



▪ **Visualização de Recursos, Contrarrazões e Decisões**

RECURSO :

RECURSO ADMINISTRATIVO CONTRA HABILITAÇÃO DE OUTREM.
ILUSTRÍSSIMA SENHORA PREGOEIRA DA PREFEITURA MUNICIPAL DE HORIZONTE/CE.
REF: PREGÃO ELETRÔNICO: 2021.08.30.1-SRP.

A EMPRESA WANDERLEY LIMA DE AGUIAR -EPP, legalmente cadastrada no CNPJ/MF sob o nº 03.590.562/0001-20, sediada na rua Jose Arteiro, nº 11, Bairro Pedra Branca, Pacajus/ Ceará, CEP 62.870-000, representada neste ato pelo Senhor Wanderley Lima de Aguiar, com identidade nº 2005002013037 e CPF nº 355.863.203-63, abaixo assinado, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Senhoria e com fulcro no artigo 109, inciso III, § 4º, da Lei 8.666/93 c/c item 10.9 do Edital propor o presente.

RECURSO ADMINISTRATIVO

Em face da decisão que declarou a empresa DIAGA COMÉRCIO DE ALIMENTOS E REPRESENTAÇÕES LTDA, Habilitada e vencedora dos lotes: 13,14 e 16 do certame em epígrafe, e o faz pelos fundamentos fáticos e jurídicos que passa a expor:

1) DA TEMPESTIVIDADE

Ab initio, cumpre aduzir que, o presente Recurso apresenta-se manifestamente tempestivo, visto que a decisão que declarou a empresa DIAGA COMÉRCIO DE ALIMENTOS E REPRESENTAÇÕES LTDA Habilitada e vencedora do certame ocorreu em 15/10/2021, tendo esta Recorrente o prazo de 3 (três) dias úteis para apresentar as razões do recurso a contar da data da divulgação da decisão, conforme depreende-se do item 10.9 do Edital:

"10.9- RECURSOS: Declarado o vencedor e decorrida a fase de regularização fiscal de microempresa, empresa de pequeno porte ou equiparada, se for o caso, qualquer licitante poderá, durante a sessão pública, de forma imediata e motivada, em campo próprio do sistema, manifestar sua intenção de recorrer, quando lhe será concedido o prazo de três dias para apresentar as razões do recurso, ficando os demais licitantes, desde logo, intimados para, querendo, apresentarem contrarrazões em igual prazo, que começará a contar do término do prazo da recorrente, sendo-lhes assegurada vista imediata dos elementos indispensáveis à defesa dos seus interesses."

Desta forma o prazo passa a correr em 18/10/2021 (segunda - feira) terminando em 20/10/2021 (quarta-feira), conforme Plataforma Comprasnet. Destarte, uma vez que o presente Recurso Administrativo está sendo apresentado na presente data, 20/09/2021, dentro do prazo concedido, é incontroverso a sua tempestividade.

2) BREVE RELATO DOS FATOS

Trata-se o presente feito de Recurso Administrativo interposto em face da decisão que habilitou e declarou vencedora do certame a Licitante DIAGA COMÉRCIO DE ALIMENTOS E REPRESENTAÇÕES LTDA, no pregão em epígrafe, o qual tem por objeto, in verbis: "Seleção de melhor proposta para registro de preços visando futuras e eventuais aquisições de gêneros alimentícios perecíveis e não perecíveis destinados ao Hospital e Maternidade Venâncio Raimundo de Sousa, Estratégia Saúde da Família, Centro de Atenção Psicossocial - CAPS e as Unidades Especializadas do Município de Horizonte/Ce, (com ampla participação e cotas exclusivas à ME e EPP), conforme especificações contidas no Termo de Referência.

Isto porque, com o objetivo de atender ao escopo contratual, o Edital pormenorizou as regras a serem atendidas pelos licitantes, visando evidenciar as suas mais diversas aptidões para o atendimento do escopo proposto, bem como evidenciar a legalidade estrita na confecção das propostas comerciais das concorrentes.

