



ESTADO DO PARANÁ
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
SECRETARIA DE ESTADO DE INFRAESTRUTURA E LOGÍSTICA
NÚCLEO JURÍDICO DA ADMINISTRAÇÃO

PROCOLO: 14.683.578-3

INTERESSADO1: Sindicato da Indústria da Construção Civil no Estado do Paraná – SINDUSCON PR.

INTERESSADO2: Secretaria de Estado de Infraestrutura e Logística.

ASSUNTO: Proposta para criação de dispositivo legal impedindo que micro e pequenas empresas usufruam dos benefícios decorrentes de tal situação quando a empresa possuir contratos administrativos adjudicados para si que, somados com sua receita bruta anual, extrapolem o limite financeiro previsto no art. 3º, inciso II, da LC 123/2006.

PARECER Nº 28/2017- PGE

PROPOSTA PARA CRIAÇÃO DE DISPOSITIVO LEGAL . MICRO E PEQUENAS EMPRESAS. DESENQUADRAMENTO QUANDO A EMPRESA POSSUIR CONTRATOS ADMINISTRATIVOS ADJUDICADOS PARA SI QUE, SOMADOS COM SUA RECEITA BRUTA ANUAL, EXTRAPOLEM O LIMITE FINANCEIRO PREVISTO NO ART. 3º, INCISO II, DA LC 123/2006. IMPOSSIBILIDADE. REQUERIMENTO DE DESENQUADRAMENTO. LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL Nº 163. ÔNUS DA EMPRESA. ATO DECLARATÓRIO. PRINCÍPIO E A PRESUNÇÃO DA BOA-FÉ DOS LICITANTES. PARTICIPAR DE LICITAÇÃO UTILIZANDO OS BENEFÍCIOS SEM OS CONDICIONANTE. FRAUDE. FALTA GRAVÍSSIMA. POSSIBILIDADE DE DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE.

1. Da Consulta

Trata-se de consulta da Diretora-Geral da SEIL sobre a legalidade do pleiteado pelo Sindicato da Indústria da Construção Civil no Estado do Paraná – SINDUSCON-PR.

Por meio do Ofício nº 26-17-DIR, em resumo o SINDUSCON assim se pronunciou:

1. Enumerou os benefícios trazidos pela Lei Complementar nº 123, de 2006;
2. No campo das licitações públicas, infelizmente, a prática revela certo abuso do privilégio por parte de empresas que, muito embora não gozem das condições para valer-se do tratamento diferenciado, declaram perante o Poder Público tal condição;
3. Muitas empresas de grande porte estão criando Mês e/ou EPPs de fachada



11

ESTADO DO PARANÁ
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
SECRETARIA DE ESTADO DE INFRAESTRUTURA E LOGÍSTICA
NÚCLEO JURÍDICO DA ADMINISTRAÇÃO

para participar e, com tais benefícios, ganhar licitações públicas que, além de caracterizar fraude não garante propostas mais econômicas;

Diante desta realidade, o SINDUSCON propõe a criação de dispositivo legal impedindo que micro e pequenas empresas usufruam dos benefícios decorrentes de tal situação quando a empresa possuir contratos administrativos adjudicados para si que, somados com sua receita bruta anual, extrapolem o limite financeiro previsto no art. 3º, inciso II, da LC 123/2006;

Argumenta que a Lei Complementar nº 123, de 2006, por ser norma de caráter geral, é aplicável tanto à União quanto aos Estados e Municípios e ao Distrito Federal, que por sua vez podem expedir normas complementares com o objetivo de regulamentar dispositivos autoaplicáveis.

