**JULGAMENTO DA HABILITAÇÃO DA EMPRESA CONSTRUTORA ROSA NETO LTDA. – CONCORRÊNCIA 01/2023 – IC/FUC HOSPITAL REGIONAL DE SANTA MARIA**

Reuniu-se no dia 18/07/2023, às 14:05, na sala de reunião do Conselho Diretor, sito na rua Princesa Isabel, nº 395, bairro Santana – Porto Alegre/RS, a Comissão de Licitação designada pela Portaria n° 010/2023, publicada em 27/03/2023, para sessão de julgamento da documentação de habilitação da empresa Construtora Rosa Neto Ltda, apresentada em na sessão pública realizada 06/07/2023. Participaram os seguintes membros da comissão: Presidente da Comissão Sr. Aramy Pereira da Silva: engenheiro Civil Sr. Luiz Alberto Osório de Castro; Pregoeira Sra. Barbara Cristiane de Melo; Gerente de Contabilidade Sr. Vinicius Silva Gonçalves e Assessora Jurídica Sra. Sonia Beatriz da Silva Chamaniego. Ao proceder a análise do balanço patrimonial do exercício de 2022, esta Comissão constatou que a licitante faturou valor superior ao limite estabelecido pela legislação para Empresa de Pequeno Porte (R$ 4.800.000,00), ou seja, apresentou Receita Bruta Anual de R$ 5.154.405,00 (cinco milhões cento e cinquenta e quatro mil quatrocentos e cinco reais), o que contraria o item 3.2.2. do edital:

> "Em se tratando de microempresa ou de empresa de pequeno porte, declaração subscrita por representante legal do licitante afirmando o seu enquadramento nos critérios previstos no artigo 3º da Lei Complementar Federal n° 123/2006, bem como sua não inclusão nas vedações previstas no mesmo diploma legal, em conformidade com o modelo constante do Anexo II.2."

Ressalte-se que a por ocasião da abertura dos envelopes de proposta a Construtora Rosa Neto beneficiou-se do "empate ficto", razão pela qual a Comissão aplicou as disposições dos itens 7.7 e 7.7.1 do Edital, declarando-a primeira classificada.

> 7.7. Empate ficto. Será assegurado direito de preferência aos licitantes que sejam microempresas, empresas de pequeno porte ou cooperativas que preencham as condições estabelecidas no artigo 34 da Lei Federal n° 11.488/2007 cujas propostas sejam iguais ou até 10% (dez por cento) superiores à proposta mais bem classificada na lista de que trata o item 7.6.
>
> 7.7.1. A microempresa, empresa de pequeno porte ou cooperativa nas condições do item 7.7 que tiver apresentado o menor preço será convocada pela Comissão Julgadora da Licitação para apresentar nova oferta com valor total inferior à proposta mais bem classificada.

Ainda, esta Comissão solicitou esclarecimentos à Construtora Rosa Neto sobre a situação de extrapolação de sua receita bruta anual, verbis:

> Em decorrência da análise da Documentação de Habilitação da Empresa Construtora Rosa Neto Ltda., nos deparamos com algumas

dúvidas, que necessitarão de esclarecimento por parte da licitante, o que fazemos por intermédio da presente Diligência.

Por ocasião da abertura da licitação modalidade Concorrência nº 01/2023, onde foram abertos os envelopes das propostas, esta empresa apresentou declaração, sob as penas da Lei, que se enquadrava como Empresa de Pequeno Porte, o que lhe deu direito de preferência na apresentação do preço final da obra.

Aberto o envelope da documentação de habilitação constatamos que o balanço do ano calendário de 2022 demonstra uma receita bruta de R$ 5.154.405,00 (cinco milhões, cento e cinquenta e quatro mil, quatrocentos e cinco reais), ultrapassando o limite estabelecido na LC 123/06 para o enquadramento como EPP (R$ 4.800.000,00).

