



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Número do 1.0637.12.007216-9/001 **Númeraço** 0963309-
Relator: Des.(a) Edilson Fernandes
Relator do Acordão: Des.(a) Edilson Fernandes
Data do Julgamento: 04/12/2012
Data da Publicaçã: 14/12/2012

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. TRATAMENTO DIFERENCIADO E FAVORECIDO DISPENSADO ÀS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE. ARTS. 44 E 45, LC 123/06. CRITÉRIO DE DESEMPATE ESPECIAL. ART. 3º, §4º, INCISO IX, LC 123/06. INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA. LIMINAR. REQUISITOS. PRESENÇA. RECURSO PROVIDO. Para a concessão de liminar em mandado de segurança, necessária a comprovação a coexistência dos seguintes requisitos legais: a relevância do fundamento em que se assenta o pedido na inicial e a possibilidade da ocorrência de lesão irreparável ao direito do impetrante se vier a ser reconhecido na decisão de mérito. A correta interpretação da regra jurídica deve considerar a intenção do legislador, a qual na hipótese do art. 3º, §4º, IX, LC 123/06 foi a de impedir que uma sociedade empresária utilize a cisão como meio de permitir o seu enquadramento nos limites estabelecidos pela LC 123/06 relativos à receita bruta (art. 3º, caput, incisos I e II), de modo que, a princípio, deve ser assegurada à impetrante a oportunidade de exercer a faculdade prevista no inciso I do art. 45 da LC 123/06.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CV Nº 1.0637.12.007216-9/001 - COMARCA DE SÃO LOURENÇO - AGRAVANTE(S): GONDIM CONSTRUTORA LTDA - AGRAVADO(A)(S): MUNICÍPIO DE SÃO LOURENÇO - AUTORID COATORA: PRESIDENTE DA COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO DE SÃO LOURENÇO - INTERESSADO: CONSTRUTORA SANENCO LTDA

ACÓRDÃO

Vistos etc., acorda, em Turma, a 6ª CÂMARA CÍVEL do



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos, à unanimidade, em DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

DES. EDILSON FERNANDES

RELATOR.

DES. EDILSON FERNANDES (RELATOR)

V O T O

Trata-se de recurso interposto contra a r. decisão de ff. 110/111-TJ, proferida nos autos do mandado de segurança impetrado por GONDIM CONSTRUTORA LTDA. - EPP contra ato da PRESIDENTE DA COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO DO MUNICÍPIO DE SÃO LOURENÇO e do PREFEITO MUNICIPAL, que indeferiu o pedido liminar formulado no sentido de determinar a suspensão do procedimento licitatório - concorrência pública nº 002/2012.

Em suas razões, a agravante sustenta que não cabe à Comissão de Licitação ou ao Prefeito Municipal julgar válido ou não o enquadramento de qualquer pessoa jurídica como microempresa ou empresa de pequeno porte. Alega que não é resultante ou remanescente de cisão de outra sociedade empresária e nem foi criada com o intuito de burlar a legislação, eis que já se enquadrava como empresa de pequeno porte à época da operação societária realizada entre ela e a sociedade Soenge Construtora Ltda.. Destaca que tal operação foi analisada e aprovada pela Junta Comercial Estadual e que continuou a ser enquadrada como empresa de pequeno porte. Assevera que o perigo na demora encontra-se presente, haja vista a possibilidade de ocorrer a adjudicação do objeto da licitação e a homologação do resultado final a qualquer momento, o que resultaria na perda de objeto na ação mandamental. Pugna pelo provimento do recurso (ff. 02/20).



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Em sua petição inicial, narra a agravante que, no curso do processo de licitação, modalidade concorrência pública, que visa à construção da Estação de Tratamento de Esgoto do Município de São Lourenço, o seu representante legal manifestou o interesse em fazer uso da prerrogativa prevista no §1º do art. 44 da LC 123/06, porém, a Comissão Permanente de Licitação decidiu pela inaplicabilidade da referida disposição legal, declarando vencedora a sociedade Construtora Sanenco Ltda. Afirma que foi interposto recurso administrativo, o qual foi indeferido, ao argumento de que a agravante não faria jus aos benefícios previstos da LC 123/06, em razão de ter incorporado patrimônio advindo da cisão de outra sociedade, o que se afiguraria ilegal (ff. 131/151-TJ).