Cita como exemplo de legislações em semelhante sentido pretendido a do Estado do Rio Grande do Sul e a do Distrito Federal. A primeira estabelece *que As microempresas e empresas de pequeno porte, nas licitações destinadas à execução de obras e serviços técnicos de engenharia, só poderão participar de processos licitatórios, cujos valores estimados da contratação, não excedam às receitas brutas anuais previstas no art. 3º da Lei Complementar Federal nº 123/2006;* e a segunda prevê que *O tratamento favorecido e diferenciado de que trata a presente Lei não poderá ser aplicado em favor de entidade que, em decorrência do valor da licitação a que estiver concorrendo, venha a auferir faturamento que acarrete o seu desenquadramento da condição de microempresa.*

O Departamento de Gestão de Projetos e Obras da Secretaria de Estado de Infraestrutura e Logística, por meio de seu Diretor, Engenheiro Lídio Akio Sasaki se manifestou no sentido de que já existe previsão legal para mitigar os abusos detectados pelo SINDUSCON nos parágrafos 3º e 4º do art. 3º da Lei Complementar nº 123, de 2006¹,

¹ Art. 3º Para os efeitos desta Lei Complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte, a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), devidamente



que podem ser utilizados pelas empresas prejudicadas em seus respectivos recursos administrativos, bem como a exigência de declaração de compromissos assumidos que importem a diminuição da capacidade operativa ou absorção de disponibilidade financeira.

É o relatório.

2. Da Resposta à Consulta

Preliminarmente, informamos que a presente análise se limitará aos aspectos jurídicos da matéria proposta e da regularidade processual, abstendo-se quanto aos aspectos técnicos, econômicos, financeiros e aqueles que exijam o exercício da competência e da discricionariedade administrativa a cargo dos órgãos competentes desta Pasta.

2.1. Introdução à Questão Suscitada

A Constituição da República deu tratamento favorecido às empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País, de

registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que:

(...)

§ 3º O enquadramento do empresário ou da sociedade simples ou empresária como microempresa ou empresa de pequeno porte bem como o seu desenquadramento não implicarão alteração, denúncia ou qualquer restrição em relação a contratos por elas anteriormente firmados.

§ 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:

I - de cujo capital participe outra pessoa jurídica;

II - que seja filial, sucursal, agência ou representação, no País, de pessoa jurídica com sede no exterior;

III - de cujo capital participe pessoa física que seja inscrita como empresário ou seja sócia de outra empresa que receba tratamento jurídico diferenciado nos termos desta Lei Complementar, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do caput deste artigo;

IV - cujo titular ou sócio participe com mais de 10% (dez por cento) do capital de outra empresa não beneficiada por esta Lei Complementar, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do caput deste artigo;

V - cujo sócio ou titular seja administrador ou equiparado de outra pessoa jurídica com fins lucrativos, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do caput deste artigo;

VI - constituída sob a forma de cooperativas, salvo as de consumo;

VII - que participe do capital de outra pessoa jurídica;



13

ESTADO DO PARANÁ
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
SECRETARIA DE ESTADO DE INFRAESTRUTURA E LOGÍSTICA
NÚCLEO JURÍDICO DA ADMINISTRAÇÃO

forma a possuir *status* de princípio que rege a ordem econômica brasileira, encontrando-se estampado em seu inciso IX do artigo 170.

Em função das desvantagens competitivas das microempresas e das empresas de pequeno porte, em relação às empresas de grande porte, foram estabelecidas políticas públicas, nas licitações e contratações deste setor, no sentido de fomentar o desenvolvimento dessas empresas de menor poderio econômico.

A Carta Maior, em seu artigo 179, prevê que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela redução, ou mesmo pela eliminação destas, por meio de lei.

O artigo 146, inciso III, d, da Constituição, estabelece que cabe à Lei Complementar a definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte.

É a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2015, que estabelece normas gerais relativas ao tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, especialmente no que se refere ao acesso ao crédito e ao mercado, inclusive quanto à preferência nas aquisições de bens e serviços pelos Poderes Públicos, à tecnologia, ao associativismo e às regras de inclusão.

Posteriormente, a Lei Complementar nº 147, de 7 de agosto de 2014, alterou a Lei Complementar nº 123, de 2006, trazendo ao ordenamento jurídico significativas modificações em relação ao tratamento às microempresas e às empresas de pequeno porte.