A Lei Complementar nº 123/2006 institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte. Destaca-se o contido no caput do artigo 3º e nos respectivos inciso II, § 3º, § 9º e § 9º-A. Veja-se:

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, aufira, 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 **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**.

Considerando o acima disposto, principalmente em relação a Lei Complementar nº 123, solicitamos os seguintes esclarecimentos, apresentando evidências quando for o caso:

1) Quais as razões que levaram a Construtora Rosa Neto a firmar a Declaração de Empresa de Pequeno Porte entregue no envelope 01 da Concorrência 01/2023 deste Hospital?
2) Tendo excedido o limite de 4.800.000,00 no ano calendário de 2022, a empresa procedeu seu desenquadramento nos órgãos competentes? Quando? Se não o fez, porque não promoveu o desenquadramento no início do ano calendário de 2023?
3) A Construtora Rosa Neto é optante do Regime de tributação SIMPLES? Apresente comprovação desta situação.
4) Sendo EPP, seu enquadramento no regime de tributação SIMPLES é automático? Apresente prova de que sua opção pelo SIMPLES está em vigência.

5) Apresente demais evidências de que se encontrava legalmente enquadrada como EPP na data da abertura dos envelopes de proposta na licitação 01/2023 IC/FUC-HRSM.
Solicitamos seus préstimos no sentido de apresentar resposta o mais breve possível para que possamos concluir o julgamento da Licitação referida.

Como resposta, a Construtora Rosa Neto assim se manifestou:

"Quanto à declaração de enquadramento como EPP, esta se deu pelo fato de que, na data da licitação, a empresa ainda estava gozando do tratamento jurídico diferenciado da lei 123/2006.

Ocorre que a Escrituração Contábil Digital foi concluída, conforme consta no protocolo da Junta Comercial, no rodapé do documento, no mês de maio (inclusive com antecedência, visto que o prazo legal para conclusão era até o final de junho), momento em que, de fato, houve a "ocorrência do excesso".

Logo, vejamos o que diz no artigo 3º, e nos respectivos inciso II, §3º, § 9º e § 9º-A, destacados por esta douta comissão:

> 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, aufira, 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). (Redação dada pela Lei Complementar nº 155, de 2016) Produção de efeito
> § 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.
> § 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**.

Percebam que a exclusão do tratamento jurídico diferenciado se dá **no mês subsequente à ocorrência do excesso**, ou seja, em **junho**.

Sendo assim, reiteramos que a referida declaração de enquadramento foi apresentada pelo fato de que, às nove horas do dia dezesseis de **maio** de dois mil e vinte e três, hora e data da sessão de abertura dos envelopes de proposta da licitação 01/2023 IC/FUC-HRSM, estávamos em pleno gozo do tratamento diferenciado previsto na lei 123/2006."

Como se pode observar, a Construtora Rosa Neto Ltda. não atendeu à diligência feita pela Comissão de Licitação, preferindo apresentar respostas evasivas e equivocadas

Conforme se observa dos documentos carreados ao processo a empresa declarou que não ultrapassou os limites de faturamento e que cumpria os requisitos estabelecidos no ar.t 3º da LC n° 123/2006 estando apta a usufruir o tratamento favorecido dispensado às ME e EPP, bem como se utilizou do empate ficto na apresentação de sua proposta, sendo somente por esse motivo classificada em primeiro lugar.

Entretanto a análise dos documentos relativos à qualificação econômico financeira revelaram o contrário.

De acordo com a LC n° 123/2006 a empresa tem o dever de solicitar seu desenquadramento 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. E tal excesso pode facilmente ser verificado pelo faturamento, ou seja, uma simples revisão nas notas fiscais emitidas indicaria que a solicitação de desenquadramento deveria ser feita no mês de janeiro de 2023. Assim, nada tem a ver a questão de entrega da escrituração digital com a autodeclaração de desenquadramento. São situações diferentes, já que 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, 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 condicionantes constitui-se em fraude, tipificada no art. 90 da Lei 8.666/93, sujeita a aplicação da pena de declaração de inidoneidade.

