



UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

CJ. C. 2040/2010- RUSP
RLG

PROCESSO Nº: 2010.1.460.44.5

INTERESSADO: Instituto de Geociências

ASSUNTO: Licitação. Consulta. Tratamento dispensado às cooperativas na ausência de previsão editalícia. Impossibilidade de extensão dos benefícios das ME/EPPs às cooperativas (inaplicabilidade do art. 34 da Lei n. 11.488/07). Requisitos para que as empresas possam usufruir dos benefícios da LC 123/06.

P A R E C E R

Senhor Procurador Chefe,

Vêm os autos a esta Consultoria Jurídica, objetivando o esclarecimento de dúvidas que surgiram durante a realização de procedimento licitatório, na modalidade Convite, em que se objetiva a contratação de empresa para a *elaboração de projetos de reforma de sala de aula e laboratório, dos sanitários, bem como dos telhados da Administração, da Biblioteca e do Museu* (fls. 352/356).

Relata a Unidade que foi realizada a Sessão Pública de recebimento e abertura dos envelopes, sendo que 5 (cinco) empresas



UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

(sendo uma cooperativa) apresentaram documentação. O procedimento licitatório encontra-se em fase de análise da documentação apresentada.

Neste cenário, a Unidade traz os seguintes questionamentos:

a) qual o tratamento que deve ser dispensado às cooperativas, considerando que o edital não prevê a participação destas?

b) A cooperativa apresentou estatuto social devidamente registrado. Este documento pode ser utilizado como substituto da declaração de enquadramento com ME/EPP? Além disso, a cooperativa inseriu uma informação no modelo G do edital, com fundamento na Lei n. 11.488/07. Referido documento pode ser aceito?

c) Uma das empresas apresentou a declaração de enquadramento como ME/EPP, porém não apresentou a declaração para fruição do dos benefícios da LC 123/2006. A Unidade entende que a empresa não poderá usufruir dos benefícios legais, e quer saber se este entendimento está correto.

Passamos a responder pontualmente às questões da Unidade.

a) qual o tratamento que deve ser dispensado às cooperativas, considerando que o edital não prevê a participação destas?

A participação de cooperativas autênticas em procedimentos licitatórios não é vedada, como regra geral. Todavia, a sua participação pode ser excepcionalmente impedida através do edital, com fundamento no Decreto n. 55.938 de 21 de junho de 2010.



UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

No caso em análise, não se trata de situação que esteja enquadrada entre as hipóteses do Decreto n. 55.938 de 21 de junho de 2010, podendo, portanto, haver a participação de cooperativa.

b) A cooperativa apresentou estatuto social devidamente registrado. Este documento pode ser utilizado como substituto da declaração de enquadramento com ME/EPP? Além disso, a cooperativa inseriu uma informação no modelo G do edital, com fundamento na Lei n. 11.488/07. Referido documento pode ser aceito?

Diante de referido questionamento, inferimos que a cooperativa em questão esteja pretendendo a aplicação da Lei n. 11.488/07 que, em seu artigo 34, teria estendido às cooperativas os benefícios da Lei Complementar n. 123/06, concedidos às microempresas e empresas de pequeno porte, desde que a receita bruta das cooperativas se enquadrasse no limite legal.

Referido dispositivo legal preceitua, *in verbis*, que:

Art. 34 - *Aplica-se às sociedades cooperativas que tenham auferido, no ano-calendário anterior, receita bruta até o limite definido no inciso II do caput do art. 3º da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006*

Entretanto, constata-se que o texto supramencionado não se coaduna com o inciso VI do parágrafo 4º do artigo 3º da Lei Complementar n. 123/06, que dispõe:

Art. 3º -

§ 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:*



UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

VI - constituída sob a forma de cooperativas, salvo as de consumo; (destaquei)

Diante desta aparente antinomia, a doutrina vem entendendo que referida matéria, de natureza tributária, por estar prevista em lei complementar, não poderia ser alterada por meio de lei ordinária. Ademais, conforme ensina Marçal Justen Filho:

as cooperativas não fazem jus a tratamento equivalente reservado a ME e EPP.