Todavia, a licitante DIAGA COMÉRCIO DE ALIMENTOS E REPRESENTAÇÕES LTDA, restou vencedora dos lotes 13, 14 e 16, porém, a licitante declara na Plataforma comprasnet (sistema) e declaração formal anexa a proposta de preços, que está enquadrada como Empresa de pequeno Porte - EPP, apta ao tratamento diferenciado e favorecido previsto na lei nº 123/2006, sendo que, conforme consulta a Demonstração do Resultado do Exercício anexo a proposta de preços, o seu faturamento Bruto no exercício de 2020, foi de 4.922.114,61 (quatro milhões, novecentos e vinte e dois mil, cento e quatorze reais e sessenta e um centavos), ao qual o limite determinado por lei para o tratamento diferenciado e Favorecido é de 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais), por exercício financeiro, razão pela qual impõe-se a interposição do presente RECURSO ADMINISTRATIVO, com o fito de evidenciar as irregularidades nos documentos de habilitação apresentados pela referida participante, sendo que, a mesma não cumpriu as regras previstas em edital, para ser declarada habilitada.

Assim, na presente peça, abordar-se-ão os itens não atendidos pela Recorrida, no que tange a habilitação, item 8.8, subitem 8.12 e Lei Complementar nº 123/2006, devendo ao final, ser revista a decisão que a habilitou, conforme fundamentos que se passa a expor.

3) DA IRREGULARIDADE NA HABILITAÇÃO (QUALIFICAÇÃO TÉCNICA)

A empresa DIAGA COMÉRCIO DE ALIMENTOS E REPRESENTAÇÕES LTDA declarada habilitada e vencedora dos lotes: 13, 14 e 16, a licitante declara na Plataforma comprasnet (sistema) e declaração formal anexa a proposta de preços, que está enquadrada como Empresa de pequeno Porte - EPP, apta ao tratamento diferenciado e favorecido previsto lei nº 123/2006, sendo que, conforme consulta ao Demonstração do Resultado do Exercício anexo a proposta de preços, o seu faturamento Bruto no exercício de 2020, foi de 4.922.114,61 (quatro milhões, novecentos e vinte e dois mil, cento e quatorze reais e sessenta e um centavos), ao qual o limite determinado por lei para o tratamento diferenciado e Favorecido é de 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais), por exercício financeiro.

Assim, inicialmente fizemos breve consulta no portal da transparência dos Municípios, somente no <https://transparenciamunicipios.tce.ce.gov.br/>, acerca de pagamentos recebidos da administração pública municipais a empresa DIAGA COMÉRCIO DE ALIMENTOS E REPRESENTAÇÕES LTDA, no exercício de 2020, vejamos:

Origem da informação Valor (R\$)
PORTAL DA TRANSPARÊNCIA DOS MUNICÍPIOS R\$4.844.939,58

Verifica-se que, considerando apenas essas informações, o faturamento da empresa já ultrapassaria o limite máximo estabelecido no inciso II do art. 3º da Lei Complementar 123/2006.

A lei complementar nº 123/2006, faz a seguinte definição de microempresa e empresa de pequeno porte:

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:

I - 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

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) (Redação dada pela Lei Complementar nº 155, de 2016) . (Grifo Nosso).

Vejamos o que diz o item 8.8, subitem 8.12 do edital do certame licitatório:

"Sera inabilitado o licitante que não comprovar sua habilitação, seja por não apresentar quaisquer dos documentos exigidos, ou apresentá-los em desacordo com o estabelecido neste Edital"

Entendemos que a empresa não poderia declarar apta ao tratamento diferenciado e favorecido previsto na Lei nº 123/2006, porque o valor do faturamento bruto da licitante no exercício de 2020, está superior ao limite permitido por lei para continuar apta a usufruir dos benefícios, além disso, não consta devolução de receitas no balanço patrimonial de algum faturamento que tenha sido realizado, cancelado, o que poderia a depender do valor de devolução de receitas deixar a DIAGA COMÉRCIO DE ALIMENTOS E REPRESENTAÇÕES LTDA apta para tal o benefício e tratamento diferenciado e favorecido.

Assim, vide anexo balanço patrimonial e declaração de enquadramento de empresa de pequeno Porte - EPP, que demonstra que a referida licitante não poderia declarar está apta ao tratamento favorecido e diferenciado.

