar nº 123/2006 deverão apresentar toda a documentação referente à habilitação, inclusive a pertinente a parte fiscal, mesmo que revele a



PREFEITURA MUNICIPAL DE GASPAR

*situação irregular. A comprovação da regularização é que fica transferida para o momento da assinatura do contrato.*²

No mesmo sentido é a interpretação feita por Marçal Justen Filho, colacionada nas contrarrazões de recurso apresentadas pela empresa vencedora do certame. Segundo o jurista:

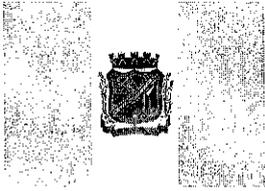
*"Há um efeito normativo indireto da disciplina albergada na LC nº 123. Trata-se da vedação à recusa do fornecimento de certidões positivas por parte do Estado. A ausência de regularidade não autoriza a Administração Pública a recusar o fornecimento de documentos destinados a comprovar a exata situação do particular. Anota-se que, antes da disciplina adotada na LC nº 123, a questão era irrelevante. Se o sujeito não dispusesse da certidão negativa, não poderia participar da licitação. Logo, a recusa estatal em fornecer certidão positiva não apresentava maior efeito jurídico. Adotada a solução contemplada na LC nº 123, a situação muda de figura, eis que o particular necessita da certidão positiva, que a ele assegurará o direito de participar do certame e, em sagrando vencedor, promover o suprimento dos defeitos."*³

Por outro lado, é diversa a orientação adotada pela FECAM – Federação Catarinense de Municípios. Nos Pareceres nº 460 e nº 1351, os consultores Joel de Menezes Niebuhr e Pedro de Menezes Niebuhr afirmam que **as Microempresas e Empresas de Pequeno Porte que deixarem de apresentar alguma certidão de regularidade fiscal não devem ser inabilitadas**. A elas deve ser conferida a possibilidade de saneamento do vício, no prazo do art. 43, §1º da LC 123/2006, caso sejam vencedoras do certame licitatório. Segue trecho extraído dos Pareceres mencionados:

*"Esse tratamento diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte, no que toca à questão da regularidade fiscal, está disciplinado em seus artigos 42 e seguintes. Por força dos dispositivos mencionados, **as microempresas e as empresas de pequeno porte, diferentemente das demais, não devem ser inabilitadas, na fase própria de habilitação, se deixarem de apresentar alguma certidão de regularidade fiscal ou se alguma delas apresentar defeito**. Nesse diapasão, o procedimento a ser adotado pela Comissão de Licitação ou pelo Pregoeiro é exigir normalmente e receber toda a documentação das microempresas e empresas de pequeno porte, como faz-se usualmente. Constatada a inconformidade da documentação de regularidade fiscal, caso a microempresa ou empresa de pequeno porte seja declarada*

² JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. **O Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, a Lei de Licitações e Contratos e a Lei do Pregão**. Disponível em http://www.jacoby.pro.br/Artigo_ProfessorJacoby.pdf. Acesso em 01/03/2016.

³ JUSTEN FILHO, Marçal. **O estatuto da microempresa e as licitações públicas**. 2. ed. rev. e atual., de acordo com a Lei Complementar 123/2006 e o Decreto Federal 6.204/2007. São Paulo: Dialética, 2007. p. 78.



PREFEITURA MUNICIPAL DE GASPAR

*vencedora do certame, conceder-se-á prazo de dois dias úteis, prorrogáveis por igual período, para que a mesma regularize sua situação perante o órgão licitante, suprindo a falha.*⁴

Contudo, o Edital que disciplina a Licitação Pregão Presencial nº 42/2016 é claro em adotar o primeiro entendimento supracitado, no sentido de exigir a apresentação de documentação para que a empresa de pequeno porte ou a microempresa comprove sua situação fiscal. Ou seja, a empresa é obrigada a apresentar no envelope de documentação a certidão válida, atestando sua regularidade ou sua irregularidade fiscal. Caso a situação comprovada seja irregular e a empresa seja consagrada vencedora, a Administração concederá o prazo estabelecido na Lei Complementar 123/2006 para que empresa providencie a juntada de certidão negativa ou certidão positiva com efeitos de negativa, a fim de regularizar sua situação.

Segue a cláusula editalícia que expressa essa exigência, de modo a não admitir a falta de apresentação de certidão válida que ateste a situação de regularidade fiscal da empresa:

5 DA HABILITAÇÃO

5.3 A falta de quaisquer dos documentos exigidos no Edital, implicará inabilitação da licitante, sendo vedada, sob qualquer pretexto, a concessão de prazo para complementação da documentação exigida para a habilitação.

Neste norte, em respeito aos princípios que regem o procedimento licitatório, em especial os da isonomia e da vinculação ao instrumento convocatório, considerando que o Edital de Licitação exige a apresentação, já no envelope de documentação, da certidão que comprove a situação fiscal da empresa, oriento que seja conhecido o recurso administrativo apresentado, porque tempestivo, contudo seja mantida a decisão de Comissão de Licitação, que inabilitou a empresa recorrente.

É o parecer.

Gaspar, 07 de março de 2016.

Paula Penteado

Paula P. Penteado
Procuradora do Município
OAB/SC 44.557-B

⁴ NIEBUHR, Joel de Menezes; NIEBUHR, Pedro de Menezes. **Parecer nº 460 e Parecer nº 1351 da FECAM** – publicados na categoria Licitação Pública. Disponíveis em http://www.fecam.org.br/consultoria/consultor_detalhes.php?cod_parecer=460 e em http://www.fecam.org.br/consultoria/consultor_detalhes.php?cod_parecer=1351. Acesso em 01/03/2016.