EXCELENTÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DA COMISSÃO DE LICITAÇÃO DO MUNICÍPIO DE MEDIANEIRA-PARANÁ.

EDITAL DE **CONCORRÊNCIA Nº 002/2023**.
PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 155/2023.

ALIANÇA CONSTRUTORA DE OBRAS LTDA, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ nº 43.611.315/0001-88, neste ato representada pelo seu sócio administrador **ALEXANDRO GONZATTI DE AZEVEDO**, brasileiro, casado, engenheiro civil, inscrito no CPF.MF nº 049.890.049-57, portador da carteira de identidade (RG) sob o nº 8.969.452-3-SSP-PR, residente na cidade de São Miguel do Iguaçu-PR, por seu advogado e bastante procurador (Dr. Ijair Vamerlatti, inscrito na OAB/PR nº 14.928), vem à presença de Vossa Excelência, apresentar sua

IMPUGNAÇÃO (RESPOSTA) AO RECURSO ADMINISTRATIVO

apresentado pela empresa **PAVIMENTAÇÕES E TERRAPLENAGENS SCHMITT LTDA**, aduzindo, para tanto, o que segue:

1) DOS FATOS:

A recorrente **PAVIMENTAÇÕES E TERRAPLENAGENS SCHMITT LTDA** porque inconformada com a habilitação da empresa recorrida ALIANÇA CONSTRUTORA DE OBRAS LTDA, interpôs ***Recurso Administrativo*** contra a decisão da Comissão de Licitação proferida no certame licitatório (concorrência nº 002/2023) em curso no Município de Medianeira-PR, ao argumento de que a empresa recorrida não atende aos critérios para ser considerada como uma empresa de pequeno porte ou ***microempresa***, uma vez que no ano-calendário em curso **(2023)**, a sua receita bruta já extrapolou o limite máximo para manter-se no enquadramento naquela categoria empresarial.

2) DO MÉRITO:

Em que pesem os esforços da empresa recorrente, visando a **inabilitação/desclassificação** da empresa recorrida **ALIANÇA CONSTRUTORA DE**

OBRAS LTDA, seus argumentos não merecem prosperar, devendo ser mantida 'in totum' a r. decisão que a habilitou no certame licitatório, pelos seus próprios e jurídicos fundamentos.

Em realidade, a empresa recorrente pretende eliminar a empresa recorrida no "tapetão", e com isso, impossibilitar o Município Licitante de optar pela proposta mais vantajosa ao interesse público.

2.1) PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO (EDITAL). EXERCÍCIO REGULAR DE UM DIREITO. INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO TORNA-SE LEI:

Diferentemente do que tenta fazer crer a recorrente, a empresa recorrida (ALIANÇA) agiu no **EXERCÍCIO REGULAR DE UM DIREITO**, uma vez que agiu em observância ao **PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO**, na medida em que o **EDITAL** do certame licitatório exigia (pág. 9) as **DEMONSTRAÇÕES FINANCEIRAS** do **ÚLTIMO EXERCÍCIO SOCIAL** (balanço patrimonial **ANUAL**).

Os índices deverão ser apresentados com 2 (duas) casas decimais, desprezando-se as demais, obedecendo-se os limites previstos no item 05;

b) demonstrações financeiras do último exercício social (balanço patrimonial anual com demonstrações contábeis de resultados), já exigível. O balanço patrimonial anual com as demonstrações contábeis, devidamente assinado por contabilista registrado no Conselho Regional de Contabilidade e o representante legal da empresa, deverá vir acompanhado dos termos de abertura e de encerramento do Livro Diário, devidamente registrados e assinados. O balanço das sociedades anônimas ou por ações deverá ser apresentado em publicação no Diário Oficial. O (*s*) mesmo (*s*) deverá (*ão*) ser assinado (*s*) por profissional da contabilidade registrado no Conselho Regional de Contabilidade.
b.1) Quando a data da abertura do certame for superior ao dia 30 de abril do presente ano, somente será aceito o balanço do ano anterior.

