DECISÃO

DENUNCIANTE: PAVIMENTACOES E TERRAPLENAGENS SCHMITT LTDA

DENUNCIADA: ALIANÇA CONSTRUTORA DE OBRAS LTDA

Trata-se o presente de denúncia apresentada em Atendimento 541/2023, sendo optado o atendimento na forma de anonimato, contudo, a denunciante se revelou em sessão pública da CONCORRÊNCIA Nº 002/2023 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, perdendo desta forma o anonimato sendo identificada como representante da empresa PAVIMENTACOES E TERRAPLENAGENS SCHMITT LTDA.

I – DOS FATOS

A denunciante relata uma possível irregularidade ao enquadramento da denunciada como empresa de pequeno porte (EPP), indicando que a mencionada empresa não atende mais aos critérios estabelecidos pela legislação para ser considerada uma EPP.

Relata que a empresa ALIANÇA CONSTRUTORA DE OBRAS LTDA já excedeu o limite de faturamento anual, apresentando contratos com outros entes da Administração Pública para servir como prova do excesso.

Intimada a empresa denunciada para manifestação preliminar, a mesma trouxe seu entendimento quanto a manutenção de seu enquadramento como Empresa de Pequeno Porte (EPP), referindo-se então ao edital da concorrência 002/2023 que traz a exigência de qualificação econômica-financeira as demonstrações financeiras do último exercício social, no qual a mesma comprovou o seu faturamento do exercício anterior (2022) estar dentro no limite admitido para fins de enquadramento como EPP durante o exercício corrente (2023). Ainda apresentou entendimento quanto ao ano-calendário, *in verbis*:

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

> 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 defendente se enquadra na categoria de Empresa de Pequeno Porte, sendo que, eventual desenquadramento da empresa dar-se-á apenas no ano-calendário subsequente (2024).
> (...) 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."

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 desta Comissão de Licitação, contudo, há de consignar a decisão para desfecho de processo licitatório em que se encontra suspenso, em especial a Concorrência nº 002/2023.

III – DECISÃO

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 denunciada como empresa de pequeno porte em eventual exercício de benefício da Lei Complementar 123/2006 durante exercício corrente do ano de 2023.

Cabe ressaltar que a presente matéria já foi alvo de discussão perante o Egrégio Tribunal de contas da União, *in verbis:*

> **ACÓRDÃO 250/2021 - PLENÁRIO**
> (...) 47. Na instrução, a unidade técnica lembrou que a receita bruta a ser considerada para fins de enquadramento como EPP é aquela auferida no curso do ano-calendário, ou seja, de janeiro a dezembro, conforme previsto na LC. Em função dessa diretriz legal e da forma de cálculo utilizada pela Citel, descrita no parágrafo anterior, descartou-se a argumentação da empresa (peça 43, p. 8).
> (...) 56. No seu voto, o relator divergiu da unidade técnica e se alinhou ao raciocínio exposto pela Citel, ou seja, devem ser considerados, como período, os doze meses anteriores ao pregão para contabilização da receita bruta. Sobre o assunto, destacou que o art. 3º da LC não incluiu a escrituração do balanço nem seu registro perante a Junta Comercial como critérios para o enquadramento como EPP ou para a perda dessa condição (peça 90, p. 6).

> (...) 58. Conforme se observa, há duas interpretações distintas para os dispositivos que definem a forma como as empresas devem agir para se manter na condição de EPP. Para o relator, a receita bruta deve ser averiguada mensalmente para saber se ultrapassou ou não o limite, conforme definido em lei. Por isso, os doze meses anteriores ao pregão seriam o período a ser considerado para cálculo da receita bruta. Para a Selog, a receita bruta deve ser avaliada em relação ao ano-calendário, isto é, de janeiro a dezembro.
> (...) 60. Dessa forma, qual seria a aplicação do disposto no § 9º do art. 3º da LC 123/2006? Entende-se que esse é um dispositivo para obrigar as empresas a fazer o acompanhamento mensal de sua receita bruta relativa ao ano-calendário. Caso haja excesso em algum mês do ano, a empresa deverá obrigatoriamente comunicar ao fisco para efetivar o desenquadramento do regime tributário simplificado, concedido às EPP.
> 61. Esse dispositivo pode ser interpretado no sentido de evitar que a empresa fique mudando com frequência de regime tributário durante o ano em função de variações de sua receita bruta. Assim, previu-se que o desenquadramento se dará conforme o excesso ocorrido: se a receita acumulada no ano for superior a R$ 5.760.000,00 (R$ 4.800.000,00 + 20 % de R$ 4.800.000,00), quer dizer que a empresa está faturando bem e que, provavelmente, ao final do ano, superará o limite estabelecido na lei. Caso contrário, é possível que ao final do ano a receita fique abaixo do estabelecido na lei, pois o excesso pode não se verificar nos meses seguintes àquele em que foi detectado.
> 62. Na primeira hipótese, o desenquadramento deverá ser efetivado mediante comunicação da empresa realizada até o último dia útil do mês subsequente à ultrapassagem; na segunda, até o último dia útil do mês de janeiro do ano-calendário subsequente (LC 123/2006, art. 30, inciso IV, e § 1º, inciso IV, alíneas ‘a’ e ‘b’).
> (...) 77. Infere-se, portanto, que a interpretação adequada para o termo ‘receita bruta’, previsto na LC 123/2006, é aquele referente às vendas realizadas no exercício, no ano-calendário, de janeiro a dezembro. Como, em 2017, a receita bruta da Citel foi superior a R$ 4.800.000,00, a ponto de justificar sua exclusão no ano seguinte, ela não poderia usufruir dos benefícios relativos à condição de EPP durante o ano de 2018.

Neste sentido, a empresa denunciada não poderia usufruir dos benefícios relativos a condição de EPP durante o ano de 2023 no caso em que seu faturamento ultrapasse-se o limite admitido indicado na LC 123/2006 no exercício anterior (2022), o que não é o caso, conforme Demonstrações de Resultado do Exercício (DRE) apresentado em fase de habilitação por parte da empresa ALIANÇA CONSTRUTORA DE OBRAS LTDA na Concorrência 002/2023.

Todavia, conforme apresentado na denúncia, 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 <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 econômica-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.

Desta forma, 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, 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*

Por todo o exposto, dados que o presente expediente **(i)** não guarda relação que demande vinculação a outros processos em andamento, **(ii)** principalmente, traz tema estranho às competências desta Comissão de Licitação e **(iii)** impossível a aplicação combinada das Leis 8.666/93 e 14.133/2021, prevalecendo as exigências do Edital da Concorrência 002/2023, uma vez que os mesmos não foram

impugnados, tendo desta forma a presente denúncia como **prejudicada** promovendo deseta forma seu **arquivamento.**

Medianeira/PR, 13 de setembro de 2023, assinado digitalmente.

MATHEUS HENRIQUE HENZ
Presidente da Comissão de Licitação
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