

De: andressa (andressa@camaraboituva.sp.gov.br) **Data:** Thu, 23 Nov 2023 15:55:27 -0300
Para: zuliani@zuliani.com.br
Cc: oscarmvieira@camaraboituva.sp.gov.br, secretariageral@camaraboituva.sp.gov.br, elder@camaraboituva.sp.gov.br, vereadoranderson@camaraboituva.sp.gov.br
Assunto: Re: Próximas passos para a contratação
Anexos: Parecer IBAM Contratacao Direta Dispensa Licitação.pdf

Prezado Hudson, boa tarde!

Diante da solicitação de prazo complementar de 5 dias para envio Certidão Negativa de Débitos Relativos aos Tributos Federais e à Dívida Ativa da União, embasando-se no Art. 43, §1º da LC 123/06 (acolhida pela Lei nº 14.133/21 - art. 4º), relativo aos optantes do Simples Nacional, o Presidente da Câmara INDEFERE o pleito, haja vista que, conforme parecer jurídico obtido por esta Edilidade junto ao Instituto Brasileiro de Administração Municipal (IBAM), onde menciona que "o benefício do §1º, do art. 43, da lei complementar nº 123/2006, é destinado as licitações e não as dispensas de licitações. Não há base legal para se enquadrar as Sociedades de Advogados como ME ou EPP visando benefícios em contratações com o Poder Público (caput, do art. 3º, da LC nº 123/2006 c/c art. 15, §1º c/c art. 16, caput e §3º da Lei nº 8.906/94)." Parecer este que segue anexo a este e-mail.

Sendo assim, a HUDSON MORENO ZULIANI SOCIEDADE INDIVIDUAL DE ADVOCACIA está desclassificada ante a falta de encaminhamento dos documentos dentro do prazo e esta Casa passará a analisar a documentação do segundo colocado, conforme prevê o Aviso de Contratação.

Atenciosamente,

Andressa Baccili
Diretora de Departamento - DSAS
Câmara Municipal de Boituva
Rua Vereador Olímpio de Barros, nº 100 - Jardim Oreana
Boituva/SP
CEP 18.550-130
Tel: (15) 3363-9090 - Ramal 128

----- Original Message -----

From: HUDSON M ZULIANI [<mailto:zuliani@zuliani.com.br>]
To: "Elder Afonso Scomparim" <elder@camaraboituva.sp.gov.br>
Cc: oscarmvieira@camaraboituva.sp.gov.br, secretariageral@camaraboituva.sp.gov.br
Sent: Thu, 9 Nov 2023 17:00:15 -0300
Subject: Re: Próximas passos para a contratação

Prezado Elder,

Observo que relativamente às licitações públicas, a LC 123/06 (acolhida pela Lei nº 14.133/21 - art. 4º) estabeleceu medidas protetivas para as empresas optantes pelo Simples Nacional, entre as quais, o direito de comprovar condição de regularidade fiscal apenas por ocasião da contratação, assegurando o prazo de 5 dias úteis, para a comprovação da regularidade, cujo termo inicial corresponderá ao momento em que o proponente for declarado vencedor do certame. (art. 43, §1º). Portanto, não há óbice quanto ao prosseguimento do processo.

Atenciosamente.

Hudson Moreno Zuliani

Em qui., 9 de nov. de 2023 às 16:23, HUDSON M ZULIANI <zuliani@zuliani.com.br> escreveu:

Prezado Elder,

Conforme solicitado, segue as certidões relacionadas:

- a) CERTIFICADO DE REGULARIDADE DO FGTS - CRF
- b) CERTIDÃO NEGATIVA DE LICITANTES INIDÔNEOS (TCU)
- c) CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITOS TRABALHISTAS (TRT)
- d) Quanto CND - SIMPLES NACIONAL (regularidade fiscal), atesto que não há nenhuma pendência de situação fiscal ou cadastral perante a Receita Federal que impeça ou inviabilize a contratação, contudo, não foi possível emitir a CND até o momento, devendo tal situação estar devidamente sanada nas próximas

horas, pelo que peço a compreensão e tolerância, com a recepção desse documento até a data de amanhã (10/11/2023), impreterivelmente.

