**JULGAMENTO DE RECURSO**

**RECORRENTE: SAMP - CONSTRUTORA DE OBRAS LTDA** devidamente inscrita no CNPJ/MF sob nº 02.810.894/0001-00

**RECORRIDA: ALIANCA CONSTRUTORA DE OBRAS LTDA** devidamente inscrita no CNPJ/MF sob nº 43.611.315/0001-88.

**REF.: CONCORRÊNCIA Nº 002/2023**

**I – DO OBJETO LICITADO:**

O Município de Medianeira/PR, devidamente inscrito no CNPJ nº 76.206.481/0001-58, realizou a sessão de abertura da **CONCORRÊNCIA Nº 002/2023** em 04/09/2023 às 09:00, objetivando a **Pavimentação asfáltica sobre pedras irregulares de vias urbana em CBUQ, 20.209,03 m2, incluindo serviços preliminares, terraplenagem, base e sub base, revestimento, meio-fio com sarjeta, sinalização de trânsito, drenagem, ensaios tecnológicos e placa de comunicação visual.**

**II – JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE**

Foram examinados os pressupostos de admissibilidade do recurso, especialmente a legitimidade e o interesse para recorrer, a tempestividade, a regularidade formal e material.

**RECURSO:** A recorrente apresentou **RECURSO** em 20/09/2023 por meio do Protocolo sob código 405-23-MED-DLC.

Prazo final para apresentação de recurso: 20/09/2023 contados da intimação do ato publicada no Diário Oficial Eletrônico - Município de Medianeira - Edição Nº 2894 - 13/09/2023, página 44.

Prazo final para apresentação de impugnação ao recuso: 27/09/2023.

Assim, verifica-se que o recurso foi **tempestivamente apresentado**, frente ao que se passa a sua análise de mérito.

## III – DOS FATOS

A recorrente, participante da licitação na modalidade CONCORRÊNCIA 002/2023, apresentou suas razões de recurso contra decisão de habilitação da empresa ALIANCA CONSTRUTORA DE OBRAS LTDA, alegando suposto desenquadramento da recorrida como microempresa/EPP.

Inconformada com a decisão da comissão de licitação, no exercício do direito de recorrer, apresentou suas razões expondo seus argumentos para possível revisão da decisão.

## IV – DAS RAZÕES RECURSAIS

Trata-se de recurso administrativo interposto pela empresa recorrente, acima identificada, contra a decisão de habilitação da empresa recorrida.

Apresenta em suas razões a presente argumentação:

> "(...) A empresa Aliança em seus documentos de habilitação anexou e se declarou como enquadrada na condição de microempresa/EPP.
> Fato é que a empresa aliança, não está mais enquadrada na condição de microempresa/EPP.
> Realizada consulta na Junta Comercial do Estado do Paraná, foi obtida a informação que a empresa Aliança solicitou sua exclusão do simples nacional.
> (...) Umas das vantagens que a EPP/ME tem é de usufruir do Simples Nacional. Isso significada que ela te dá a liberdade de usufruir do Simples Nacional. Isso significa que ela dá a liberdade de usufruir de algumas vantagens tributárias, ou seja, pagar menos impostos e tributos.
> Nota-se, como destacamos em vermelho que a própria empresa, contribuinte, faz a comunicação de pedido de exclusão do regime simples nacional, assim se desenquadrando da modalidade de microempresa/epp.

Dentre outras argumentações, a recorrente sustenta na peça recursal com base em diretrizes não aplicável ao presente certame, considerando que a CONCORRÊNCIA 002/2023 fora instaurado sob a premissa da Lei 8.666/93 e não da Nova Lei de Licitação – Lei nº 14.133/2021.

Do exposto, consta impugnação ao recurso na forma do art.109 § 3º da Lei 8.666/93.

## V – IMPUGNAÇÃO AO RECURSO

Consta nos autos do processo licitatório, impugnação ao recurso interposto, apresentado por parte da empresa recorrida ALIANÇA CONSTRUTORA DE OBRAS LTDA, através do Protocolo nº 569-23-MED-DLC, senão vejamos:

> (...) Aduz que a empresa recorrida solicitou sua exclusão do simples nacional e que foi desclassificada em um certame licitatório no Município de Serranópolis do Iguaçu-PR.
> (...) Com relação à alegação de que a empresa recorrida foi excluída do "simples nacional", tal argumento **NÃO** merece prosperar e em nada interfere no 'meritum causae' e na natureza (classificação) da empresa, porquanto tal exclusão se deu somente para fins de **TRIBUTAÇÃO**.
> Ou seja, a mera exclusão do SIMPLES NACIONAL – para fins tributários - não tem o condão de alterar a classificação e a natureza da empresa recorrida.

Do exposto, considerando as razões de recurso e impugnação ao recurso, passa-se a análise de mérito.

## VI – DO JULGAMENTO e FUNDAMENTOS LEGAIS

Inicialmente cabe ressaltar que os mandamentos legais aplicados para o presente processo estão previstos no edital, Lei 8.666/93 e demais jurisprudências.