Neste sentido são as decisões do Tribunal de Contas da União, Acórdão n° 970/2011 – Plenário, Relatoria do Ministro Augusto Sherman:

> "Enunciado
>
> Consitui fraude à licitação a participação de empresa na condição de microempresa ou empresa de pequeno porte, sem apresentar essa qualificação, em razão de faturamento superior ao limite legal estabelecido, situação que enseja a declaração de inidoneidade da pessoa jurídica envolvida. A perda da condição de microempresa ou empresa de pequeno porte, por ser ato declaratório, é de responsabilidade da sociedade empresarial.
>
> (...)
>
> Ressalte-se que a informação da perda da condição de ME ou EPP, por ser ato declaratório, era de responsabilidade da empresa (omissis) que, por não tê-la prestado e por ter auferido indevidamente os benefícios da LC 123/2006, ação que caracteriza fraude à licitação, deve ser declarada inidônea para participar de licitações na administração pública federal

Ainda, no âmbito do Tribunal de Contas da União, no Acórdão nº 745/2014-Plenário, Relatoria Ministro Marcos Bemquerer Costa, decidiu-se que o momento do desenquadramento deve ser pautado pelo excesso ou não dos 20% de faturamento, vejamos:

> 21. Independentemente da periodicidade da escrituração contábil, a empresa pretendente a usufruir do regime favorecido de participação nas licitações de que trata a Lei Complementar nº 123/2006 tem o ônus de manter o controle constante do seu faturamento e atualizar com fidedignidade seus dados constantes em sistemas informatizados da administração pública.
> 22. Dizer que a escrituração do balançao, de periodicidade anual, seria o marco para a constatação do excesso de receita e da perda da condição de empresa de pequeno porte significaria tornar letra morta o §9º do art. 3º da Lei Complementar nº 123/2006, que impõe o desenquadramento da empresa no mês seguinte àquele em que houver excesso de faturamento, e também ao §9ºA, que condiciona a prorrogação da perda da condição de ME ou EPP para o na-calendário posterior apenas na hipótese de o excesso de receita bruta situar-se na faixa de 20%.

No mesmo sentido, o Decreto Federal nº 8.538/2015 explicita o funcionamento do enquadramento das microempresa e empresas de pequeno porte para fins dos benefícios da Lei Complementar nº 123/2006 nos certames públicos.

> Art. 13. Para fins do disposto neste Decreto, o enquadramento como:
> I - microempresa ou empresa de pequeno porte se dará nos termos do art. 3º, caput , incisos I e II , e § 4º da Lei Complementar nº 123, de 2006 ;
> § 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.**
> § 2º Deverá ser exigida do licitante a ser beneficiado a declaração, sob as penas da lei, de que cumpre os requisitos legais para a qualificação como microempresa ou empresa de pequeno porte, microempreendedor individual, produtor rural pessoa física, agricultor familiar ou sociedade cooperativa, o que o tornará apto a usufruir do tratamento favorecido estabelecido nos art. 42 ao art. 49 da Lei Complementar nº 123, de 2006. (Redação dada pelo Decreto nº 10273, de 2020)

Corroborando o entendimento supra alinhavado, traz-se os seguintes julgados:

> Núm.:50024948620188210023Inteiro teor: htmlTipo de processo: Apelação CívelTribunal: Tribunal de Justiça do RSClasse CNJ: ApelaçãoRelator: Laura Louzada Jaccottet
> Órgão Julgador: Segunda Câmara CívelComarca de Origem: RIO GRANDESeção: CIVELAssunto CNJ: Licitações
> Decisão: Acordao