Dentre as alterações mais importantes, destacamos:



14

ESTADO DO PARANÁ
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
SECRETARIA DE ESTADO DE INFRAESTRUTURA E LOGÍSTICA
NÚCLEO JURÍDICO DA ADMINISTRAÇÃO

1. Havendo alguma restrição na comprovação da regularidade fiscal, será assegurado o prazo de 5 (cinco) dias úteis para apresentar toda a documentação exigida para efeito de comprovação de regularidade fiscal e trabalhista, mesmo que esta apresente alguma restrição. Antes da Lei Complementar nº 147, de 2014, era de 2 (dois) dias; portanto, tal prazo foi ampliado, havendo benefício às microempresas e às empresa de pequeno porte;

2. Deixou de ser facultativa e passou a ser obrigatória realização de processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nos itens de contratação cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais);

3. A subcontratação de microempresas e empresas de pequeno porte, que era facultada em percentual máximo de 30% (trinta por cento), passou a ser obrigatória, mantendo a forma do empenho e de o pagamento ser realizado diretamente à microempresa e à empresa de pequeno porte;

4. O estabelecimento, em certames para aquisição de bens de natureza divisível, de cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte, que era facultativo, passou a ser obrigatório.

Ainda como novidade, os benefícios referidos poderão, justificadamente, estabelecer a prioridade de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente, até o limite de 10% (dez por cento) do melhor preço válido, bem como quanto à preferência às microempresas e empresas de pequeno porte, aplicando-se o disposto no inciso I do art. 48, e em caso de licitação dispensável ou inexigível, nos termos dos artigos 24 e 25 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, excetuando-se as dispensas tratadas pelos incisos I e II do artigos 24 da mesma Lei, segundo os quais a compra deverá ser feita em microempresas e empresas de pequeno



15

ESTADO DO PARANÁ
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
SECRETARIA DE ESTADO DE INFRAESTRUTURA E LOGÍSTICA
NÚCLEO JURÍDICO DA ADMINISTRAÇÃO

porte.

Para os efeitos da Lei Complementar nº 123, de 2006, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte, a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), sendo devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que, no caso da microempresa, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e, no caso da empresa de pequeno porte, em cada ano-calendário, apresente receita bruta superior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais).

Considera-se Receita Bruta, para efeitos da Lei Complementar nº 123, de 2006, o produto da venda de bens e serviços nas operações de conta própria, o preço dos serviços prestados e o resultado nas operações em conta alheia, não incluídas as vendas canceladas e os descontos incondicionais concedidos.

No caso de início de atividade no próprio ano-calendário, o limite de R\$ 360.000,00 ou R\$ 4.800.000,00 será proporcional ao número de meses em que a microempresa ou a empresa de pequeno porte houver exercido atividade, considerando-se inclusive as frações de meses.

De acordo com o §3º do art. 3º da Lei Complementar nº 123, de 2006, o **enquadramento** do empresário ou da sociedade simples ou empresária como microempresa ou empresa de pequeno porte, bem como o seu **desenquadramento**, não implicarão alteração, denúncia ou qualquer restrição em relação a contratos por elas anteriormente firmados.

Por outro lado, a mesma Lei coloca algumas restrições aos benefícios, sob pena de ser excluída do tratamento jurídico diferenciado. Assim, não poderão beneficiar-se



16

ESTADO DO PARANÁ
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
SECRETARIA DE ESTADO DE INFRAESTRUTURA E LOGÍSTICA
NÚCLEO JURÍDICO DA ADMINISTRAÇÃO