Atenciosamente.

Hudson Moreno Zuliani

Em qui., 9 de nov. de 2023 às 08:55, Elder Afonso Scomparim <elder@camaraboituva.sp.gov.br> escreveu:

Bom dia prezado Hudson.

Sua proposta classificou-se em 1º lugar na disputa.

Desta forma, para darmos continuidade à contratação, solicitamos que V. S.^a providencie o mais breve possível as certidões relacionadas no aviso de contratação direta, a saber:

a) prova de regularidade com a Fazenda Federal, através de certidão de regularidade fiscal (CND); b) prova de regularidade perante o FGTS, através do Certificado de Regularidade do FGTS-CRF; c) certidão negativa de débitos trabalhistas.

Ficamos no aguardo.

Atenciosamente,

Elder Afonso Scomparim

Agente Administrativo

Câmara Municipal de Boituva/SP

CNPJ: 01.839.446/0001-77

Telefone: (15) 3363-9090

WhatsApp: (15) 99245-5336

"Esta mensagem, incluindo seus(s) anexos(s), pode conter informações privilegiadas e/ou de caráter confidencial - em especial, mas não somente, em decorrência da Lei nº 13.709/18 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais - LGPD), não podendo ser retransmitida sem autorização expressa do remetente. Se você recebeu esta mensagem por engano, por favor, informe-nos e apague-a; não copie ou divulgue seu conteúdo. Antes de imprimir, lembre-se do seu compromisso com o meio ambiente."

P A R E C E R

Nº 3426/2023¹

- LI – Licitação. Dispensa em razão do valor - Nova lei de licitações e contratos administrativos, NLLCA (Lei nº 14.133/2021) - Benefício do Estatuto Nacional da Microempresa - ME e da Empresa de Pequeno Porte - EPP (Lei Complementar nº 123/2006, § 1º, do art. 43) - Contratação de serviços de assessoria jurídica - Ausência de base legal para se enquadrar as Sociedades de Advogados como ME ou EPP visando benefícios em contratações com o Poder Público (*caput*, do art. 3º, da Lei Complementar nº 123/2006 c/c art. 15, § 1º c/c art. 16, *caput* e § 3º da Lei nº 8.906/1994) - Observância aos Princípios da Legalidade e da Isonomia (art. 37, *caput* e inciso XXI, da Constituição)

CONSULTA:

O Consulente submete-nos as seguintes questões:

A Câmara abriu um procedimento de dispensa de licitação para contratação, temporária (aproximadamente de 2 a 4 meses), de sociedade de advocacia para prestação de serviços de

¹PARECER SOLICITADO POR MARCEL CARVALHO DE MELLO, SECRETÁRIO GERAL - CÂMARA MUNICIPAL (BOITUVA-SP)

assessoria jurídica, considerando que atualmente o órgão está sem procurador legislativo.

Foi publicado aviso de contratação direta no site e concedido prazo de 3 dias úteis para recebimento de novas propostas, conforme prevê o § 3º do Art. 75 da Lei 14.133/2021. O aviso de contratação direta previa que no dia útil seguinte ao término do recebimento das propostas seriam verificados os documentos de habilitação.

A sociedade de advocacia detentora da menor proposta não apresentou neste dia a Certidão Negativa de Débitos Federais. No entanto, solicitou prazo complementar de 5 dias úteis por entender que o benefício para ME/EPP previsto no § 1º do Art. 43 da LC 123/2006 se aplicaria ao seu caso. Dessarte, a Câmara concedeu o prazo, e assim o escritório entregou a certidão faltante.