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. LICITAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. MUNICÍPIO DE RIO GRANDE. TRATAMENTO JURÍDICO DIFERENCIADO PREVISTO NA LEI COMPLEMENTAR N. 123/06. EPP. DESCABIMENTO. 1. O Município de Rio Grande promoveu, em meados de 2018, licitação na modalidade de pregão presencial, do tipo menor preço total anual, tendo como objeto a contratação de empresa para fornecimento de equipes padrões de serviços de multitarefas contemplando a limpeza pública do Município. Ab initio, a impetrante foi apontada como vencedora do certame; no entanto, na sequência, restou declarada inabilitada por meio de julgamento da pregoeira de recurso administrativo de outra participante, considerando que estaria impedida de utilizar o benefício previsto na Lei Complementar n. 123/06, em função de que um de seus sócios também seria sócio de outra empresa. 2. Não se pode beneficiar do tratamento jurídico diferenciado previsto na Lei Complementar n. 123/06 a pessoa jurídica 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 (quatro milhões e oitocentos mil reais), na forma do art. 3°, § 4°, inciso V, da referida lei. Nessa perspectiva, na situação em tela, considerando que o sócio da pessoa jurídica impetrante integra outra pessoa jurídica com fins lucrativos, basta a análise da receita bruta global de ambas, que não pode superar aquela baliza. 3. No caso concreto, a documentação apresentada pela impetrante para habilitação no certame ilustrava informações financeiras referentes ao ano-calendário de 2017 e, na época, o exame da receita bruta global de ambas as empresas integradas pelo sócio em comum indicava a inexistência da superação do limite de R$ 4.800.000,00, o que autorizava, a rigor, que a empresa impetrante se beneficiasse do tratamento jurídico diferenciado previsto na Lei Complementar n. 123/2006. No entanto, o certame ocorreu em meados de 2018, já no mês de julho daquele ano, quando estava em curso, logicamente, novo ano-calendário para fins de cômputo de faturamento anual/global. Nesse contexto, a documentação apresentada pela empresa apelante demonstra que, entre janeiro e junho do ano-calendário de 2018, ou seja, no período imediatamente anterior à habilitação no certame, a empresa impetrante, sozinha, auferiu mais de SEIS MILHÕES DE REAIS oriundos de pagamentos efetivados só pelo Município de Rio Grande. Em outras palavras, apenas no período de seis meses de 2018 a requerente já havia extrapolado o faturamento anual que lhe permitia ser enquadrada como empresa de pequeno porte e, mais, havia extrapolado o faturamento global de ambas as empresas integradas pelo sócio em comum. **Nessa toada, em conformidade com o que disciplina a Lei Complementar n. 123/2006 nos §§ 9º e 9º-A do seu artigo 3º, era obrigação da impetrante, observando as circunstâncias fáticas em que sabidamente se encontrava, ter promovido o desenquadramento como EPP no mês seguinte à verificação do excesso de faturamento. E, se assim tivesse agido, sequer poderia pretender se habilitar no certame, porquanto, faticamente, para todos os efeitos legais, não mais era empresa de pequeno porte no momento da abertura do**

**pregão, em julho de 2018**. De qualquer forma, para a discussão jurídica travada no presente feito, a fim de examinar se a parte autora ostenta o direito líquido e certo que alega, partindo-se do ato administrativo que a inabilitou no certame pela concomitância de sociedades de um dos sócios, o deslinde da questão passa, essencialmente, pela verificação do faturamento global de ambas as empresas. Nesse aspecto, conclui-se que, no momento da habilitação no certame, em julho de 2018, no mundo dos fatos, a empresa autora não preenchia os requisitos previstos em lei, pois o faturamento global de ambas as empresas integradas pelo sócio em comum extrapolava, em muito, o limite de R$ 4.800.000,00, constituindo causa excludente da hipótese de usufruição dos benefícios descritos na Lei Complementar n. 123/2006. Por tais razões, ausente direito líquido e certo e/ou ilegalidade no ato praticado pela autoridade coatora, impõe-se a reforma da sentença, com denegação da segurança postulada e revogação da liminar. DERAM PROVIMENTO AOS RECURSOS DE APELAÇÃO. UNÂNIME.(Apelação Cível, Nº 50024948620188210023, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Laura Louzada Jaccottet, Julgado em: 29-03-2023)
Data de Julgamento: 29-03-2023Publicação: 30-03-2023