Note, i. Senhora Pregoeira, que pelo valor do faturamento bruto constante na Demonstração do resultado do Exercício de 2020, da empresa DIAGA COMÉRCIO DE ALIMENTOS E REPRESENTAÇÕES LTDA ao declarar que está apta para o tratamento diferenciado e favorecido, está fazendo declaração que não corresponde com as informações prevista no balanço patrimonial apresentado.

Temos sempre o cuidado de não parti do princípio da desconfiança, preferimos acreditar que tratasse do um erro, equívoco, ainda sim, pelos fatos demonstrados a licitante não cumpriu os requisitos legais previsto no referido edital de licitação e Lei complementar nº 123/2006.

NÃO TEMOS A MENOR DÚVIDA DA LISURA QUANTO AO JULGAMENTO DO PROCESSO CONDUZIDA PELA SENHORA PREGOEIRA, PORÉM, TODO JULGAMENTO É PASSÍVEL ERROS, FALHAS E EQUÍVOCOS .

Assim, entendemos que a licitante DIAGA COMÉRCIO DE ALIMENTOS E REPRESENTAÇÕES LTDA não atendeu os requisitos de habilitação exigidos no ato convocatório desse certame.

4) DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE CONJUGADO COM A LEI LC Nº 123/2006.

Face aos fatos dispostos acima, imperioso registrar que, a Lei Federal que fundamentou a presente licitação, Lei Federal nº8.666/93 e Lei nº 10.520/2002, Lei Complementar nº 123/2006, Lei Complementar 147/2014, que a Administração Pública deve atuar tendo como pilares o princípio da Legalidade, impessoalidade, moralidade, Vinculação ao edital, vantajosidade, entre outros.

O Tribunal de Contas da União - TCU, já firmou jurisprudência acerca do assunto objeto de questionamento - ACÓRDÃO Nº 1330/2013 - TCU - Plenário:

"Evidencia-se nos autos que a empresa Bela Terra Comércio de Petróleo Ltda - EPP (CNPJ nº 07.573.492/0001-53) faturou no ano anterior à licitação ora em exame, montante superior a R\$ 2.400.000,00, considerando apenas os recebimentos da administração pública federal, fato que comprova que a empresa deixou, no ano-calendário seguinte, de atender aos requisitos necessários ao usufruto de benefícios previstos na LC nº 123/2006 para ME e EPP".

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de Representação em que restou comprovado cometimento de fraude à licitação pela empresa Bela Terra Comércio de Petróleo Ltda - EPP (CNPJ nº 07.573.492/0001-53), por ter apresentado declaração inverídica no sentido de que atendia às condições para usufruir das vantagens previstas na Lei Complementar nº 123/2006, beneficiando-se de tratamento diferenciado destinado a ME/EPP indevidamente.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, diante das razões expostas pelo Relator, em:

9.1. conhecer da presente Representação, com fundamento nos arts. 235 e 237, inciso VI, do Regimento Interno deste Tribunal, para, no mérito, considerá-la procedente;

9.2. rejeitar as justificativas contidas na manifestação encaminhada pela empresa Bela Terra Comércio de Petróleo Ltda - EPP (CNPJ nº 07.573.492/0001-53);

9.3. declarar, com fundamento no art. 46 da Lei nº 8.443/92, a empresa Bela Terra Comércio de Petróleo Ltda - EPP (CNPJ nº 07.573.492/0001-53) inidônea para participar de licitação na Administração Pública Federal por período de 6 (seis) meses;

9.4. encaminhar cópia deste Acórdão, bem como do Relatório e Voto que o fundamentam:

9.4.1 à empresa Bela Terra Comércio de Petróleo Ltda - EPP (CNPJ nº 07.573.492/0001-53);

9.4.2 à Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão para as providências necessárias à atualização do registro da empresa Bela Terra Comércio de Petróleo Ltda - EPP (CNPJ nº 07.573.492/0001-53), no Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores - Sicaf;

9.4.3. ao Ministério Público Federal e à Secretaria da Receita Federal do Brasil, a título de representação, com fulcro no art. 71, inciso XI, da Constituição Federal, para as ações que julgar cabíveis dentro de suas esferas de competência;

9.5. apensar definitivamente este processo ao TC 023.692/2012-0, após o trânsito em julgado do presente Acórdão.

