



MUNICÍPIO DE IJUÍ – PODER EXECUTIVO
SECRETARIA MUNICIPAL DA FAZENDA
Coordenadoria de Compras, Patrimônio e Administração de Materiais

CONCORRÊNCIA Nº 3/2020
PROCESSO Nº 862/2020
OBJETO: Contratação de serviço de coleta de resíduos sólidos domiciliares e recicláveis.

ATA Nº 07/2021 - ANÁLISE DO PARECER JURÍDICO

Aos quinze dias do mês de abril do ano de dois mil e vinte e um, nas dependências da COPAM, sita à Rua do Comércio, n.º 921, Ijuí (RS), às quatorze horas e trinta minutos, reuniram-se os membros da Comissão de Licitação, instituída pela Portaria GP 02/2021, constituída pela presidente LUCILDA NAIR BARRIQUELLO e pelos membros MARIA TEREZA DARONCO e SERLI CARMEN BARACIOL CASSEL, para proceder a análise do PARECER JURÍDICO - AJ/COPAM, referente a necessidade ou não de readequação da Planilha Orçamentária apresentada pela empresa licitante BRISA TRANSPORTE EIRELI, nos dois lotes, dada a divergência entre a tributação atual da empresa e a expectativa de tributação da empresa quando da execução do Contrato. O PARECER JURÍDICO - AJ/COPAM, manifesta-se, no seguinte sentido: "Trata-se, em apertada síntese, de solicitação de parecer jurídico por parte da Comissão Técnica dessa Administração e Comissão de Licitações, bem como em atenção a resposta à diligência da licitante Brisa, referente à necessidade ou não de readequação da p.o apresentada no certame, dada a divergência entre a tributação atual da empresa e a expectativa de tributação da empresa quando da execução do contrato.

Assim, se percebe a dúvida jurídica quanto aos seguintes pontos:

i) uma empresa enquadrada atualmente como SIMPLES NACIONAL pode ou não manter em sua proposta orçamentária os tributos e encargos referentes a outro enquadramento (lucro presumido), ainda que a SMF e SMMA indiquem pela correção(...).

ii) se é possível assegurar a licitante que seja rapidamente alterado o percentual de encargos sociais e tributos para outra condição na PO e para pagamento posterior tão logo seja assinado o contrato ou posterior. A licitante diz que ao assinar o contrato não será mais enquadrada como SIMPLES NACIONAL e, por isso, mantém a posição de que não deve corrigir a sua PO e, caso execute a correção, solicita garantias por parte do município de que se retornará à PO original apresentada pela empresa, a qual se refere a tributos e encargos de empresa tributada por meio do LUCRO PRESUMIDO. Ressalta-se que o enquadramento em SIMPLES NACIONAL considera os últimos 12 meses de faturamento da empresa. Portanto, possivelmente a alteração de enquadramento da licitante não se dará de imediato à assinatura do contrato.

A licitante Brisa, em resposta a diligência solicitada por essa Administração, formulou documento apontando, em resumo, que o critério de julgamento da presente licitação é o menor preço por lote, e que esse valor já foi apresentado; que ainda que enquadrada como EPP não utilizou os benefícios da LC 123/2006 justamente em razão de ter apresentado o menor preço (desnecessidade); indica que analisando o balanço apresentado se percebe que a empresa está no limite de faturamento para fins de extrapolação de receita bruta para enquadramento como EPP e em consequência do SIMPLES; que com a assinatura do presente contrato a empresa irá retornar ao regime de tributação comum, de sorte que a empresa já formulou sua planilha de acordo com a tributação que irá executar o futuro contrato.

Por fim, indica que caso seja necessária a readequação das planilhas orçamentárias de acordo com o solicitado pela SMF, requer seja garantido o retorno ao status quo, ou seja, o retorno do valor orçado originalmente pela empresa.

É o breve relatório.

Parecer.

Preliminarmente, cumpre esclarecer que a presente manifestação limita-se a dúvida estritamente jurídica ora proposta e, aos aspectos jurídicos da matéria, abstendo-se quanto aos aspectos técnicos, administrativos, econômico-financeiros e quanto a outras questões não ventiladas ou que exijam o exercício de conveniência e discricionariedade da Administração.

A emissão deste parecer não significa endosso ao mérito administrativo, tendo em vista que é relativo à área jurídica, não adentrando à competência técnica da Administração, em atendimento à recomendação da Consultoria-Geral da União, por meio das Boas Práticas Consultivas – BCP nº 07, qual seja:



MUNICÍPIO DE IJUÍ – PODER EXECUTIVO
SECRETARIA MUNICIPAL DA FAZENDA
Coordenadoria de Compras, Patrimônio e Administração de Materiais

O Órgão Consultivo não deve emitir manifestações conclusivas sobre temas não jurídicos, tais como os técnicos, administrativos ou de conveniência ou oportunidade, sem prejuízo da possibilidade de emitir opinião ou fazer recomendações sobre tais questões, apontando tratar-se de juízo discricionário, se aplicável. Ademais, caso adentre em questão jurídica que possa ter reflexo significativo em aspecto técnico deve apontar e esclarecer qual a situação jurídica existente que autoriza sua manifestação naquele ponto.