APELAÇÃO CÍVEL. LICITAÇÃO E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. PREGÃO ELETRÔNICO. DESCUMPRIMENTO DE EXIGÊNCIAS LEGAIS E EDITALÍCIAS. DECLARAÇÃO FALSA DE ENQUADRAMENTO COMO EPP NO PROCESSO LICITATÓRIO. PENALIDADES DE MULTA E IMPEDIMENTO DE CONTRATAR COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. LEGALIDADE E PROPORCIONALIDADE DAS SANÇÕES. PRECEDENTES. - Afigura-se legal a imposição das sanções de impedimento de contratar com a administração pública e multa ao licitante que, participando de pregão eletrônico, apresenta declaração de enquadramento como Empresa de Pequeno Porte quando o faturamento o retira de tal condição. - Nos termos do artigo 3º, § 9º, da Lei Complementar 123/2006, haverá a exclusão da condição de pequeno porte à empresa que exceder o limite de receita bruta no mês subsequente à ocorrência do excesso. **Portanto, desnecessário que se aguarde o balanço anual para a perda da condição privilegiada.** - Penalidades aplicadas [impedimento de licitar e contratar com o Estado do Rio Grande do Sul pelo prazo de dois anos e aplicação de multa no valor de R$ 86.909,40 (oitenta e seis mil novecentos e nove reais e quarenta centavos)] que se mostram ajustadas à conduta. Precedentes. APELO DESPROVIDO(Apelação Cível, Nº 50775119220218210001, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marilene Bonzanini, Julgado em: 18-08-2022) (grifos meus)

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ANULATÓRIA DE PENALIDADE. LICITAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO. CONTRATAÇÃO DE VIGILÂNCIA DESARMADA. FALSA DECLARAÇÃO DE EMPRESA DE PEQUENO PORTE. Dúvidas não há que a apelante praticou a infração noticiada na Ata do Pregão Eletrônico n. 448/2017, visando à contratação de segurança desarmada, porque encaminhou documento no qual demonstrava

que descumpria a condição de empresa de pequeno porte, sendo, portanto, inverídica a declaração da ora apelante no sentido de que possuía tal condição, e, como tal, gozava das prerrogativas previstas na Lei Complementar n. 126/2006. Por outro lado, a penalização foi imposta após regular procedimento administrativo, tendo sido assegurada a ampla defesa, conforme demonstra o procedimento administrativo constante nos autos. A proporcionalidade e razoabilidade da imputação foi devidamente examinada pela respeitável sentença recorrida, concluindo o julgador que apenas o prazo de suspensão do direito de contratar com a Administração merece redução, com base na ausência de má-fé e prejuízo para administração. Por outro lado, a falsa declaração por parte do concorrente, como é o caso da apelante, produz o efeito imediato de "ficar impedido de licitar ou contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios", na forma do art. 7º da Lei n. 10.520/2002, que instituiu a modalidade pregão para todas entidades que compõem a Administração Pública. Apelação desprovida.(Apelação Cível, Nº 70084321447, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marco Aurélio Heinz, Julgado em: 07-10-2020) (grifos meus)

**CONCLUSÃO**

Por todo o acima exposto, A Comissão de Licitação da Concorrência IC/FUC-HRSM 001/2023 desclassifica a empresa Construtora Rosa Neto Ltda., por ter apresentado declaração falsa de enquadramento como Empresa de Pequeno Porte com o fito de obter os benefícios estabelecidos na Lei Complementar 123/2006.

Sugere-se o encaminhamento da presente decisão à Presidência do Instituto de Cardiologia para que determine a instauração de processo administrativo de penalização, concedendo o contraditório e a ampla defesa, após o prazo para interposição de Recurso Administrativo à apresente decisão.

Porto Alegre, 18 de julho de 2023.

Aramy Pereira da Silva
Presidente Comissão de Licitação
Concorrência nº 01/2023 HRSM

**Aramy Silva**
Superintendente Adjunto
Fundação Universitária de Cardiologia