JULGAMENTO DE RECURSO

RECORRENTE: PAVIMENTACOES E TERRAPLENAGENS SCHMITT LTDA devidamente inscrita no CNPJ/MF sob nº 03.030.002/0001-11.

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 direcionado ao e-mail: matheus@medianeira.pr.gov.br, presidente da comissão de licitação.

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 suposta utilização de benefício da Lei Complementar nº 123/2006, sem se enquadrar na condição de Empresa de Pequeno Porte.

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:

> "(...) Tendo em vista a denúncia (Atendimento 541/2023), apresentada pela recorrente, a recorrida apresentou manifestação, alegando, em síntese, que, uma vez previsto no Edital, a obrigatoriedade de apresentar o balanço patrimonial relativo ao período já exigível em Lei, não há que se falar em desenquadramento da condição de EPP
> Ora, uma coisa não anula a outra, até porque, o que se ataca aqui é o fato de a recorrida ALIAÇA **apresentar declaração de EPP, mesmo não sendo**, descumprindo, a legislação vigente, em flagrante intenção de beneficiar-se em relação às demais concorrentes, o que será minuciosamente tratado no presente recurso. **Grifo nosso**
> (...)
> **III.I – DESENQUADRAMENTO COMO EPP – INEXISTÊNCIA DE DIREITO AO DESEMPATE DA LC 123/2006 – DEVER DA LICITANTE EM SOLICITAR DESENQUADRAMENTO.**
> (...) **Ao contrário da violação do limite anual, que resulta no desenquadramento da empresa no exercício subsequente, o excesso dos limites mensais acarreta uma exclusão automática e retroativa.**
> Em outras palavras. Não importa em qual mês ocorreu o excedente, a empresa perde sua qualificação como microempresa ou EPP desde o início. **Como resultado, a empresa não tem direito a qualquer um dos benefícios estabelecidos na Lei Complementar nº 123/2006.**
> **Isso vai totalmente de encontro com o alegado pela empresa Recorrida, já que em que pese o Edital exigir demonstrações financeiras do último exercício social, este também exige que a empresa concorrente apresente declaração de que se enquadra como Microempresa ou Empresa de Pequeno Porte.** Tais documentos são independentes entre si, assim, independente do

> resultado das demonstrações financeiras, **a declaração deve condizer com a verdade.**
> Assim, em razão do faturamento atual da empresa ALIANÇA, bem como previsto no art. 3º, §9º e §9º-A da Lei Complementar 123/2006, **tal declaração jamais poderia ter sido realizada.**
> Em resumo, 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 nº123/2006.
> Ao contrário do que reza a Lei, **mesmo sem atender os requisitos da Lei Complementar, a empresa ALIANÇA se declarou EPP.**

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 570-23-MED-DLC, senão vejamos:

> (...) 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**).
> 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.
> 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.
> 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.***
> 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)**.

> (...) 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.

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.

Antes de ponderar acerca dos argumentos expedidos pela denunciante, é imperioso consignar para o presente caso, acórdãos extraídos dos sítios oficiais de tribunais de contas com a finalidade de corroborar com a presente decisão.

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 ínclitos 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** **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**.
> Assim, desde que atendidos os requistos de habilitação exigidos no edital, **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.**" *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. ° 123/2006; Lei Federal n. ° 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.

Contudo o cerne da discussão ainda reside na suposta irregularidade na declaração de enquadramento como Microempresa/EPP, no qual a recorrente aduz que a recorrida não pode mais ser considerada como tal, nos seguintes apontamento:

> "Ora, uma coisa não anula a outra, até porque, o que se ataca aqui é o fato de a recorrida ALIAÇA **apresentar declaração de EPP, mesmo não sendo. (...)**
> **Isso vai totalmente de encontro com o alegado pela empresa Recorrida, já que em que pese o Edital exigir demonstrações financeiras do último exercício social, este também exige que a empresa concorrente apresente declaração de que se enquadra como Microempresa ou Empresa de Pequeno Porte.** Tais documentos são independentes entre si, assim, independente do resultado das demonstrações financeiras, **a declaração deve condizer com a verdade.**
> Assim, em razão do faturamento atual da empresa ALIANÇA, bem como previsto no art. 3º, §9º e §9º-A da Lei Complementar 123/2006, **tal declaração jamais poderia ter sido realizada.**
> Em resumo, 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 nº123/2006.
> Ao contrário do que reza a Lei, **mesmo sem atender os requisitos da Lei Complementar, a empresa ALIANÇA se declarou EPP."**

Para resolução da lide, não há qualquer exigência, tanto no edital da concorrência 002/2023 como na Lei de sua regência, Lei 8.666/93, de que o licitante esta obrigado a comprovar seu enquadramento como EPP **durante o curso do exercício corrente da licitação**, vejamos o que contempla o teor da declaração padrão exigida no item 10.2, subitem 1, alínea "c" disposta no Modelo Nº 12:

> "O signatário do presente, o senhor (inserir o nome completo), representante legalmente constituído da proponente (inserir o nome da proponente, declara sob as penas da Lei, que a mesma está estabelecida sob o regime legal de ME, EPP ou equiparadas, conforme conceito legal e fiscal de nosso ordenamento pátrio, podendo usufruir os benefícios da Lei Complementar nº 123/06."

Assim sendo na forma do item 26.9, *in verbis*:

> "Os casos omissos serão resolvidos pela Comissão de Licitação à luz da legislação, da jurisprudência e da doutrina aplicáveis à espécie."

Percebe-se então que no modelo padrão atribuído no edital traz duas condicionantes, uma que é a declaração de estar enquadrada como ME, EPP ou equiparadas e a outra o usufruto do benefício da Lei Complementar nº 123/06. **Não sendo atribuído qualquer condicionante**, no modelo padrão, de que o licitante deveria declarar seu faturamento durante o curso do exercício corrente para se verificar qualquer exclusão de tal benefício, a luz da literalidade presente no art. 3º §9º da LC 123/2006:

> "§ 9º A empresa de pequeno porte que, no ano-calendário, exceder o limite de receita bruta anual previsto no inciso II do **caput** deste artigo **fica excluída**, no mês subsequente à ocorrência do excesso, do tratamento jurídico diferenciado previsto nesta Lei Complementar,

> incluído o regime de que trata o art. 12, para todos os efeitos legais, ressalvado o disposto nos §§ 9º-A, 10 e 12." *Grifo nosso*

Vejamos que o presente mandamento trata-se de exclusão e não de desenquadramento.

Diferentemente do exigido na Nova lei de licitações e contratos nº 14.133/2021, a qual traz expresso em seu Art. 3º §2º, vejamos:

> § 2º A obtenção de benefícios a que se refere o caput deste artigo fica limitada às microempresas e às empresas de pequeno porte que, no ano-calendário de realização da licitação, ainda não tenham celebrado contratos com a Administração Pública cujos valores somados extrapolem a receita bruta máxima admitida para fins de enquadramento como empresa de pequeno porte, **devendo o órgão ou entidade exigir do licitante declaração de observância desse limite na licitação**. BRASIL, 2021. *Grifo nosso*

Contudo, como anteriormente já delineado, a Concorrência 002/02023 esta instaurada sob a égide da Lei 8.666/93, vigente a presente data, e não há qualquer exigência no edital que remete tal obrigatoriedade para o licitante, bem como não sendo possível a aplicação combinada desta com a Lei 14.133/2021, vejamos:

> "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***." BRASIL, 2021. *grifo nosso*

Demais a mais, na forma do §1º art. 13 do Decreto 8538/2015 é de responsabilidade do licitante que ultrapassar o limite de faturamento **no ano fiscal anterior**, a realização de solicitação de desenquadramento da condição de microempresa ou empresa de pequeno porte, senão vejamos:

> "§ 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