Desta forma, decorre na peça recursal indicação de dispositivos inaplicáveis para a presente licitação, a exemplo as citações de artigos da Lei 14.133/2021, os quais não são aplicáveis para a CONCORRÊNCIA em epígrafe considerando que o mesma esta sob a égide da Lei 8.666/93 e conforme art. 191 da Lei 14.133/2021 é vedada a aplicação combinada das leis, *in verbis*:

> "Art. 191. Até o decurso do prazo de que trata o inciso II do caput do art. 193, a Administração poderá optar por licitar ou contratar diretamente de acordo com esta Lei ou de acordo com as leis citadas no referido inciso, e a opção escolhida deverá ser indicada expressamente no edital ou no aviso ou instrumento de contratação direta, ***vedada a aplicação combinada desta Lei com as citadas no referido inciso***." *grifo nosso*

Desta forma, o imbróglio da situação reside em suposta irregularidade quanto a fidedignidade do enquadramento da recorrida como empresa de pequeno porte durante exercício corrente do ano de 2023.

Conforme apresentado no recurso, que a empresa ALIANÇA CONSTRUTORA DE OBRAS LTDA já excedeu seu limite de faturamento durante o exercício corrente para fins de enquadramento como empresa de pequeno porte (EPP), cabe destacar, novamente, que a aferição quanto à classificação de empresas entre os diversos portes possíveis segundo o faturamento escapa ao âmbito desta Comissão de Licitação. É tarefa que compete, num primeiro momento, ao próprio empreendedor, que deve buscar e atualizar, nos prazos consignados em lei, os órgãos correlatos (RFB e JUCEPAR), com base na jurisprudência - Documentos Referentes ao Processo 7083/989/16:

> **PROCESSO: 00007083.989.16-0 REPRESENTANTE: AUTARQUIA COMERCIO E SAUDE ANIMAL LTDA (CNPJ 07.764.000/0001-07) o ADVOGADO: ANDRE LUIZ PORCIONATO (OAB/SP 245.603)REPRESENTADO(A): COMANDO DE POLICIAMENTO DE CHOQUE - SECRETARIA DA SEGURANCA PUBLICA (CNPJ 04.198.514/0021-06)** ASSUNTO: Comunica supostas irregularidades no uso da preferência conferida pela LC nº 123/2006 às microempresas e empresas de pequeno porte, eis que a licitante vencedora, aparentemente, não ostenta a condição de ME ou EPP, mas fez uso dos benefícios em certame promovido pelo Comando Policiamento de Choque da Polícia Militar do Estado de São Paulo.
> (...) Feita a presente síntese, consigne-se, de plano, que a aferição quanto à classificação de empresas entre os diversos portes possíveis segundo o faturamento escapa ao âmbito deste Tribunal.
> É tarefa que compete, num primeiro momento, ao próprio empreendedor, que deve buscar e atualizar, nos prazos consignados em lei, os órgãos correlatos (RFB, JUCESP, CAUFESP, BEC etc.), responsáveis pelo cadastro e registro dessas alterações, sob pena de multas e penalizações.
> Já do ponto de vista fiscalizatório, o controle é exercido pela Receita Federal do Brasil, nos assuntos relativos a cadastro (baixa, alteração etc.) e por esta, em conjunto com as eventuais Secretarias Fazendárias envolvidas, naqueles relacionados a tributos, dada a especial vinculação ao Simples Nacional() (...).

Ainda, em consulta a jurisprudência pertinente ao assunto, destaca-se o Acórdão TC-000392/007/11 do Egrégio Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, *a quo* os inclitos conselheiros realizaram o seguinte voto, *in verbis*:

> "2. VOTO
> 2.1 Os esclarecimentos apresentados são inconsistentes e insuficientes, o que não permite a aprovação da matéria.
> 2.2 <u>De acordo com a Lei Complementar federal nº 123/06, o enquadramento ou desenquadramento da condição de ME/EPP só ocorre no ano seguinte ao da apuração da receita bruta anual</u>.
> Assim, desde que atendidos os requistos de habilitação exigidos no edital, <u>nenhuma microempresa ou empresa de pequeno porte, ainda que tenha ultrapassado o faturamento estabelecido em lei no exercício em que está sendo realizada a licitação, estará impedida de usufruir dos benefícios concedidos às ME/EPP, previstos na referida lei.</u>" *grifo nosso*

De outra forma, cabe ressaltar que o edital faz lei entre as partes, sendo que a CONCORRÊNCIA 002/2023 foi instaurada sob a égide da Lei 8.666/93, *in verbis*:

> "Esta licitação, sob regime de empreitada por preço global, do tipo menor preço, será regida pelo Art. 27 da Constituição do Estado do Paraná, Lei Complementar Federal n. º 123/2006; Lei Federal n. º

> 8.666/1993 e suas alterações posteriores, pelas disposições deste Edital e seus anexos."