O MM. Juiz da causa, entretanto, em decisão sucinta, indeferiu o pedido liminar, por não verificar lesão ao suposto direito líquido e certo da impetrante (ff. 110/111-TJ).

Para a concessão de liminar em mandado de segurança, necessária a comprovação dos requisitos legais, quais sejam, a relevância do fundamento - dos motivos em que se assenta o pedido na inicial (fumaça do bom direito) e a possibilidade da ocorrência de lesão irreparável ao direito do impetrante se vier a ser reconhecido na decisão de mérito (perigo da demora), conforme estabelece o art. 7º, inciso III, da Lei nº 12.016/2009.



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Desse modo, na apreciação das condições do pedido de liminar, é obrigatória a constatação dos requisitos indissociáveis da fumaça do bom direito e do perigo na demora, que, a um só tempo, revelam a plausibilidade aparente da pretensão aviada e o perigo fundado de dano à parte requerente.

Consta dos autos que a agravante, em um primeiro momento, foi considerada inabilitada "por ter apresentado atestados dos quais é detentora de 43,5% não atingindo ao quantitativo exigido em Edital" (ff. 366/368-TJ). Todavia, apresentado recurso pela agravante, a Comissão Permanente de Licitação reviu o seu posicionamento para declará-la habilitada, ressaltando que a capacidade técnica da agravante restou comprovada mediante o atestado de f. 282-TJ, emitido pela COPASA em favor da sociedade Soenge Construtora Ltda., e a demonstração da relação existente entre esta e a agravante, de acordo com os documentos de ff. 265/269-TJ (ff. 369/371-TJ).

Quando da abertura dos envelopes das propostas, a agravante manifestou interesse em fazer uso dos benefícios da LC 123/06, porém, a Comissão Permanente de Licitação decidiu pela não aplicação do tratamento diferenciado, declarando vencedora a Construtora Sanenco Ltda. (ff. 372/373 -TJ).

Interposto recurso pela agravante, a suprarreferida decisão foi mantida pela Comissão Permanente de Licitação, sob o entendimento de que, na fase de habilitação, a agravante valeu-se da "condição de cindenda" e usou como direito a somar para si os atestados incorporados no ato da negociação empresarial", motivo pelo qual não poderia a agravante ser beneficiada pelo tratamento



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

diferenciado conferido às empresas de pequeno porte, em obediência ao previsto no art. 3º, §4º, inciso IX, LC 123/06 (ff. 374/378-TJ); o que foi ratificado pelo Prefeito Municipal (ff. 384/385-TJ).

Nesse contexto, verifica-se que a razão pela qual a agravante restou impedida de fazer uso dos benefícios da LC123/2006 deve-se ao fato de ter sido considerada remanescente de cisão parcial.

A fim de regulamentar os arts. 170, inciso IX, e 179, ambos da Constituição da República, foi editada a Lei Complementar 123/2006, a qual estabelece normas gerais sobre o tratamento diferenciado a ser dispensado às microempresas - ME e às empresas de pequeno porte - EPP (art. 1º), prevendo, no que interessa, um critério de desempate específico e favorável a essas empresas nos procedimentos licitatórios:

"Art. 44. Nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte.

§ 1º Entende-se por empate aquelas situações em que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 10% (dez por cento) superiores à proposta mais bem classificada.

(...)"

"Art. 45. Para efeito do disposto no art. 44 desta Lei Complementar, ocorrendo o empate, proceder-se-á da seguinte forma:



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

I - a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada poderá apresentar proposta de preço inferior àquela considerada vencedora do certame, situação em que será adjudicado em seu favor o objeto licitado;

II - não ocorrendo a contratação da microempresa ou empresa de pequeno porte, na forma do inciso I do caput deste artigo, serão convocadas as remanescentes que porventura se enquadrem na hipótese dos §§ 1o e 2o do art. 44 desta Lei Complementar, na ordem classificatória, para o exercício do mesmo direito;

III - no caso de equivalência dos valores apresentados pelas microempresas e empresas de pequeno porte que se encontrem nos intervalos estabelecidos nos §§ 1o e 2o do art. 44 desta Lei Complementar, será realizado sorteio entre elas para que se identifique aquela que primeiro poderá apresentar melhor oferta.

§ 1o Na hipótese da não-contratação nos termos previstos no caput deste artigo, o objeto licitado será adjudicado em favor da proposta originalmente vencedora do certame.