Ocorre que, a sociedade classificada em segundo lugar, inconformada, encaminhou e-mail a esta edilidade, argumentando que sociedades de advocacia não podem ser equiparadas a ME/EPP e, portanto, não poderia gozar de prazo suplementar previsto no § 1º do Art. 43 da LC 123/2006. Inclusive, juntou consulta ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil em que corrobora a impossibilidade de equiparação, conforme abaixo:

Destarte, considerando todo o acima exposto, questionamos:

a) existe fase recursal no procedimento de dispensa de licitação?

b) sociedades de advocacia podem ou não usufruir do benefício previsto no § 1º do Art. 43 da LC 123/2006 para provar sua regularidade fiscal? Para este ato, deve a Câmara adotar o

entendimento da OAB sobre o não enquadramento das Sociedades de Advogados à LC 123/2006? Fundamente legalmente.

c) em caso positivo do item anterior, a Câmara deve desclassificar o primeiro colocado e convocar o segundo para apresentar sua documentação?

RESPOSTA:

Inicialmente, alertamos que o presente pronunciamento se resumir-se-á ao enfrentamento das questões objetivamente postas na consulta e não adentrará ao exame da legalidade da contratação de sociedade de advocacia para prestação de serviços de assessoria jurídica em substituição ao trabalho do procurador legislativo, o que, a princípio, é de todo vedado.

Posto isto, cumpre destacar que por força do art. 37, XXI, da Constituição de 1988, as contratações realizadas pelo Poder Legislativo, no desempenho da sua função administrativa, devem ocorrer após o regular processo de licitação (art. 1º, I, da NLLCA). Assim, a contratação direta, mediante dispensa ou inexigibilidade, é o procedimento adotado excepcionalmente, nas hipóteses onde há fundamento de fato e de direito para tanto (Capítulo VIII, da NLLCA). – em detrimento da licitação – requer o completo e substancial (e não apenas formal) cumprimento das exigências do art. 72 da NLLCA, seja qual for o valor envolvido (art. 75, II, da NLLCA) ou o prazo do contrato a ser celebrado.

É forçoso fazer a referida advertência porque a NLLCA

expressamente prevê que no caso de “[...] contratação direta indevida ocorrida com dolo, fraude ou erro grosseiro, o contratado e o agente público responsável responderão solidariamente pelo dano causado ao erário, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis” (Parágrafo único, do art. 75, da NLLCA). Dentre as “outras sanções legais cabíveis” encontram-se as da responsabilização criminal (por exemplo, art. 337-E, da NLLCA).

Isto posto, feita essas breves considerações, passa-se adiante a responder as questões postas sob consulta.

a) existe fase recursal no procedimento de dispensa de licitação?

RESPOSTA: Não existe fase recursal prevista na NLLCA para o procedimento de dispensa de licitação. Porém, no procedimento de dispensa de licitação – ou em qualquer processo administrativo – há o dever de responder fundamentadamente as manifestações apresentadas no exercício do Direito de Petição (art. 5º, XXXIV, letra “a” da Constituição). Nesse sentido, a doutrina de JOEL DE MENEZES NIEBUHR, em artigo que tratou da dispensa eletrônica prevista na Instrução Normativa nº 67/2021, da Administração Pública Federal, consigna:

“Os efeitos da ausência de fase recursal, no entanto, podem ser supridos pelo direito de petição que é reconhecido a todas as pessoas, inclusive àquelas que participam de processos de dispensa de licitação eletrônica. A única particularidade é que o direito de petição não tem efeito suspensivo, em razão do que se pode comparar a petição a um recurso sem efeito suspensivo.” (In “A dispensa de licitação eletrônica é modalidade de licitação disfarçada”. Disponível em <https://zenite.blog.br/a-dispensa-de-licitacao-eletronica-e-modalidade-de-licitacao-disfarcada/>)

b) sociedades de advocacia podem ou não usufruir do benefício

previsto no § 1º do Art. 43 da LC 123/2006 para provar sua regularidade fiscal? Para este ato, deve a Câmara adotar o entendimento da OAB sobre o não enquadramento das Sociedades de Advogados à LC 123/2006? Fundamente legalmente.