daquele tratamento as pessoas jurídicas de cujo capital participe outra pessoa jurídica; que seja filial, sucursal, agência ou representação, no País, de pessoa jurídica com sede no exterior; de cujo capital participe pessoa física que seja inscrita como empresário ou seja sócia de outra empresa que receba tratamento jurídico diferenciado nos termos desta Lei Complementar, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de R\$ 4.800.000,00; de cujo titular ou sócio participe com mais de 10% (dez por cento) do capital de outra empresa não beneficiada por esta Lei Complementar, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de R\$ 4.800.000,00; de cujo sócio ou titular seja administrador ou equiparado de outra pessoa jurídica com fins lucrativos, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de R\$ 4.800.000,00; de empresas constituídas sob a forma de cooperativas, salvo as de consumo; de empresa que participe do capital de outra pessoa jurídica; que exerça atividade de banco comercial, de investimentos e de desenvolvimento, de caixa econômica, de sociedade de crédito, financiamento e investimento ou de crédito imobiliário, de corretora ou de distribuidora de títulos, valores mobiliários e câmbio, de empresa de arrendamento mercantil, de seguros privados e de capitalização ou de previdência complementar; 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; daquela constituída sob a forma de sociedade por ações; de cujos titulares ou sócios guardem, cumulativamente, com o contratante do serviço, relação de pessoalidade, subordinação e habitualidade.

Se uma microempresa ultrapassar o limite de receita bruta anual de R\$ 360.000,00, passará, **no ano-calendário seguinte**, à condição de empresa de pequeno porte; e a empresa de pequeno porte que, no ano-calendário, não ultrapassar aquele limite de receita bruta passará, **no ano-calendário seguinte**, à condição de microempresa.

No mesmo sentido, a empresa de pequeno porte que, no ano-calendário em curso, exceder o limite de receita bruta anual de R\$ 4.800.000,00, ficará excluída, no mês subsequente à ocorrência do excesso, do tratamento jurídico diferenciado. Porém, prevê a



17

ESTADO DO PARANÁ
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
SECRETARIA DE ESTADO DE INFRAESTRUTURA E LOGÍSTICA
NÚCLEO JURÍDICO DA ADMINISTRAÇÃO

Lei que os efeitos desta exclusão dar-se-ão no ano-calendário subsequente se o excesso verificado em relação à receita bruta não for superior a 20% (vinte por cento) do limite, isto é, não for superior a R\$ 960.000,00.

O que se percebe é que existe a hipótese de um desenquadramento retroativo ao início das atividades, exceto se a extrapolação não ultrapasse a 20% e, se isso acontecer, o desenquadramento será no exercício seguinte.

No caso das empresas com mais de um exercício, quando houver extrapolação de valores, o desenquadramento será no mês seguinte ao da extrapolação, a não ser que extrapole até 20%, o que implica o desenquadramento no exercício seguinte.

O artigo 47 da LC nº 123, de 2006, estabelece que nas contratações públicas da administração direta e indireta, autárquica e fundacional, federal, estadual e municipal, deverá ser concedido tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte. Objetiva-se com isso a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica. E, no que diz respeito às compras públicas, enquanto não sobrevier legislação estadual, municipal ou regulamento específico de cada órgão mais favorável à microempresa e empresa de pequeno porte, aplicar-se-á a legislação federal.

A Lei Complementar nº 147, de 2014, dentre as alterações que fez na Lei Complementar nº 123, de 2006, substituiu a facultatividade da diferenciação pela obrigatoriedade quando trocou a expressão *poderá* por *deverá* ser concedido tratamento diferenciado.

Dentre os benefícios trazidos pela Lei Complementar 123, de 2006, e as alterações feitas pela Lei Complementar nº 147, de 2014, destacamos o artigo 42, o qual estabelece que nas licitações públicas, a comprovação de regularidade fiscal das microempresas e empresas de pequeno porte somente será exigida para efeito de assinatura do contrato, assim como o artigo 43, onde é previsto que as microempresas e empresas de pequeno



porte, por ocasião da participação em certames licitatórios, deverão apresentar toda a documentação exigida para efeito de comprovação de regularidade fiscal e que, havendo alguma restrição na comprovação da regularidade fiscal, será assegurado o prazo de 5 (cinco) dias úteis a partir do momento em que o proponente for declarado o vencedor do certame, prorrogável por igual período, a critério da administração pública, para a regularização da documentação, pagamento ou parcelamento do débito e emissão de eventuais certidões negativas ou positivas com efeito de certidão negativa.