Portanto, passa-se agora à análise dos aspectos relacionados às orientações jurídicas ora solicitadas.

Adentrando especificamente a análise do expediente temos que, sabidamente, a CF/88 é clara ao determinar que a obtenção de bens e serviços pela Administração Pública deverá ocorrer, via de regra, mediante processo de licitação pública que vise assegurar o tratamento isonômico e vinculado, voltado ao atendimento ao interesse público e à **escolha da proposta mais vantajosa**, através da competitividade, conforme disposto no art. 37, caput e inciso XXI da CF/88.

Assim, especificamente no caso da presente concorrência, em que o contratado irá executar o serviço pelo período de 60 meses, as empresas que pretender realizar o serviço de coleta domiciliar e seletiva deverão formular suas propostas considerando o cenário de 5 anos de execução contratual, indicando na sua p.o todos os custos necessários para garantir a exequibilidade da prestação do serviço durante todo o decurso da execução contratual.

Entretanto, no presente caso, a empresa atualmente está optando pela tributação do SIMPLES, e indica que com a assinatura do contrato irá extrapolar o limite de receita bruta, sendo enquadrada como EPP, e retornando ao regime comum de tributação.

Nesse sentido, o momento do desenquadramento da empresa do SIMPLES é um dos pontos problemáticos que devem ser enfrentados, tendo em conta que para utilizar tal regime de tributação a empresa precisa estar enquadrada como microempresa ou empresa de pequeno porte, e nos termos do disposto no § 9º do inciso II do art. 3º da LC nº123/2006, **a empresa não é mais considerada EPP para fins de utilização dos benefícios no mês subsequente à ocorrência da extrapolação do limite de receita bruta anual para o seu enquadramento como empresa de pequeno porte, caso supere 20% do valor, ou, será desenquadrada a partir de janeiro do ano seguinte no caso de não extrapolar o limite indicado:**

LC 123/2006. 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). (...)

§ 9º A empresa de pequeno porte que, no ano-calendário, exceder o limite de receita bruta anual previsto no inciso II do 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.122, para todos os efeitos legais, ressalvado o disposto nos §§ 9º-AA,100 e122. § 9º.

Portanto, compulsando a documentação contábil da empresa entregue em sede de qualificação financeira, em especial o DRE, temos que, efetivamente, a empresa já se encontra quase no limite de receita para exclusão dos benefícios da LC e, em consequência, do simples, de sorte **que ainda que se considere a receita bruta anual da empresa para fins de verificação do enquadramento dessa como EPP, o seu desenquadramento ocorre no mês subsequente à sua extrapolação, ou, em janeiro do ano que vem**, o que irá potencialmente ocorrer, acaso a Comissão entenda pela classificação da proposta da empresa, com a formalização da contratação, dado o vulto do presente contrato.

Entretanto, **justamente porque não se pode afirmar que com a assinatura do instrumento contratual irá ocorrer o desenquadramento já no mês subsequente** (até porque não se



MUNICÍPIO DE IJUÍ – PODER EXECUTIVO
SECRETARIA MUNICIPAL DA FAZENDA
Coordenadoria de Compras, Patrimônio e Administração de Materiais

sabe sobre a manutenção ou não dos demais contratos da empresa), aceitar que a execução contratual corra em regime tributário distinto do regime efetivo da empresa poderá acarretar prejuízos ao erário, situação que já ocorreu e que foi motivo de recomendação pelo TCE/RS.

Portanto, é no sentido de resguardar o erário que a Administração, através da SMF solicitou a readequação da planilha ao regime tributário atual da empresa, de forma à execução da p.o corresponder exatamente ao recolhimento dos tributos da licitante, sem que esteja essa Administração efetuando pagamentos em valor superior ao estritamente necessário para a execução do serviço.

Em outras palavras, até que se tenha efetivamente o desenquadramento da licitante do SIMPLES, ela em realidade estará recolhendo tributos à menor, em potencial prejuízo ao erário, visto que os tributos são incluídos no BDI, que por sua vez compreendem o valor a ser pago pela tonelada, ou seja, impacta diretamente os desembolsos dessa Administração.

O próprio Manual do TCE/RS sobre a coleta de resíduos sólidos aponta que:

Na elaboração das propostas de preços, considera-se que a composição de BDI das MEs e EPPs contratadas pela Administração Pública deve prever alíquotas compatíveis àquelas as quais a empresa está obrigada a observar, conforme os percentuais contidos no Anexo III da Lei Complementar nº 123/2006.