O entendimento da Cortes de Contas da União sobre o tema, tem mostrado unanimidade ao longo de vários julgados que já ocorreram, assim podemos constatar pelo ACÓRDÃO Nº 2578/2010 - TCU - PLENÁRIO, conforme reproduziremos o acórdão, abaixo:

"VISTOS, relatados e discutidos os presentes autos que tratam de irregularidades praticadas por empresas que indevidamente participaram de licitações públicas na condição de microempresa (ME) ou empresa de pequeno porte (EPP), contrariando a Lei Complementar nº 123/2006 (Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte) e o Decreto nº 6.204/2007.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão Plenária, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1 declarar, com fundamento no art. 46 da Lei nº 8.443/1992 e no inciso IV do art. 87, c/c o inciso III do art. 88 da Lei nº 8.666/1993, a inidoneidade da empresa Rub Car Comércio de Autopeças e Fundação Ltda. (CNPJ 59.350.124/0001-40), para licitar e contratar com a Administração Pública, pelo período de dois anos, por ter vencido licitações destinadas exclusivamente à participação de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, não obstante ostentar faturamento bruto superior ao limite previsto no art. 3º da Lei Complementar nº 123/2006;

9.2 com fundamento nos arts. 33 e 34 da Resolução-TCU nº 191/2006, apensar o presente processo à representação que lhe deu origem (TC 027.230/2009-3); 9.3 encaminhar cópia da presente deliberação à empresa



Rub Car Comércio de Autopeças e Fundação Ltda.;

9.4 encaminhar cópia destes autos, bem como do presente decisum, ao Ministério Público Federal, à Secretaria da Receita Federal do Brasil/MF e à Secretaria de Direito Econômico/MJ".

Destarte, resta evidente que a proposta ofertada pela empresa DIAGA COMÉRCIO DE ALIMENTOS E REPRESENTAÇÕES LTDA, apresenta-se manifestamente viciada, visto que, conforme demonstrado acima, declaração que está Apta aos benefícios, tratamento diferenciado e favorecido previsto na Lei complementar nº 123/2006, conforme documentos apresentados não corresponde com as exigências previstas em lei e no convocatório do certame, mostrando-se equivocada e errônea a sua habilitação.

5) DOS PEDIDOS

Isto posto, face aos argumentos aqui expostos, requer-se à esta Senhora Pregoeira que, em busca da melhor proposta que atenda ao interesse público, se digne:

- I) Reformulação a decisão de habilitação da licitante DIAGA COMÉRCIO DE ALIMENTOS E REPRESENTAÇÕES LTDA.
- II) Desclassificar e inabilitar, de modo terminante a empresa DIAGA COMÉRCIO DE ALIMENTOS E REPRESENTAÇÕES LTDA, por manifesto desatendimento ao item 8.8, subitem 8.12, assim como a Lei complementar nº 123/2006 e demais leis correlatas, conforme demonstrado nas razões recursais.

Nestes termos,

Pede deferimento.

Pacajus, 20 de outubro de 2021.

Wanderley Lima de Aguiar

Sócio Administrador

Rg nº 2005002019037/SSP/CE.

Obs: a peça recursal na íntegra enviada para o email: pregao@horizonte.ce.gov.br , pois contém anexos, sendo que, a plataforma comprasnet não ofereci a funcionalidade de anexos.

Fechar





SUPERMERCADO ATACADÃO DAS FRUTAS E VERDURAS

WANDERLEY LIMA DE AGUIAR MICROEMPRESA

RECURSO ADMINISTRATIVO CONTRA HABILITAÇÃO DE OUTREM.

ILUSTRÍSSIMA SENHORA PREGOEIRA DA PREFEITURA MUNICIPAL DE HORIZONTE/CE.