§ 2o O disposto neste artigo somente se aplicará quando a melhor oferta inicial não tiver sido apresentada por microempresa ou empresa de pequeno porte.

(...)"

Lado outro, a LC 123/06 dispõe, em seu art. 3º, que:

"§ 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:



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

(...)

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".

Segundo o documento de ff. 270/274-TJ, arquivado na JUCEMG em 28.05.2012 (f. 274-TJ), realizou-se uma operação entre Soenge Construtora Ltda. e a agravante, denominada de "cisão parcial", na qual o sócio João Carlos Ribeiro Godim extinguiu suas quotas naquela e aproveitou os ativos recebidos como liquidação de suas quotas para aumentar a sua participação societária na agravante (f. 270-TJ).

Outrossim, consta do citado documento que o "acervo cindido da SOENGE será representado por parcelas dos ativos, intangível e imobilizado técnico", afigurando-se oportuno ressaltar que foi transferido à agravante a título de "ativo intangível" o atestado utilizado para comprovação de capacidade técnica junto à Comissão Permanente de Licitação (f. 272-TJ).

Cisão é a operação mediante a qual uma sociedade empresária transfere para outra, ou outras, constituídas para esse fim ou já existentes, parcelas do seu patrimônio ou a totalidade deste. Quando houver transferência de parte dos bens da cindida, a cisão será parcial; quando vertidos todos os bens, será total (art. 229, Lei 6.404/76).



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Desse modo, verifica-se que houve, no presente caso, cisão parcial, o que, segundo uma interpretação literal do art. 3º, §4º, inciso IX, LC 123/06, resultaria no desenquadramento da agravante como EPP.

Porém, entendo que a correta interpretação da regra jurídica deve considerar a intenção do legislador, a qual, na hipótese, foi a de impedir que uma sociedade empresária utilize a cisão como meio de permitir o seu enquadramento nos limites estabelecidos pela LC 123/06 relativos à receita bruta (art. 3º, caput, incisos I e II).

A propósito, esclarecem JAMES MARINS e MARCELO M. BERTOLDI:

"Também existe justificativa jurídica, nos casos relativos aos impedimentos à existência, na sociedade, de sócios ou administradores de outras pessoas jurídicas, ou mesmo no caso do impedimento relativo às empresas resultantes de cisão ou outras formas de desmembramento. Nessas hipóteses legais, o objetivo claro da norma é assegurar que não sejam beneficiados pelo regime especial quaisquer grupos societários, de fato ou de direito, e também coibir a prática de cisões com o escopo de pulverizar o faturamento, buscando-se evitar que os contribuintes lancem mão de possíveis formas jurídicas ou práticas oblíquas com o propósito de, na prática, ultrapassar os limites legais de receita bruta" (Simples Nacional: Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte comentado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 115, destaquei).

Da análise dos autos, verifico que a agravante



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

enquadrava-se como empresa de pequeno porte antes mesmo da realização da operação societária, condição essa que teria sido mantida após a cisão parcial.

Saliente-se ainda que a agravante apresentou, quando de sua habilitação, declaração no sentido de que cumpre os requisitos legais para a qualificação como EPP, estando apta a usufruir dos benefícios conferidos pela LC123/06 (f. 363-TJ), documento esse que é exigido pelo Decreto 6.204/2007, o qual regulamenta o tratamento diferenciado dispensado às ME e às EPP nas contratações públicas de bens, serviços e obras, no âmbito da administração pública federal (art. 11).

Nesse sentido, entendo, a princípio, que deve ser assegurada à agravante a oportunidade de exercer a faculdade prevista no inciso I do art. 45 da LC 123/06.

Considerando, por fim, que a manutenção do ato impugnado poderá resultar na ineficácia da medida pleiteada, caso seja deferida ao final, haja vista a possibilidade de homologação do procedimento licitatório e da adjudicação do seu objeto antes da prolação da sentença, forçoso concluir pelo deferimento da liminar.

DOU PROVIMENTO AO RECURSO para determinar a suspensão do procedimento licitatório até o julgamento final da ação mandamental.



Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Custas ao final, pelo vencido, na forma da lei.

DES. ANTÔNIO SÉRVULO - De acordo com o(a) Relator(a).

DES.^a SELMA MARQUES - De acordo com o(a) Relator(a).

SÚMULA: "DERAM PROVIMENTO AO RECURSO."