Por outro lado, a não regularização da documentação, no prazo previsto daqueles 5 (cinco) dias, implicará decadência do direito à contratação, sem prejuízo das sanções previstas no art. 81 da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, sendo facultado à Administração convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para a assinatura do contrato, ou mesmo revogar a licitação.

2.2. Delimitação da Questão

O questão apresentada e a ser debatida nesta manifestação jurídica diz respeito à análise da possibilidade de criação de dispositivo legal que impeça micro e pequenas empresas de usufruírem dos benefícios decorrentes da Lei Complementar nº 123, de 2006 quando possuírem contratos administrativos adjudicados para si que, somados com sua receita bruta anual, extrapolem o limite financeiro previsto naquela lei.

2.3. Resposta à Consulta

O legislador federal optou eleger o faturamento auferido como critério para o enquadramento e desenquadramento como microempresa e empresa de pequeno porte, assim, para que a empresa, no campo das licitações e contratos, possa gozar dos benefícios da Lei Complementar nº 123, de 2006, deve estar enquadrada na forma ditada por este Diploma Legal.

A Instrução Normativa nº 103, de 2007 do Departamento Nacional do Registro do



19

ESTADO DO PARANÁ
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
SECRETARIA DE ESTADO DE INFRAESTRUTURA E LOGÍSTICA
NÚCLEO JURÍDICO DA ADMINISTRAÇÃO

Comércio – DNRC que *dispõe sobre o enquadramento, reenquadramento e desenquadramento de microempresa e empresa de pequeno porte, constantes da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, nas Juntas Comerciais prevê, no art. 1º, que o enquadramento, reenquadramento e desenquadramento de microempresa e empresa de pequeno porte pelas Juntas Comerciais será efetuado, conforme o caso, mediante arquivamento de declaração procedida pelo empresário ou sociedade em instrumento específico para essa finalidade.*

Nestã mesma linha, o Decreto Estadual nº 2474, de 2015, que regulamenta o tratamento diferenciado e favorecido e o tratamento diferenciado e simplificado para as **microempresas, empresas de pequeno porte**, microempreendedor individual nas contratações públicas de bens, serviços e obras de que trata a Lei Complementar Federal nº 123, de 14 de dezembro de 2006 e a Lei Complementar nº 163, de 29 de outubro de 2013, no âmbito da Administração Pública Estadual, estabelece no art. 12 que *o licitante é responsável por solicitar seu desenquadramento da condição de microempresa ou empresa de pequeno porte, microempreendedor individual quando houver ultrapassado o limite de faturamento estabelecido no art. 3º da Lei Complementar Federal nº 123, de 2006, no ano fiscal anterior, ou por outra razão perder a condição de beneficiário do tratamento diferenciado, 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.*

Como se percebe, e especialmente no caso do Estado do Paraná, conforme decreto acima colacionado, o enquadramento e desenquadramento de uma empresa depende de declaração sob a responsabilidade da própria empresa. Nesse sentido afirma o Procurador do Estado do Paraná José Anacleto Abduch Santos, ao comentar o Decreto Federal nº 6.207, de 2007:

... o intuito regulamentar é o de privilegiar o princípio e a presunção da boa-fé dos



20

ESTADO DO PARANÁ
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
SECRETARIA DE ESTADO DE INFRAESTRUTURA E LOGÍSTICA
NÚCLEO JURÍDICO DA ADMINISTRAÇÃO

licitantes, o que é louvável, mas não assegura a lisura do procedimento e não afasta a possibilidade de aferição da realidade e veracidade das informações declaradas. Ou seja: a declaração feita na forma do regulamento federal tem presunção *juris tantum* e tem validade jurídica até prova em contrário. A aferição da declaração prestada pode ser realizada pela própria Administração, ou pelos licitantes que participam da competição pela contratação.²

Assim, o enquadramento e o desenquadramento da empresa é um ato declaratório da própria empresa, independente de procedimentos burocráticos complexos.