Código de acesso ao processo: 242.316.908.870.424.301 9

Observe-se que o **EDITAL** especifica (restringe) que **"SOMENTE"** será aceito o **BALANÇO DO ANO ANTERIOR**.

E, em nenhum momento a empresa recorrente se insurgiu ou impugnou os termos do **EDITAL**, no prazo de impugnação, o que torna **LEI entre as partes** licitantes.

Logo, deve ser **negado provimento** ao presente recurso administrativo, mantendo-se incólume a r. decisão que habilitou a empresa recorrida, porquanto esta

agiu no **EXERCÍCIO REGULAR DE UM DIREITO** e em observância às cláusulas e condições do **EDITAL CONVOCATÓRIO**.

Observe-se que a exigência constante no **EDITAL** diz respeito apenas às **DEMONSTRAÇÕES FINANCEIRAS** do **ÚLTIMO EXERCÍCIO SOCIAL** (balanço patrimonial anual)

E foi o que a empresa recorrida fez. Agiu conforme o direito e conforme o edital.

É de suma importância a previsão legal do artigo 3º, art. 41 e art. 55, XI, todos da Lei Federal 8.666/93, que dispõem que **a Administração está estritamente vinculada ao edital convocatório**, vejamos:

> "**Art. 3º** A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos."
>
> "**Art. 41.** A Administração **não pode descumprir as normas e condições do edital**, ao qual se acha estritamente vinculada".
>
> "**Art. 55.** São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam: [...] **XI** – a **vinculação ao edital de licitação** ou ao termo que a dispensou ou a inexigiu, ao convite e à proposta do licitante vencedor. "

O **princípio da vinculação ao instrumento convocatório**, ao mesmo tempo em que privilegia a transparência do certame, garantindo a plena observância dos princípios da igualdade, impessoalidade, publicidade, moralidade e probidade administrativa, preceitua que o julgamento das propostas seja o mais objetivo possível, nos exatos termos das regras previamente estipuladas. Isso sem contar a necessidade de **perpetuação de tal vinculação** durante toda a execução do contrato.

A **Administração tem o dever de respeitar aquilo que foi estabelecido pelo diploma editalício**, não podendo, de forma alguma, esquivar-se das regras preliminarmente estabelecidas.

Tal princípio não é mera conveniência ou simples prerrogativa legal que pode ser facilmente descartada. Jamais poderia se falar no desrespeito a tal princípio, este está atrelado a, praticamente, todos os demais princípios arrolados pela legislação, doutrina e aceitos pela jurisprudência, a Isonomia e o Julgamento Objetivo são exemplos de princípios adstritos diretamente àquele.

O **próprio instrumento convocatório torna-se lei** no certame ao qual regulamente, é impossibilitado que as cláusulas sejam descumpridas por qualquer uma das partes, seja a Administração, sejam as empresas participantes.

É impossível a execução de um certame sem que seja observado o **princípio da vinculação ao instrumento convocatório**. Sem este jamais poderá ser alcançado o julgamento objetivo.

O **princípio da vinculação ao instrumento convocatório** tem como finalidade principal evitar que administradores realizem análise de documentos de habilitação de forma arbitrariamente subjetiva, o que pode viabilizar o direcionamento do contrato em defesa de interesses pessoais ou de terceiros, em total contrariedade com o princípio da isonomia entre os licitantes e demais princípios da administração pública como moralidade, impessoalidade, legalidade e afronta ao interesse público.

O que se almeja é, nos dizeres do eminente **Celso Antônio**, ***"impedir que a licitação seja decidida sob o influxo do subjetivismo, de sentimentos, impressões ou propósitos pessoais dos membros da comissão julgadora"*** (Celso Antônio, 1998, p. 338).

Desse modo, uma vez que a empresa recorrida cumpriu o que exigia o **EDITAL** de licitação (que faz lei entre as partes), requer-se seja negado provimento ao recurso administrativo, mantendo-se incólume a r. decisão que habilitou a empresa recorrida no certame, porquanto esta agiu no **EXERCÍCIO REGULAR DE UM DIREITO**.