Se assim não fosse, seria inconstitucional a vedação do art. 3º, parágrafo 4º, inc. VI, contemplada na própria LC n. 123/06. Se a forma de cooperativa não afetasse intrinsecamente o tratamento a ser adotado pela entidade e de convir com que a referida disposição infringiria o princípio da isonomia. A cooperativa teria o direito de ser tratada tributariamente de modo equivalente ao reservado às ME e EPP. Mas assim não o é no âmbito tributário. E assim também não o é no âmbito das contratações administrativas.

A extensão pretendida no art. 34 infringe o princípio da isonomia, ao pretender impor tratamento equivalente entre entidades dotadas de diferenças insuperáveis. Mais ainda, verifica-se a infração á isonomia em face dos demais sujeitos interessados em disputar contratações administrativas, eis que produziria a ampliação de benefícios licitatórios para entidades que não apresentam as características de ME e EPP. (O Estatuto da Microempresa e as Licitações Públicas, 2ª ed., Ed. Dialética, p. 42) (destaquei)

Neste mesmo sentido vem sendo o entendimento do Egrégio Tribunal de Contas, que já se manifestou nos seguintes termos:

Não há como aceitar previsão do item 6 da alínea B do Capítulo II do edital, segundo o qual as sociedades cooperativas podem desfrutar – com fundamento no artigo 34 da Lei federal n. 11.488/07 – do exercício do direito de preferência outorgado às ME/EPPs pela Lei Complementar n. 123/06. (TCE-SP, TC-05241/026/10, Cons. Cláudio Ferraz de Alvarenga, 05/05/2010)

Esta também foi a posição adotada nos processos TC-014540/026/10; TC-013643/026/10; TC-TC-010651/026/10, TC-010820/026/10 e TC-11447/026/10.



UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

Deste modo, percebe-se que o entendimento atual da Egrégia Corte de Contas vem sendo pela inaplicabilidade do artigo 34 da Lei n. 11.488/07.

Assim sendo, não deverá ser estendido à cooperativa participante do certame o benefício concedido às microempresas e empresas de pequeno porte.

c) Uma das empresas apresentou a declaração de enquadramento como ME/EPP, porém não apresentou a declaração para fruição dos benefícios da LC 123/2006. A Unidade entende que a empresa não poderá usufruir dos benefícios legais, e quer saber se este entendimento está correto.

O entendimento da Unidade mostra-se correto.

De acordo com o item 3.8 do instrumento convocatório, a fruição dos benefícios da LC 123/06 depende de dois requisitos cumulativos: a apresentação de certidão ou declaração fornecida pela Junta Comercial (ou Cartório de Registros Civil de Pessoas Jurídicas, no caso de sociedade simples) e a apresentação de declaração de enquadramento como ME/EPP, nos termos do modelo G do instrumento convocatório.

Resta claro no item 3.8.2 do instrumento convocatório que a ausência de cumprimento de qualquer um destes dois requisitos, implicará no entendimento de que a licitante optou por não utilizar os benefícios da LC 123/06.

Deste modo, referida empresa poderá prosseguir como participante do procedimento licitatório, sem, contudo, usufruir dos benefícios da LC 123/06.

Assinatura manuscrita em tinta preta, localizada no canto inferior direito da página.



UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

Ante o exposto, opino pela devolução do processo à Instituto de Geociências, para que tome ciência deste parecer e dê continuidade ao certame licitatório.

É o parecer, *sub censura* da Digna Chefia.

Consultoria Jurídica, 05 de agosto de 2010.

Renata
RENATA LIMA GONÇALVES
Advogada

Acolho o bem fundado parecer. Ao IGic para continuidade de providências.

C3, 6.8.10

[Signature]
Prof. Dr. Gustavo Ferraz de Campos Monaco
Procurador Chefe