RESPOSTA: O benefício do § 1º, do art. 43, da Lei Complementar nº 123/2006, é expressamente destinado a “microempresas e as empresas de pequeno porte, por *ocasião da participação em certames licitatórios*” (art. 43, *caput*). Portanto, faz-se necessária lei específica para estender o referido benefício para o procedimento de dispensa de licitação, sob pena de flagrante ofensa à isonomia (art. 37, XXI, da Constituição), principalmente quando há a pluralidade de potenciais contratantes.

A Lei Complementar nº 123/2006 considera microempresas ou empresas de pequeno porte: a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário (art. 966 do Código Civil), **desde que devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas**, conforme o caso, que alcance, em cada ano-calendário, a receita bruta igual ou inferior nos patamares definidos nos seus termos (art. 3º, incisos I e II).

Por outro lado, as Sociedades de Advogados são constituídas e reguladas segundo os arts. 15 a 17 da Lei nº 8.906/1994 (Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil – EAOAB); bem como segundo os arts. 37 a 43 do seu Regulamento Geral e ainda as disposições do Provimento nº 112/2006 da OAB.

Com efeito, as Sociedades de Advogados são proibidas de apresentar forma ou características de sociedade empresária (art. 16 do EAOAB). Bem por isso, não podem ser registradas no Registro de Empresas Mercantis.

As formas de sociedade simples ou sociedade unipessoal de advocacia são admitidas para as Sociedades de Advogados. Porém, estas apenas adquirem personalidade jurídica com o registro aprovado no Conselho Seccional da OAB em cuja base territorial a sociedade tiver sede (art. 15, § 1º do EAOAB), sendo expressamente proibido o registro nos cartórios de Registro Civil de Pessoas Jurídicas e nas Juntas Comerciais (art. 16, § 3º do EAOAB).

Portanto, como o enquadramento como ME e EPP exige o registro no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas (*caput*, do art. 3º, da Lei Complementar nº 123/2006), resta evidente que as Sociedades de Advogados não podem ser enquadradas nessas categorias por imposição do EAOAB (art. 15, § 1º c/c art. 16, *caput* e § 3º).

Para o enquadramento das Sociedades de Advogados como ME e EPP visando benefícios em contratações com o Poder Público (art. 42 a 49 da Lei Complementar nº 123/2006), faz-se necessário modificar o Estatuto da ME e da EPP para incluir essa possibilidade. Exatamente como a modificação operada pela Lei Complementar nº 147/2014, que passou a prever a possibilidade das Sociedades de Advogados aderirem ao regime tributário diferenciado do Simples (art. 18, § 5º - C, inciso VII).

Portanto, com base nos fundamentos legais expostos, sobretudo nos Princípios da Legalidade e da Isonomia (art. 37, *caput* e inciso XXI, da Constituição), entende-se que: (i) O benefício do § 1º, do art. 43, da Lei Complementar nº 123/2006, é destinado às licitações – e não às dispensas de licitações. (ii) Não há base legal para se enquadrar as Sociedade de Advogados como ME ou EPP visando benefícios em contratações com o Poder Público (*caput*, do art. 3º, da Lei Complementar nº 123/2006 c/c art. 15, § 1º c/c art. 16, *caput* e § 3º da Lei nº 8.906/1994).

c) em caso positivo do item anterior, a Câmara deve desclassificar o primeiro colocado e convocar o segundo para apresentar

sua documentação?

RESPOSTA: Sim. Os vinculantes termos do Aviso de Contratação Direta preveem expressamente que caso “*a primeira sociedade não cumpra com os requisitos, serão analisados os documentos da segunda classificada, e assim sucessivamente, até cumprimento dos requisitos de habilitação.*” (item 4).

São essas, portanto, as respostas às questões apresentadas, reiterando-se a necessidade de observância às advertências preliminares (Parágrafo único, do art. 75, da NLLCA).

É o parecer, s.m.j.

Leonardo Candido Bastos
Consultor Técnico

Aprovo o parecer

Marcus Alonso Ribeiro Neves
Consultor Jurídico

Rio de Janeiro, 21 de novembro de 2023.