2.2) ANO-CALENDÁRIO. ANO CIVIL DE JANEIRO A DEZEMBRO.

Consoante consta no **EDITAL CONVOCATÓRIO**, a empresa licitante tem que apresentar apenas as **DEMONSTRAÇÕES FINANCEIRAS** do **ÚLTIMO EXERCÍCIO SOCIAL** (balanço patrimonial **ANUAL**).

A maneira de cumprir a exigência do **EDITAL** é através da comprovação da receita bruta da recorrida, cujo **"ano-calendário"** a ser considerado – para fins de enquadramento como microempresa (ME) - é pelo **ano civil**, de **janeiro** a **dezembro** de **2022** e não pelo ano em curso (**2023**) do certame licitatório.

A locução **"ano-calendário"** referida com frequência na LC 123/2006 é notoriamente empregada no **meio tributário** como o ano fechado, de 1º de janeiro a 31 de dezembro, quando está sob determinado tipo de verificação**.**

De igual modo faz a **Receita Federal** nos seus regulamentos, como o do **Imposto de Renda**, quando alude ao **"ano-calendário"** como sendo o **exercício anterior** ao da exigência da declaração.

Nesse sentido, no **"Dicionário de Direito Tributário",** de **Hugo de Brito Machado e Schubert de Farias Machado** (Editora Atlas S/A, 2011, pág. 11), a definição de **"ano-calendário"** não deixa dúvidas sobre a sua abrangência:

> "*Expressão utilizada para designar o ano civil, ou ano tal como consta das folhinhas ou calendários em geral, ordinariamente conhecidos, que indicam a divisão do tempo em períodos compostos de doze meses, designados o primeiro como janeiro e o último como dezembro".*

Portanto, a interpretação mais aderente à legislação e que vem sendo inequivocamente utilizada, é a de que o **ano-calendário** abrange o período de **1º/1 a 31/12.**

E essa interpretação vai de encontro à literalidade do **EDITAL CONVOCATÓRIO**, que exige o **"BALANÇO DO ANO ANTERIOR".**

Ao analisar o tema, o **TCU** entendeu que:

> *"considera-se que, na LC 123/2006, art. 3º, inciso II, o termo 'receita bruta' se refere às vendas realizadas no exercício, no ano-calendário,* ***de janeiro a dezembro****. O dispositivo define textualmente que EPP é a empresa que aufere, 'em cada ano-calendário, receita bruta superior a R$ 360.000,00 (...) e igual ou inferior a R$ 4.800.000'.* ***Não há dúvida de que ano-calendário é o período de doze meses compreendido entre janeiro e dezembro****."*

Portanto, para fim de enquadramento como ***microempresa*** ou empresa de pequeno porte de acordo com os parâmetros de receita bruta definidos pelo art. 3º da LC 123/2006, ***considera-se o período de apuração das receitas auferidas pela empresa como sendo de janeiro a dezembro do ano-calendário anterior à licitação, e não os doze meses anteriores ao certame***.

Esse é o recentíssimo julgado do TCU: ***Acórdão 250/2021 Plenário*** (Pedido de Reexame, Relator Ministro-Substituto Weder de Oliveira).

E pelo **ano-calendário** do ano de **2022**, a empresa recorrida se enquadra na categoria de microempresa, sendo que, eventual desenquadramento da empresa dar-se-á apenas no ano-calendário subsequente **(2024).**

A empresa recorrida vem seguindo o regime de enquadramento como **microempresa**, por considerar, que a condição de enquadramento ou desenquadramento diz respeito ao ano-calendário, como resta claro da expressa locução contida no caput do art. 30, inciso II, da Lei Complementar nº 123, de dezembro de 2006, com a redação da LC 139/2011.

