

526 T

PROCESSO Nº 21474/2021

PARECER Nº 462/2022

PROCEDÊNCIA: COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO

PARECER JURÍDICO

DÚVIDA JURÍDICA –
ENQUADRAMENTO EPP – EMPRESA
DE PEQUENO PORTE – SÃO
GABRIEL AMBIENTAL E
TERRAPLANAGEM LTDA – ANO
CALENDÁRIO – JANEIRO A
DEZEMBRO.

I – RELATÓRIO

Vieram os autos a esta Procuradoria Municipal para análise e parecer jurídico acerca da dúvida suscitada pela Pregoeira quanto ao desenquadramento da empresa SÃO GABRIEL AMBIENTAL E TERRAPLANAGEM LTDA como EPP (empresa de pequeno porte).

A presente consulta vem consubstanciada no processo nº 7954/2022, protocolizada pela empresa MULTIFACE SERVIÇOS E PRODUÇÕES LTDA, onde a mesma requer diligências à Comissão Permanente de Licitação no intuito de se verificar o real enquadramento de porte da empresa supracitada, declarando que "*comprovando que a mesma não tenha receitas brutas dentro do valor máximo legal permitido para o enquadramento declarado, trata-se de declaração falsa, devendo a mesma ser declarada inabilitada no presente certame.*"

Considera-se oportuno consignar que a presente manifestação desta Procuradoria Municipal tem por referência os elementos constantes dos autos do processo administrativo epigrafado, no qual compete a este órgão prestar consultoria sob

527
T

o prisma estritamente jurídico, não adentrando na análise da conveniência e da oportunidade da prática de atos administrativos, nem em aspectos de natureza eminentemente técnico-administrativa, não possuindo, ainda, natureza de convalidação do ato administrativo.

II – FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

As microempresas e empresas de pequeno porte tem sua atividade, constituição, regime jurídico, fiscal e tributário e outros direitos e deveres regidos pela Lei Complementar nº 123/2006, chamado de Estatuto da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte.

Dispõe o Estatuto da ME e EPP acerca das definições e dos requisitos para que as empresas possam usufruir do regime jurídico diferenciado, garantindo-lhes os benefícios de ordem fiscal e tributária, como a opção pelo SIMPLES, e de forma especial, vantagens de competitividade e acesso aos mercados.

LC nº 123/2006

Art. 1ª Esta Lei Complementar 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:

I - à apuração e recolhimento dos impostos e contribuições da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, mediante regime único de arrecadação, inclusive obrigações acessórias;

II - ao cumprimento de obrigações trabalhistas e previdenciárias, inclusive obrigações acessórias;

III - ao acesso a 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.

IV - ao cadastro nacional único de contribuintes a que se refere o inciso IV do parágrafo único do art. 146, **in fine**, da Constituição Federal.



528
T

Para ser qualificada como microempresa – ME ou Empresa de Pequeno Porte – EPP, a interessada deve atender aos requisitos estabelecidos no art. 3º da LC n. 123/2006, com redação dada pela Lei Complementar n. 155/2016:

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

II - no caso de empresa de pequeno porte, aufera, em cada ano-calendário, 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).

(...)

§ 1º Considera-se receita bruta, para fins do disposto no caput deste artigo, 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.

(...)

§ 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.

§ 9º-A. Os efeitos da exclusão prevista no § 9º 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 referido no inciso II do caput”

§ 10. A empresa de pequeno porte que no decurso do ano-calendário de início de atividade ultrapassar o limite proporcional de receita bruta de que trata o § 2º estará excluída do tratamento jurídico diferenciado previsto nesta Lei Complementar, bem como do regime de que trata o



§ 10. A empresa de pequeno porte que no decurso do ano-calendário de início de atividade ultrapassar o limite proporcional de receita bruta de que trata o § 2º estará excluída do tratamento jurídico diferenciado previsto nesta Lei Complementar, bem como do regime de que trata o art. 12 desta Lei Complementar, com efeitos retroativos ao início de suas atividades.”

Logo, para que a empresa seja qualificada como EPP, a receita bruta anual no ano-calendário não pode ultrapassar o limite de R\$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais), aí considerado o faturamento global de matriz e filial da mesma pessoa jurídica.

A Lei Complementar nº 123/2006 é omissa quanto à forma de comprovação de que uma empresa está enquadrada como ME ou EPP, apta a usufruir do tratamento diferenciado estabelecido pela lei supracitada. Diante disso, iniciam-se orientações divergentes.

A Instrução Normativa 103, de 30/04/2007 apresentou uma solução em seu artigo 8º, no qual a Junta Comercial expede uma declaração ao empresário certificando o enquadramento, vejamos:

Art. 8º A comprovação da condição de microempresa ou empresa de pequeno porte pelo empresário ou sociedade será efetuada mediante certidão expedida pela Junta Comercial.

No caso dos autos, conforme Extrato do Simples Nacional acostado às fls. 521¹, é possível observar o Discriminativo de Receitas da empresa SÃO GABRIEL AMBIENTAL E TERRAPLENAGEM LTDA, senão vejamos:

¹ No caso em concreto, considerando que a licitação ocorreu em 03/2022, fora utilizado o extrato do simples nacional imediatamente anterior à licitação, qual seja, 02/2022.