REF: PREGÃO ELETRÔNICO: **2021.08.30.1-SRP.**

A EMPRESA WANDERLEY LIMA DE AGUIAR -EPP. legalmente cadastrada no CNPJ/MF sob o nº 03.590.562/0001-20, sediada na rua José Arteiro, nº 11, Bairro Pedra Branca, Pacajus/ Ceará, CEP 62.870-000, representada neste ato pelo Senhor Wanderley Lima de Aguiar, com identidade nº 2005002013037 e CPF nº 355.863.203-63, abaixo assinado, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Senhoria e com fulcro no artigo 109, inciso III, § 4º, da Lei 8.666/93 c/c item 10.9 do Edital propor o presente.

RECURSO ADMINISTRATIVO

Em face da decisão que declarou a empresa **DIAGA COMÉRCIO DE ALIMENTOS E REPRESENTAÇÕES LTDA**, Habilitada e vencedora dos lotes: 13,14 e 16 do certame em epígrafe, e o faz pelos fundamentos fáticos e jurídicos que passa a expor:

1) DA TEMPESTIVIDADE

Ab initio, cumpre aduzir que, o presente Recurso apresenta-se manifestamente tempestivo, visto que a decisão que declarou a empresa **DIAGA COMÉRCIO DE ALIMENTOS E REPRESENTAÇÕES LTDA** Habilitada e vencedora do certame ocorreu em 15/10/2021, tendo esta Recorrente o prazo de 3 (três) dias úteis para apresentar as razões do recurso a contar da data da divulgação da decisão, conforme depreende-se do item 10.9 do Edital:

"10.9- **RECURSOS:** Declarado o vencedor e decorrida a fase de regularização fiscal de microempresa, empresa de pequeno porte ou equiparada, se for o caso, qualquer licitante poderá, durante a sessão pública, de forma imediata e motivada, em campo próprio do sistema, manifestar sua intenção de recorrer, quando lhe será concedido o prazo de três dias para apresentar as razões do recurso, ficando os demais licitantes, desde logo, intimados para, querendo, apresentarem contrarrazões em igual prazo, que começará a contar do término do prazo da recorrente, sendo-lhes assegurada vista imediata dos elementos indispensáveis à defesa dos seus interesses."

WANDERLEY LIMA DE AGUIAR MICROEMPRESA

Rua José Arteiro, 11 - Pedra Branca
Fones: (85) 9239.5054 - CEP: 62.870-000 - Pacajus - CE
E-mail: a.frutaseverduras@yahoo.com.br
C.N.P.J: 03.590.562/0001-20 CGF: 06.294.237-9



SUPERMERCADO ATACADÃO DAS FRUTAS E VERDURAS

WANDERLEY LIMA DE AGUIAR MICROEMPRESA



Desta forma o prazo passa a correr em 18/10/2021 (segunda - feira) terminando em 20/10/2021 (quarta-feira), conforme Plataforma Comprasnet. Destarte, uma vez que o presente Recurso Administrativo está sendo apresentado na presente data, 20/09/2021, dentro do prazo concedido, é incontroverso a sua tempestividade.

2) BREVE RELATO DOS FATOS

Trata-se o presente feito de Recurso Administrativo interposto em face da decisão que habilitou e declarou vencedora do certame a Licitante **DIAGA COMÉRCIO DE ALIMENTOS E REPRESENTAÇÕES LTDA**, no pregão em epígrafe, o qual tem por objeto, in verbis: "Seleção de melhor proposta para registro de preços visando futuras e eventuais aquisições de gêneros alimentícios perecíveis e não perecíveis destinados ao Hospital e Maternidade Venâncio Raimundo de Sousa, Estratégia Saúde da Família, Centro de Atenção Psicossocial – CAPS e as Unidades Especializadas do Município de Horizonte/Ce, (com ampla participação e cotas exclusivas à ME e EPP), conforme especificações contidas no Termo de Referência.

Isto porque, com o objetivo de atender ao escopo contratual, o Edital pormenorizou as regras a serem atendidas pelos licitantes, visando evidenciar as suas mais diversas aptidões para o atendimento do escopo proposto, bem como evidenciar a legalidade estrita na confecção das propostas comerciais das concorrentes.

