JULGAMENTO DO RECURSO DA EMPRESA CONSTRUTORA ROSA NETO LTDA. – CONCORRÊNCIA 01/2023 – IC/FUC HOSPITAL REGIONAL DE SANTA MARIA – CONTRA DECISÃO DE SUA INABILITAÇÃO.

Irresignada contra a decisão da Comissão de Licitação da Concorrência 01/2023 que culminou em sua inabilitação ao certame, a licitante Construtora Rosa Neto Ltda. Interpôs Recurso Administrativo, alegando em síntese:

Que embora seu balanço patrimonial encerrado em 31/12/2022 apresenta receita bruta no montante de R\$ 5.154.405,00, pelo que determina a INRF 1774/2017 estabelece o prazo de 31 de maio de 2023 para a apresentação de suas demonstrações, o que em tese justificaria seu enquadramento como empresa de pequeno porte na data da abertura das propostas de preços na licitação em epígrafe e que somente perderia o enquadramento como empresa de pequeno porte no ano de 2024.

Totalmente sem razão a Recorrente uma vez que tenta confundir esta Comissão com um jogo de interpretação equivocada da Legislação de regência.

A Lei é bem clara ao definir que a empresa que apresentar faturamento superior a R\$ 4.800.000,00 será automaticamente desenquadrada no mês seguinte ao próprio ano calendário se ultrapassar o percentual de 20% e se não ultrapassar tal percentual, será automaticamente desenquadrada no primeiro dia do ano subsequente ao ano calendário. Assim sendo, seu desenquadramento automático da condição de empresa de pequeno porte ocorreu em 01 de janeiro de 2023, não tendo qualquer relação com data estabelecida pela Receita Federal para a apresentação das Demonstrações Contábeis. Não são as demonstrações Contábeis que irão definir se a receita bruta ultrapassou o limite estabelecido em Lei e sim o próprio faturamento bruto que é conhecido a cada mês, quando são emitidas as notas fiscais correspondentes aos serviços prestados. É dever da Recorrente providenciar junto a Fazenda Pública seu auto desenquadramento, sob pena de sofrer as penas previstas na legislação fiscal, o que não o fez. Agindo da forma como agiu, declarando falsamente que se enquadrava como empresa de pequeno porte, frustrou o procedimento licitatório e ao mesmo tempo cometeu crime tipificado como fraude à licitação, sujeita as penas estabelecidas na Lei de Licitações.

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

de W

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 nº 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 nacalendário 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.

) N

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: Apelação Relator: 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 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 anocalendário 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, № 50024948620188210023, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Laura Louzada Jaccottet, Julgado em: 29-03-2023)

Data de Julgamento: 29-03-2023 Publicação: 30-03-2023

APELAÇÃO CÍVEL. LICITAÇÃO E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. PREGÃO ELETRÔNICO. DESCUMPRIMENTO DE EXIGÊNCIAS LEGAIS E EDITALÍCIAS. DECLARAÇÃO FALSA DE ENQUADRAMENTO COMO EPP 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, № 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 recebe o recurso Administrativo da Construtora Rosa Neto Ltda., por tempestivo e pelas razões acima explanadas NEGA PROVIMENTO, mantendo sua DESCLASSIFICAÇÃO.

Porto Alegre, 08 de agosto de 2023

Presidente da Comissão de Licitação

De Acordo:

Marne de Freitas Gomes.

Diretor Presidente do IC/FUC