Ao tempo que é um ato de diminuta formalidade, vemos que é obrigação da empresa fazer a declaração quando não reunir os requisitos de microempresa e empresa de pequeno porte. Participar de licitação utilizando os benefícios sem os condicionante constitui-se em fraude, tipificada no art. 90 da Lei nº 8.666, de 1993³, o que pode levar o licitante a ser declarado inidôneo, de acordo com o art. 156 da Lei Estadual nº 15.608, de 2007.⁴

É nesse sentido o entendimento do Tribunal de Contas da União:

[...] 26. No caso em tela, constatou-se, com base nas pesquisas realizadas nos sistemas informatizados da Administração Pública (Siafi, Siasg, ComprasNet), que a empresa

² SANTOS, José Anacleto Abduch. *Licitações e o Estatuto da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte*. Curitiba: Juruá, 2008.

³ Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação: Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

⁴ Art. 156. A declaração de inidoneidade será aplicada a quem:

I - fizer declaração falsa na fase de habilitação;

II - apresentar documento falso;

III - frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o procedimento;



21

ESTADO DO PARANÁ
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
SECRETARIA DE ESTADO DE INFRAESTRUTURA E LOGÍSTICA
NÚCLEO JURÍDICO DA ADMINISTRAÇÃO

Vencini, apesar de ter faturamento bruto superior ao limite estabelecido pela Lei Complementar 123/2006 (R\$ 2.400.000,00), venceu licitações na qualidade de EPP (item 20 desta instrução), tendo, portanto, se beneficiado indevidamente dessa condição, desvirtuando, com isso, o espírito da citada lei. Tal fato é fundamentado na apuração feita com base no somatório de Ordens Bancárias (OBs) recebidas pela empresa no ano anterior ao das licitações em que se sagrou vencedora (R\$ 3.519.524,08 em 2007 - ver quadro nas fls. 68/83).

27. Essa constatação indica fraude à licitação, conforme previsão do art. 90 da Lei 8.666/93:⁵

Não há dúvidas que incorre em falta gravíssima quem obtém vantagem em licitações se valendo dos benefícios da Lei Complementar nº 123, de 2006 sem que possua os requisitos para isso. Vejamos a decisão abaixo do Tribunal de Contas da União:

Responsabilidade da empresa de pequeno porte (EPP) pela apresentação, perante a Junta Comercial, da “Declaração de Desenquadramento”.

Representação formulada ao TCU apontou possível irregularidade atribuída à empresa Centerdata Análises de Sistemas e Serviços Ltda., por haver participado de licitações na condição de empresa de pequeno porte (EPP), obtendo os benefícios da Lei Complementar n.º 123/2006 (Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte), “sem ostentar a condição que permitia o seu enquadramento como EPP”. Realizada a oitiva da Centerdata, oportunidade em que se lhe informou a possibilidade de ser apenada com a sanção prevista no art. 46 da Lei n.º 8.443/92 (declaração de inidoneidade para participar de licitação na administração pública federal por até cinco anos), a empresa alegou que teria participado das licitações como EPP porque estaria assim enquadrada desde 1º/07/2007 – condição certificada pela Junta Comercial –, e não teria sido informada da perda daquela qualificação. Em seu

⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 3.381/2010-Plenário, Relator Walton Alencar Rodrigues, D.O.U. de 16/12/20100.



22

ESTADO DO PARANÁ
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
SECRETARIA DE ESTADO DE INFRAESTRUTURA E LOGÍSTICA
NÚCLEO JURÍDICO DA ADMINISTRAÇÃO