2) Informações da Apuração 09598940202202001
Período de Apuração (PA): 02/2022
2.1 Discriminativo de Receitas

Total de Receitas Brutas (R\$)	Mercado Interno	Mercado Externo	Total
Receita Bruta do PA (RPA) - Competência	637.108,10	0,00	637.108,10
Receita bruta acumulada nos doze meses anteriores ao PA (RBT12)	5.390.950,29	0,00	5.390.950,29
Receita bruta acumulada nos doze meses anteriores ao PA proporcionalizada (RBT12p)			
Receita bruta acumulada no ano-calendário corrente (RBA)	1.524.075,07	0,00	1.524.075,07
Receita bruta acumulada no ano-calendário anterior (RBA)	4.762.311,06	0,00	4.762.311,06
Límite de receita bruta proporcionalizado	4.800.000,00	4.800.000,00	

No referido "Discriminativo de Receitas", é possível observar a receita bruta acumulada nos 12 (doze) meses anterior ao PA, que perfaz o montante de R\$ 5.390.950,29 (cinco milhões, trezentos e noventa mil, novecentos e cinquenta reais e vinte e nove centavos).

Outrossim, a receita bruta acumulada no ano-calendário anterior perfaz o montante de R\$ 4.762.311,06 (quatro milhões, setecentos e sessenta e dois, trezentos e onze mil reais e seis centavos).

Nesse sentido, a empresa MULTIFACE SERVIÇOS E PRODUÇÕES LTDA destaca que:

"Considerando os relatórios em anexo obtidos de fontes oficiais, Portais de Transparência, ao qual trás relações de receitas obtidas pela empresa supracitada **nos últimos 12 (doze) meses ano calendário**, com todos os dados tais como a fonte pagadora, datas de pagamentos, empenhos, liquidações, históricos e Notas Fiscais ao qual apontam faturamento superior ao estabelecido pela lei para enquadramento de ME (Micro Empresa) e EPP (Empresa de Pequeno Porte);

"Considerando que a forma correta de se verificar o real enquadramento de uma empresa é pelo seu faturamento.

Solicitamos que esta digna Comissão Permanente de licitação promova diligências com intuito de se verificar o real enquadramento de porte da empresa São Gabriel Ambiental e Terraplanagem Ltda, aja visto que, comprovando que a mesma não tenha receitas brutas dentro do valor máximo legal permitido para o enquadramento declarado, trata-se de declaração falsa, devendo a mesma ser declarada inabilitada no presente certame."

Pois bem. A dúvida cinge-se sobre qual período a ser considerado para apuração de receita a fim de ocorrer o desenquadramento da empresa EPP, ou seja, se nos últimos 12 (doze) meses imediatamente anteriores à licitação ou pelo ano-calendário anterior (01/janeiro a 31/dezembro).

Nesse sentido, para responder ao questionamento é importante compreender a letra da Lei que trata sobre a matéria.

Conforme estabelece o §1º do artigo 16 da LC 123/2006, o ano calendário a ser considerado para efeito de enquadramento no Simples Nacional é o **ano-calendário anterior**, no caso, o ano de 2021.

Desta feita, a locução "ano-calendário" referida com frequência na LC 123/2006 é notoriamente empregada no meio tributário como o ano fechado, de 1/1 a 31/12, que está sob determinado tipo de verificação.²

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*".³

Vale destacar que o Tribunal de Contas da União, no julgamento do Acórdão nº 250/21 (Pedido de Reexame), entendeu que o ano-calendário para fins de enquadramento de EPP deverá ser avaliada restritamente em relação ao ano-calendário, isto é, de janeiro a dezembro.

Naquela oportunidade, houve questionamento do resultado da licitação, uma vez que a empresa vencedora teria se beneficiado

² Acórdão 250/21

³ Acórdão 250/21

531
T


indevidamente do critério de desempate previsto na referida lei complementar em favor daquelas empresas, já que teria ultrapassado o limite de receita bruta para manter-se no respectivo enquadramento empresarial.

Explico. Inicialmente a empresa foi declarada vencedora visto que para a definição do seu enquadramento, fora utilizado o critério de receita bruta acumulada no período de doze meses imediatamente anteriores à licitação e não pelo ano civil de janeiro a dezembro. No entanto, no Pedido de Reexame, o Tribunal de Contas da União entendeu que o ano-calendário corresponde ao ano civil, ou seja, de janeiro a dezembro, de modo que o pedido de reexame foi acolhido.

Em seu voto, o relator destacou que *"relativamente à consideração da receita bruta, o tratamento da matéria nos termos que levaram ao acórdão 2.862/2018-Plenário partiu da premissa de que o ano-calendário poderia ser representado pelo período de doze meses imediatamente anteriores à licitação, e não pelo ano civil, de janeiro a dezembro"*.

Não obstante, assinalou que *"a locução 'ano-calendário' referida com frequência na LC 123/2006 é notoriamente empregada no meio tributário como o ano fechado, de 1/1 a 31/12, que está sob determinado tipo de verificação. Assim 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"*.