Assim sendo, seguindo como critério de habilitação para qualificação econômico-financeira nos ditames do art. 31 na forma da exigência prevista no item 10.2, subitem 4, alíneas "b" e "b.1", conforme segue:

> **TEXTO EXTRAIDO DA LEI 8.666/93**
> Art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a:
>
> I - balanço patrimonial e demonstrações contábeis **do último exercício social**, já exigíveis e apresentados na forma da lei, que comprovem a boa situação financeira da empresa, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais quando encerrado há mais de 3 (três) meses da data de apresentação da proposta; BRASIL, 1993.
>
> **TEXTO EXTRAÍDO DA CONCORRÊNCIA Nº 002/2023**
> 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.

Portanto, para desenlace da concorrência 002/2023, é imperioso inserir no contexto o que dispõe a legislação e a doutrina a respeito dos princípios que norteiam a licitação:

> "O ato convocatório da licitação e todos os atos decisórios decorrentes se subordinam a diversos princípios. Os fundamentais são a ***vantajosidade***, a ***isonomia*** e o **desenvolvimento nacional sustentável**, já referidos acima. ***Mas, ademais deles, há diversos outros princípios que norteiam a atividade licitatória*** (JUSTEN FILHO, 2014, p. 501)." *grifo nosso*

Um destes princípios é o da vinculação ao instrumento convocatório, segundo o qual a Administração deve respeitar as regras que ela mesma estipulou em seu instrumento convocatório.

O princípio da vinculação ao instrumento convocatório encontra guarida no artigo 3º e no artigo 41, da Lei 8.666/93, sendo que a inobservância deste princípio, aponta Pietro (2018, p. 474-475) ensejará, obrigatoriamente, a nulidade do

procedimento licitatório. Trata-se de princípio que é dirigido tanto aos licitantes como à Administração Pública.

O edital é o documento que fará a convocação dos interessados a participar do processo licitatório (NIEBUR, 2022).

É a própria Administração quem fará a sua elaboração e, por força do princípio da vinculação ao instrumento convocatório, fica adstrita às normas e regulamentos que nele dispor.

No caso em tela, a recorrente traz em suas razões seu entendimento quanto ao enquadramento como microempresa/epp, aduzindo que a recorrida já não está mais enquadrada pelo fato da mesma ter pedido a exclusão do Simples Nacional, contudo é incorreto tal entendimento, considerando que simples nacional trata-se de REGIME DE TRIBUTAÇÃO e não de porte empresarial, podendo desta forma uma empresa ser ME ou EPP e sua tributação ser Lucro Presumido ou Real.

Não obstante a própria recorrente apresenta o que dispõe o Decreto Federal nº 8.538/2015, sendo dever do licitante em solicitar o seu desenquadramento quando ultrapassado o limite de faturamento, **no ano fiscal anterior**, *in verbis:*

> "Art. 13. Para fins do disposto neste Decreto, o enquadramento como:
> (...) § 1º O licitante é responsável por solicitar seu desenquadramento da condição de microempresa ou empresa de pequeno porte quando houver ultrapassado o limite de faturamento estabelecido no art. 3º da Lei Complementar nº 123, de 2006, **no ano fiscal anterior**, sob pena de ser declarado inidôneo para licitar e contratar com a administração pública, sem prejuízo das demais sanções, caso usufrua ou tente usufruir indevidamente dos benefícios previstos neste Decreto." *grifo nosso*

Registre-se que o ano fiscal ainda não se encerrou, e em verificação a documentação alusiva a comprovação de qualificação econômico-financeira, a empresa recorrida, no ano fiscal anterior não ultrapassou o limite de faturamento para fins de ser considerada desenquadrada como microempresa ou empresa de pequeno porte para o exercício corrente, portanto não se trata de declaração falsa visto que seu desenquadramento somente deverá ser efetivado no próximo exercício (2024).

Ainda, se for outro entendimento, a empresa recorrida não se usufruiu de qualquer benefício da LC 123/2006 até o presente julgamento, considerando que a fase de julgamento das proposta ainda não ocorreu, prevalecendo desta forma a ampliação da competitividade no certame e a escolha da proponente que ofertar o menor preço válido.

Ademais, por questão de atendimento ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório e da seleção da proposta mais vantajosa, deve o recurso ser em seu mérito rechaçado.

**VII – CONCLUSÃO**

Diante de toda a narrativa, conheço o recurso administrativo interposto, por atender os requisitos de admissibilidade e, no mérito, nego provimento ao pedido formulado pela recorrente, com o fim de manter a **HABILITAÇÃO** da empresa **ALIANÇA CONSTRUTORA DE OBRAS LTDA.**

Por obediência à literalidade do art. 109, parágrafo 4º, da lei nº 8.666/93, e com o fim de evitar futura alegação de nulidade, promovo o encaminhamento dos autos à autoridade superior para apreciação.

Medianeira – PR, 28 de setembro de 2023, assinado digitalmente.

**MATHEUS HENRIQUE HENZ**
Presidente CPL – Portaria nº 002/2023

**VINICIUS CEREZER SEBEN**
Membro - Portaria nº 002/2023

**RONY FERNANDO KAMER BATISTA DA SILVA**
Membro - Portaria nº 002/2023

**ANGELO RENATO BIZINELLI JUNIOR**
Membro - Portaria nº 002/2023

**MARCUS VINICIUS M. VARGAS PRUDENCIO**
Membro - Portaria nº 002/2023