voto, o relator destacou que, perante a administração, a qualificação como ME ou EPP é feita mediante “declaração da Junta Comercial”, que a expede com base em informação da empresa interessada, ao requerer à respectiva Junta o arquivamento da “Declaração de Enquadramento de ME ou EPP”. Da mesma forma, cessadas as condições que permitiam o aludido enquadramento, “a empresa deverá fazer a Declaração de Desenquadramento”. Segundo o relator, tais ações “competem exclusivamente às empresas interessadas em auferir os benefícios da LC 123/2006”, tratando-se, pois, de “ato declaratório”, de iniciativa de quem pretenda usufruir dos referidos benefícios. No caso concreto, pesquisas realizadas nos sistemas informatizados da administração pública federal (Siafi, Siasg e Comprasnet) indicaram que a Centerdata, apesar de possuir faturamento bruto superior ao limite estabelecido pela Lei Complementar n.º 123/2006 (R\$ 2.400.000,00), “venceu licitações na qualidade de EPP e se beneficiou indevidamente dessa condição”, tendo a apuração sido feita com base no somatório de ordens bancárias recebidas pela empresa, nos anos anteriores aos das licitações em que se sagrou vencedora. Para o relator, enquanto a empresa não firmar a “Declaração de Desenquadramento”, a Junta Comercial expedirá, sempre que solicitada, a “Certidão Simplificada” a que fez alusão a Centerdata em suas razões de justificativa.⁶ Portanto, a informação da perda da condição de ME ou EPP, por ser ato declaratório, “era responsabilidade da empresa Centerdata que, por não tê-la feito e por ter auferido indevidamente dos benefícios da LC 123/2006, ação que caracteriza fraude à licitação, deve ser declarada inidônea para participar de licitações da administração pública federal”. O Plenário acolheu o voto do relator.⁶

Ainda, tendo ciência do ocorrido, deverá a autoridade competente comunicar o fato ao Ministério Público competente e à Receita Federal, fornecendo-lhe, por escrito, as informações constatadas e sua autoria, bem como as circunstâncias em que se deu a

⁶ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n.º 1028/2010-Plenário, TC-005.928/2010-9, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, 12.05.2010.



23

ESTADO DO PARANÁ
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
SECRETARIA DE ESTADO DE INFRAESTRUTURA E LOGÍSTICA
NÚCLEO JURÍDICO DA ADMINISTRAÇÃO

ocorrência, caracterizada como meio de obter vantagem indevida.

Portanto, cabe à empresa licitante comunicar o seu desenquadramento, sob o risco de sofrer a mais dura penalidade do ordenamento jurídico para quem participa de uma licitação: a declaração de inidoneidade.

Como vimos anteriormente, o que definirá sua condição de ser ou não enquadrada como microempresa e empresa de pequeno porte e, com isso, participar do pleito com o benefícios ofertados pela Lei Complementar nº 123, de 2006 é a receita bruta auferida em cada calendário, de forma que, se superados os limites legais da referida lei, o desenquadramento deverá ser requerido após o término do ano calendário.

A lei não previu o desenquadramento, isto é, a perda de condição microempresa e empresa de pequeno porte tendo como fundamento alterações pontuais da receita bruta, em períodos diversos e menores do que o ano-calendário.

Observa-se, pois, que a lei adota como marco para apuração de receita bruta o "ano-calendário". O desenquadramento somente tem efeito no "ano-calendário seguinte". Efeitos retroativos somente são admitidos para a empresa que tiver sua situação alterada "no decurso do ano-calendário de início de atividade". A lei não prevê, portanto, a perda da condição de microempresa ou de empresa de pequeno porte com base nas alterações pontuais da receita bruta, em períodos de apuração inferiores ou distintos do ano-calendário.

Poder-se-ia argumentar que se o "retrato" presente oferecesse fortes indícios de que a situação da micro-empresa ou da empresa de pequeno porte alterar-se-ia ao final do ano-calendário, haveria mácula aos princípios da competitividade ou da isonomia, haja vista o presumível reflexo que o regime fiscal diferenciado de que gozam aquelas empresas pode ter na formulação de preço. Ocorre que o intento do ordenamento não é impedir o crescimento das empresas. O que se espera é que as prerrogativas conferidas pela lei promovam, justamente, o crescimento da micro-empresa e da



24

ESTADO DO PARANÁ
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
SECRETARIA DE ESTADO DE INFRAESTRUTURA E LOGÍSTICA
NÚCLEO JURÍDICO DA ADMINISTRAÇÃO

empresa de pequeno porte. Não é por outra razão que a LC n. 123/2006 assegura que o "desenquadramento" não implicará "alteração, denúncia ou qualquer restrição em relação a contratos (...) anteriormente firmados".