Todavia, a licitante **DIAGA COMÉRCIO DE ALIMENTOS E REPRESENTAÇÕES LTDA**, restou vencedora dos lotes 13, 14 e 16, porém, a licitante declara na Plataforma comprasnet (sistema) e declaração formal anexa a proposta de preços, que está enquadrada como Empresa de pequeno Porte – EPP, apta ao tratamento diferenciado e favorecido previsto na lei nº 123/2006, sendo que, conforme consulta a Demonstração do Resultado do Exercício anexo a proposta de preços, o seu faturamento Bruto no exercício de 2020, foi de **4.922.114,61** (quatro milhões, novecentos e vinte e dois mil, cento e quatorze reais e sessenta e um centavos), ao qual o limite determinado por lei para o tratamento diferenciado e Favorecido é de 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais), por exercício financeiro, razão pela qual impõe-se a interposição do presente RECURSO ADMINISTRATIVO, com o fito de evidenciar as irregularidades nos documentos de habilitação apresentados pela referida participante, sendo que, a mesma não cumpriu as regras previstas em edital, para ser declarada habilitada.

WANDERLEY LIMA DE AGUIAR MICROEMPRESA

Rua José Arteiro, 11 - Pedra Branca

Fones: (85) 9239.5054 - CEP: 62.870-000 - Pacajus - CE

E-mail: a.frutaseverduras@yahoo.com.br

C.N.P.J: 03.590.562/0001-20 CGF: 06.294.237-9



SUPERMERCADO ATACADÃO DAS FRUTAS E VERDURAS

WANDERLEY LIMA DE AGUIAR MICROEMPRESA



Assim, na presente peça, abordar-se-ão os itens não atendidos pela Recorrida, no que tange a habilitação, item 8.8, subitem 8.12 e Lei Complementar nº 123/2006, devendo ao final, ser revista a decisão que a habilitou, conforme fundamentos que se passa a expor.

3) DA IRREGULARIDADE NA HABILITAÇÃO (QUALIFICAÇÃO TÉCNICA)

A empresa **DIAGA COMÉRCIO DE ALIMENTOS E REPRESENTAÇÕES LTDA** declarada habilitada e vencedora dos lotes: 13, 14 e 16, a licitante declara na Plataforma comprasnet (sistema) e declaração formal anexa a proposta de preços, que está enquadrada como Empresa de pequeno Porte – EPP, apta ao tratamento diferenciado e favorecido previsto lei nº 123/2006, sendo que, conforme consulta ao Demonstração do Resultado do Exercício anexo a proposta de preços, o seu faturamento Bruto no exercício de 2020, foi de **4.922.114,61** (quatro milhões, novecentos e vinte e dois mil, cento e quatorze reais e sessenta e um centavos), ao qual o limite determinado por lei para o tratamento diferenciado e Favorecido é de 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais), por exercício financeiro.

Assim, inicialmente fizemos breve consulta no portal da transparência dos Municípios, somente no <https://transparenciamunicipios.tce.ce.gov.br/>, acerca de pagamentos recebidos da administração pública municipais a empresa **DIAGA COMÉRCIO DE ALIMENTOS E REPRESENTAÇÕES LTDA**, no exercício de 2020, vejamos:

Origem da informação	Valor (R\$)
PORTAL DA TRANSPARÊNCIA DOS MUNICÍPIOS	R\$4.844.939,58

Verifica-se que, considerando apenas essas informações, o faturamento da empresa já ultrapassaria o limite máximo estabelecido no inciso II do art. 3º da Lei Complementar 123/2006.

A lei complementar nº 123/2006, faz a seguinte definição de microempresa e empresa de pequeno porte:

WANDERLEY LIMA DE AGUIAR MICROEMPRESA

Rua José Arteiro, 11 - Pedra Branca

Fones: (85) 9239.5054 - CEP: 62.870-000 - Pacajus - CE

E-mail: a.frutaseverduras@yahoo.com.br

C.N.P.J: 03.590.562/0001-20 CGF: 06.294.237-9



SUPERMERCADO ATACADÃO DAS FRUTAS E VERDURAS

WANDERLEY LIMA DE AGUIAR MICROEMPRESA



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:

I - 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

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).**

(Redação dada pela Lei Complementar nº 155, de 2016) . (Grifo Nosso).