Isso porque o regime de apuração é aferido ao longo do exercício, que se encerrou em **31/12/2022**, quando apurada a receita bruta no ano-calendário.

A menção a ano-calendário evita, inclusive que a aplicação do faturamento mês a mês gere interpretações distorcidas.

Por exemplo, numa situação comum com prestadores de serviços ao governo, se há, num único mês, o pagamento de faturamentos de competências de **meses anteriores**, fazendo com que, artificialmente, o faturamento daquele mês seja superior ao valor "limite" em um único mês.

Pela razão acima exposta, esta empresa, de **BOA-FÉ**, ingressou no certame licitatório como EPP, observando a exigência do **EDITAL CONVOCATÓRIO** (que faz alusão ao balanço do **ANO ANTERIOR**) e lastreada no balanço do já encerrado exercício de **2022**, devendo ser reputada como correta a condição declarada pela empresa.

Nada obstante os esclarecimentos ora prestados, a boa-fé que norteia a conduta da ora licitante a impele a considerar que a **Lei Complementar 123** pode, sim, comportar interpretações diversas, notadamente quando o **EDITAL CONVOCATÓRIO** (que faz lei entre as partes) assim preveja expressamente, fazendo alusão à comprovação do **BALANÇO DO ANO ANTERIOR** (último exercício social).

Conquanto tenhamos, pelas razões já expostas, a convicção de que o "**mês subsequente**" a que se refere a lei seja o mês de janeiro do exercício seguinte, há quem defenda que o mês seja aquele imediatamente posterior a ultrapassagem desse limite.

No entendimento desta licitante, eventual mudança deverá ocorrer em janeiro de 2024.

Desse modo, como a recorrida agiu de **boa-fé** (exercício regular de um direito) e atendeu ao **instrumento convocatório** (juntada do último exercício social (balanço do **ano anterior**), requer-se seja negado provimento ao recurso administrativo, mantendo-se integralmente a r. decisão que a habilitou no certame licitatório.

2.3) PRINCÍPIO DA COMPETITIVIDADE. PRECLUSÃO PARA IMPUGNAR O EDITAL. NINGUÉM PODE SE BENEFICIAR DA PRÓPRIA TORPEZA:

A Comissão de Licitação deve ter em mente, que a empresa recorrente tem por objetivo burlar o **PRINCÍPIO DA COMPETITIVIDADE**, e evitar a **proposta mais vantajosa** para a administração pública.

A recorrente pretende – no 'tapetão' - eliminar a recorrida da concorrência pública e com isso a Administração não alcançará o melhor contrato, uma vez que a empresa reclamante terá o ***campo aberto*** e sua proposta será pelo preço máximo (cheio) previsto no edital, sem nenhuma redução (desconto).

Portanto, a presente insurgência compromete o caráter competitivo do certame e deve ser julgada inteiramente improcedente.

A empresa recorrente deveria ter impugnado tempestivamente o **INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO (EDITAL)** e a cláusula que faz alusão **apenas** da exigência de demonstração do **BALANÇO DO ANO ANTERIOR**, e não o fez oportunamente, quedando-se inerte.

Logo, houve a **PRECLUSÃO** e a questão alusiva à exigência apenas do **BALANÇO DO ANO ANTERIOR** não pode ser mais rediscutida, tornando-se **LEI** entre as partes licitantes.

Ademais, a empresa recorrente ***não pode se beneficiar da própria torpeza***, na medida em que deixou de impugnar o EDITAL em tempo oportuno e agora se insurge contra a empresa recorrida, exatamente por ela ter cumprido o instrumento convocatório e juntado o **BALANÇO DO ANO ANTERIOR.**

Qualquer restrição (inabilitação/desclassificação) a um licitante, por apenas cumprir o que exigia o **EDITAL CONVOCATÓRIO** (colacionar o **BALANÇO DO ANO ANTERIOR**), ensejará a **NULIDADE** do certame como um todo e a realização de um nova licitação, com a publicação de novo EDITAL, o que seria contraproducente e oneroso para a Administração.