O fato é que qualquer declaração sobre condição de enquadramento como micro-empresa ou empresa de pequeno porte é "condicional", sujeita a alterações futuras, prevalecendo, para efeito de enquadramento, por opção do legislador, a situação retratada no balanço patrimonial apurado no ano-calendário.

São relevantes, pois, os fundamentos da impetração.⁷

A criação de dispositivo da forma proposta pelo SINDUSCON-PR com vista a impedir que micro e pequena empresa usufrua dos benefícios decorrentes da Lei Complementar nº 123, de 2006 quando possuir contratos administrativos adjudicados para si que, somados com sua receita bruta, extrapolem o limite financeiro previsto no inciso II do art. 3º daquele Diploma Legal, portanto, não se coaduna com o ordenamento jurídico, uma vez que a lei adota como marco para àpuração de receita bruta o "ano-calendário".

3. A Conclusão

À vista de todo o exposto, parece-me, s.m.j, que, à luz da legislação vigente, não é possível acolher a proposta do SINDUSCON-PR de criação de dispositivo legal impedindo que micro e pequenas empresas usufruam dos benefícios decorrentes de tal situação quando a empresa possuir contratos administrativos adjudicados para si que, somados com sua receita bruta anual, extrapolem o limite financeiro previsto no art. 3º, inciso II, da LC 123/2006.

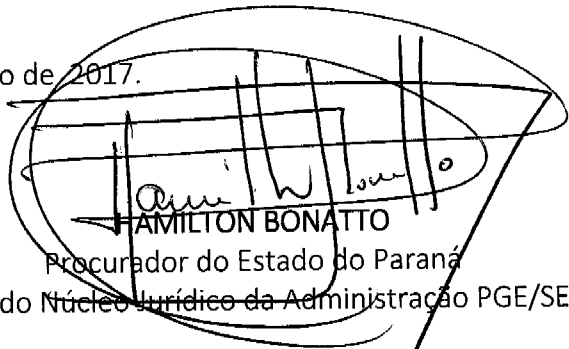


25

ESTADO DO PARANÁ
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
SECRETARIA DE ESTADO DE INFRAESTRUTURA E LOGÍSTICA
NÚCLEO JURÍDICO DA ADMINISTRAÇÃO

É o Parecer que, em função da importância e repercussão do tema em relação às licitações de todos os órgãos e entidades da Administração Pública estadual, encaminhamos ao Gabinete da Procuradoria Geral do Estado para análise e providências no sentido de deliberar sobre a aprovação deste Parecer.

Curitiba, 18 de julho de 2017.


HAMILTON BONATTO
Procurador do Estado do Paraná
Chefe do Núcleo Jurídico da Administração PGE/SEIL

⁷ BRASIL. TRF1. EDJF1. Ano V No – 24. p. 75 Brasília-DF. Agravo de Instrumento 0078223-79.2012.4.01.0000/DF. RELATOR : Desembargador Federal João Batista Moreira. Disponibilização: sexta-feira, 1 de fevereiro de 2013 - Publicação: segunda-feira, 4 de fevereiro de 2013. Acesso em 19 de julho de 2017.



ESTADO DO PARANÁ
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO
Gabinete do Procurador-Geral

Protocolo nº 14.683.578-3
Despacho nº 400/2017 - PGE

- I. Aprovo o Parecer nº 28/2017-PGE, da lavra do Procurador do Estado, Hamilton Bonatto, em 16 (dezesesseis) laudas, por mim chanceladas;
- II. Encaminhe-se cópia virtual à Coordenadoria de Estudos Jurídicos - CEJ e à Coordenadoria de Gestão Estratégica e TI - CGTI, para catalogação e divulgação;
- III. Restitua-se ao Núcleo Jurídico da Administração junto à Secretaria de Estado da Infraestrutura e Logística - NJA/SEIL.

Curitiba, 21 de julho de 2017.


Paulo Sérgio Rosso
Procurador-Geral do Estado