Destacou ainda *"ressalto que, em seu voto no acórdão 2862/2018-TCU-Plenário, o eminente relator considerou que a situação da Citel era regular com base na premissa, **aquí afastada**, de que o período de apuração deveria corresponder aos 12 meses anteriores ao da realização da licitação e nas informações prestadas pela empresa referentes a esse período. O relator, portanto, não apreciou as discussões sobre a receita bruta da empresa no ano-calendário 2017, porque esse não foi o período que tomou para sua decisão."*

Desse modo, entendeu que **"a manutenção da posição combatida iria de encontro à interpretação mais aderente à legislação e à que vem sendo inequivocamente⁴ utilizada, de que o ano-calendário abrange o período de 1/1 a 31/12"**.

Portanto, segundo a legislação, a empresa que obteve receita bruta anual de até R\$ 4.800.000,00 no ano-calendário (ano civil) é enquadrada como Empresa de Pequeno Porte.

No caso em concreto, a empresa SÃO GABRIEL AMBIENTAL E TERRAPLENAGEM LTDA auferiu no ano-calendário de 2021 faturamento de R\$ 4.762.311,06 (quatro milhões, setecentos e sessenta e dois, trezentos e onze mil reais e seis centavos), portanto, abaixo do limite estipulado, de modo que a mesma pode ser enquadrada como Empresa de Pequeno Porte (EPP).

Apenas a título de argumentação, ainda que referida empresa excedesse o limite de receita bruta, o que não é o caso, por oportuno, cumpre transcrever o que dispõe o art. 30 da LC 123/2006:

Art. 3º. (...)

§ 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.

§ 9º-A. Os efeitos da exclusão prevista no § 9º 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 referido no inciso II do caput.

⁴ Sinônimo: evidentemente, abertamente, claramente, expressamente, ostensivamente, visivelmente, obviamente, manifestamente, patentemente, incontestavelmente, indiscutivelmente, irrefutavelmente, explicitamente, nitidamente, notoriamente, naturalmente, indubitavelmente, incontestadamente, gritantemente, perceptivelmente, provadamente.

O que se observa, portanto, é que a empresa que, no ano-calendário, exceder o limite de receita bruta anual ou o limite adicional para exportação de mercadorias, fica, como regra, excluída do Simples Nacional no mês subsequente à ocorrência do excesso.

No entanto, os efeitos da exclusão somente ocorrerão no ano-calendário subsequente, se o excesso verificado em relação à receita bruta não for superior a 20% de cada um dos limites, no mercado interno e no mercado externo.

Assim, a empresa com faturamento na faixa entre R\$ 4.800.000,00 a R\$ 5.760.000,00, apesar de ser excluída do Simples Nacional no mês subsequente à ocorrência do excesso, terá os efeitos de sua exclusão postergados para o ano-calendário subsequente.

No caso em concreto, repito, apenas a título de hipótese, ainda que fosse considerada a receita bruta acumulada nos doze meses anteriores, o seu faturamento estaria dentro da faixa para postergação dos efeitos da exclusão do Simples.

Ademais, também apenas a título de argumentação, ainda que a referida empresa fosse desenquadrada de EPP, a mesma não se utilizou dos privilégios concedidos às ME e EPP, ou seja, o direito de preferência nos casos de empate "ficto" ou "presumido", configurado quando as suas propostas forem iguais ou até 10% superiores (ou 5%, no caso de pregão) à proposta mais bem classificada, como se observa do dispositivo da Lei Complementar 123/2006 nos artigos 44 e seguintes, firmando, portanto, o entendimento exposto.

III - CONCLUSÃO

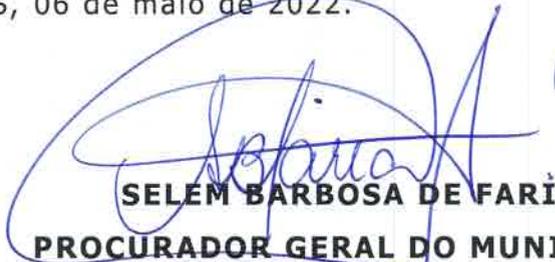
À vista disso, considerando os fundamentos expostos neste parecer, esta Procuradoria se manifesta no sentido que o ano-calendário para fins de desenquadramento de EPP **deve ser avaliada restritamente em**

relação ao ano-calendário anterior, isto é, de janeiro a dezembro e não dos últimos 12 meses anteriores à licitação.

Isto exposto, a empresa SÃO GABRIEL AMBIENTAL E TERRAPLENAGEM LTDA se enquadra como Empresa de Pequeno Porte (EPP), uma vez que o seu faturamento de R\$ 4.762.311,06 (quatro milhões, setecentos e sessenta e dois, trezentos e onze mil reais e seis centavos), está abaixo do limite estipulado pela legislação.

Salvo melhor juízo é o nosso parecer.

São Mateus/ES, 06 de maio de 2022.



SELEM BARBOSA DE FÁRIA
PROCURADOR GERAL DO MUNICÍPIO

Decreto nº 13.417/2021