Desse modo, requer-se seja **DESPROVIDO** o recurso administrativo, mantendo-se incólume a r. decisão que habilitou a empresa recorrida no certame licitatório, porquanto a empresa recorrente ***não pode se valer de sua própria torpeza***, na medida em que não impugnou tempestivamente (preclusão) o **EDITAL CONVOCATÓRIO**, que faz lei entre as partes.

2.4) AUSÊNCIA DE DOLO. OBSERVÂNCIA AO EDITAL:

Como visto, a empresa recorrida nunca agiu com **dolo** (má-fé), na medida em que agiu no **exercício regular de um direito** e em observância do **edital convocatório**.

Se a empresa recorrida incidiu em alguma irregularidade ***(o que se admite apenas para poder argumentar)***, isso assim se deu, porque ela foi **induzida ao erro** pelo próprio **EDITAL CONVOCATÓRIO**.

Das duas, uma.

Ou o EDITAL está correto e faz **LEI** entre as partes, porque não foi impugnado tempestivamente e a empresa recorrida está regular.

Ou a empresa recorrida está irregular e a licitação deve ser NULIFICADA como um todo, isto porque a licitante (EPP) foi **induzida ao erro**, acreditando apenas na exigência de juntada do **BALANÇO DO ANO ANTERIOR (2022).**

Como a empresa recorrida agiu e age de **BOA-FÉ** e houve essa **INDUÇÃO AO ERRO** (no EDITAL CONVOCATÓRIO), esta não merece nenhuma reprimenda ou penalidade de qualquer natureza.

Uma empresa não pode ser atraída para um certame licitatório, através de um edital convocatório (cujas cláusulas expressas e são claras) e depois ser desclassificada ou penalizada, porque seguiu o que havia no EDITAL.

As regras do jogo devem ser claras e estarem previamente descritas no edital e não podem ser alteradas a qualquer momento, sob pena de ensejar a **INSEGURANÇA JURÍDICA**.

Veja-se, pois, a cronologia:

a) O Município de Medianeira publicou um EDITAL DE LICITAÇÃO e impôs condições (exigências), como por exemplo, a juntada do BALANÇO DO **ANO ANTERIOR**.

b) As empresas se habilitaram ao certame, acreditando nas cláusulas e condições do EDITAL CONVOCATÓRIO.

c) Ninguém impugnou o EDITAL.

d) Posteriormente aparece a empresa recorrente pretendendo eliminar a concorrência e alega a existência de fato que contraria o EDITAL.

Se a Administração der provimento ao recurso e cair nessa manobra astuta da empresa recorrente (o que se admite apenas para poder argumentar), terá atraído a licitante (EPP) em uma **"armadilha"**, o que certamente não é o intento da Municipalidade, que prima pela competitividade e a proposta mais vantajosa na defesa do interesse público.

3) REQUERIMENTOS:

Desse modo, requer-se seja conhecido o recurso, e, no **MÉRITO**, seja-lhe **NEGADO** provimento, mantendo-se incólume a r. decisão que habilitou a empresa recorrida no certame, pelos seus próprios e jurídicos fundamentos.

Na hipótese ***improvável*** de provimento do recurso, o que não se espera, que seja **NULIFICADA** a licitação 'ab initio', porquanto a empresa recorrida confiou nas cláusulas e exigências do **EDITAL CONVOCATÓRIO**, notadamente à juntada apenas do **BALANÇO DO ANO ANTERIOR**;

Sendo **NULIFICADA** a licitação desde o início, não há que se falar em *penalização* a quem quer que seja, até porque, se houve erro no **EDITAL**, a culpa foi da própria Administração, sendo que a empresa recorrida foi induzida ao erro e não pode sofrer nenhuma sanção por conta disso.

Nestes termos,
Pede deferimento.

De São Miguel do Iguaçu para Medianeira-PR, em 22 de setembro de 2.023.

IJAIR VAMERLATTI
OAB/PR nº 14.928