Não se admite, portanto, que a empresa inclua, na composição de encargos sociais de sua proposta, os gastos relativos às contribuições dispensadas de recolhimento, como aquelas previstas no artigo 13, § 3º, da referida Lei 95 Complementar. Esse é o entendimento do TCU exarado no Acórdão 2.622/2013 do TCU Plenário²⁶. Para evitar que um licitante possa ser beneficiado de maneira indevida, no momento ainda anterior à assinatura dos contratos administrativos, deve-se confirmar a qualificação de ME ou EPP das empresas vencedoras do certame.

Aponto, entretanto, que se trata de questão *sui generis*, que não possui entendimento consolidado ou normativo, visto que estamos diante de uma situação em que a empresa já previu a tributação que potencialmente irá executar o contrato (visto que a p.o é justamente para que empresa já preveja todos os custos que terá ao longo da execução contratual), mas, não havendo período estipulado para o desenquadramento, em tal lapso temporal poderá ocorrer o pagamento à maior de valores à empresa, que estará efetivamente recolhendo tributos à menor, de sorte que ainda que a execução se dará no regime comum, no momento a empresa efetivamente está no regime diferenciado, e entendo, na linha da Administração, que deverá readequar sua planilha à tributação do SIMPLES.

Portanto, tendo em conta que a licitante formalizou sua planilha orçamentária de acordo com o que acredita que seja a realidade da futura execução contratual, ou seja, efetivamente considerando a realidade fiscal da empresa quando da execução contratual, s.m.j, não se percebe vício de legalidade quanto ao procedimento adotado pela licitante, entendo que deverá readequar sua planilha de acordo com o solicitado pela SMF, na linha do já colocado.

Por fim, quanto ao pedido da empresa de que no momento do desenquadramento seja retornado o valor ofertado por ela, em específico quanto ao tema do reequilíbrio em face de alteração de regime tributário, questão controversa justamente em razão da previsibilidade da potencial alteração de regime tributário, faz-se necessário uma análise mais apurada da questão.

De acordo com o disposto no art. 65, inc. II, alínea “d”, da Lei de licitações, é cabível a alteração do contrato por acordo das partes para fins de reestabelecer a relação inicialmente pactuada, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, na hipótese de sobrevirem **fatos imprevisíveis, ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis**, retardadores ou impeditivos da execução contratual, **configurando-se álea econômica extraordinária e extracontratual**.

A PGFN da 4ª Região, ao analisar a matéria, entendeu pela impossibilidade de concessão de reequilíbrio econômico financeiro em razão da exclusão do SIMPLES NACIONAL, por entender que tal se trata de fato previsível, visto que ao firmar contratos a empresa possui meios de aferir o quanto irá arrecadar, não se afigurando na álea extraordinária, bem como tal desenquadramento igualmente



MUNICÍPIO DE IJUÍ – PODER EXECUTIVO
SECRETARIA MUNICIPAL DA FAZENDA
Coordenadoria de Compras, Patrimônio e Administração de Materiais

não evidencia a álea extracontratual, visto que o aumento da receita necessita de anuência da empresa, a qual concorre para o efeito provocado.

Entretanto, no presente caso, acredito que estamos diante de situação que, ainda que previsível a ocorrência, não se pode adiantar **em que momento** tal alteração de regime irá ocorrer, de sorte que quando do desenquadramento, entendo que não poderá a empresa ser *obrigada* a executar o contrato no prejuízo, sendo “punida” pelo aumento de receita, de sorte que tal situação será analisada no momento oportuno (que poderá ser no mês subsequente à assinatura do contrato ou em janeiro de 2022, na linha do já apontado), mas que deverá ser enfrentada por essa Administração”. **CONCLUI** que:” Dessa forma, **opino**, na linha do já manifestado pela SMF e SMMA, pela adequação da p.o da licitante ao regime tributário atual da empresa, conforme orientação do TCE/RS.

O PARECER JURÍDICO - AJ/COPAM manifesta-se, ainda, no seguinte sentido: "Quanto ao pedido de readequação da planilha quando do desenquadramento do simples, não vislumbro nesse momento óbices à concessão pretendida, mas tal será analisado em momento oportuno, quando da efetiva alteração da situação tributária da empresa”.

A Comissão após análise da manifestação do PARECER JURÍDICO - AJ/COPAM, acolhe o seu teor e, encaminhará notificação a empresa BRISA TRANSPORTE EIRELI, para que proceda a correção a adequação da p.o da licitante ao regime tributário atual da empresa, conforme orientação do TCE/RS. A correção deverá ser para as propostas de ambos os lotes: LOTE 2 – RECICLÁVEL (em razão da desclassificação da proposta da licitante MECANICAPINA LIMPEZA URBANA LTDA) e LOTE 1 - DOMICILIAR. Nada mais havendo a relatar encerra-se os trabalhos com a lavratura desta ata que após lida e achada em conforme, vai assinada pelos membros da Comissão, ficando desde já os autos com vistas franqueados aos interessados. Ijuí/RS, 15 de abril de 2021.

Membros da Comissão de Licitação

MARIA TEREZA DARONCO
Membro

SERLI CARMEN BARACIOL CASSEL
Membro

LUCILDA NAIR BARRIQUELLO
Presidente