Vejamos o que diz o item 8.8, subitem 8.12 do edital do certame licitatório:

“Sera inabilitado o licitante que não comprovar sua habilitação, seja por não apresentar quaisquer dos documentos exigidos, ou apresentá-los em desacordo com o estabelecido neste Edital”

Entendemos que a empresa não poderia declarar apta ao tratamento diferenciado e favorecido previsto na Lei nº 123/2006, porque o valor do faturamento bruto da licitante no exercício de 2020, está superior ao limite permitido por lei para continuar apta a usufruir dos benefícios, além disso, não consta devolução de receitas no balanço patrimonial de algum faturamento que tenha sido realizado, cancelado, o que poderia a depender do valor de devolução de receitas deixar a **DIAGA COMÉRCIO DE ALIMENTOS E REPRESENTAÇÕES LTDA apta para tal o benefício e tratamento diferenciado e favorecido.**

Assim, vide anexo balanço patrimonial e declaração de enquadramento de empresa de pequeno Porte – EPP, que demonstra que a referida licitante não poderia declarar está apta ao tratamento favorecido e diferenciado.

WANDERLEY LIMA DE AGUIAR MICROEMPRESA

Rua José Arteiro, 11 - Pedra Branca

Fones: (85) 9239.5054 - CEP: 62.870-000 - Pacajus - CE

E-mail: a.frutaseverduras@yahoo.com.br

C.N.P.J: 03.590.562/0001-20 CGF: 06.294.237-9



SUPERMERCADO ATACADÃO DAS FRUTAS E VERDURAS

WANDERLEY LIMA DE AGUIAR MICROEMPRESA

Note, i. Senhora Pregoeira, que pelo valor do faturamento bruto constante na Demonstração do resultado do Exercício de 2020, a empresa **DIAGA COMÉRCIO DE ALIMENTOS E REPRESENTAÇÕES LTDA** ao declarar que está apta para o tratamento diferenciado e favorecido, está fazendo declaração que não corresponde com as informações prevista no balanço patrimonial apresentado.



Temos sempre o cuidado de não parti do princípio da desconfiança, preferimos acreditar que tratasse do um erro, equívoco, ainda sim, pelos fatos demonstrados a licitante não cumpriu os requisitos legais previsto no referido edital de licitação e Lei complementar n° 123/2006.

NÃO TEMOS A MENOR DÚVIDA DA LISURA QUANTO AO JULGAMENTO DO PROCESSO CONDUZIDA PELA SENHORA PREGOEIRA, PORÉM, TODO JULGAMENTO É PASSÍVEL ERROS, FALHAS E EQUÍVOCOS .

Assim, entendemos que a licitante **DIAGA COMÉRCIO DE ALIMENTOS E REPRESENTAÇÕES LTDA** não atendeu os requisitos de habilitação exigidos no ato convocatório desse certame.

4) DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE CONJUGADO COM A LEI LC N° 123/2006.

Face aos fatos dispostos acima, imperioso registrar que, a Lei Federal que fundamentou a presente licitação, Lei Federal n°8.666/93 e Lei n° 10.520/2002, Lei Complementar n° 123/2006, Lei Complementar 147/2014, que a Administração Pública deve atuar tendo como pilares o princípio da Legalidade, impessoalidade, moralidade, Vinculação ao edital, vantajosidade, entre outros.

O Tribunal de Contas da União – TCU, já firmou jurisprudência acerca do assunto objeto de questionamento - ACÓRDÃO N° 1330/2013 – TCU – Plenário:

“Evidencia-se nos autos que a empresa Bela Terra Comércio de Petróleo Ltda – EPP (CNPJ n° 07.573.492/0001-53) faturou no ano anterior à licitação ora em exame, montante superior a R\$ 2.400.000,00, considerando apenas os recebimentos da administração pública federal, fato que comprova que a empresa deixou, no ano-calendário seguinte, de atender aos requisitos necessários ao usufruto de benefícios previstos na LC n° 123/2006 para ME e EPP”

WANDERLEY LIMA DE AGUIAR MICROEMPRESA

Rua José Arteiro, 11 - Pedra Branca

Fones: (85) 9239.5054 - CEP: 62.870-000 - Pacajus - CE

E-mail: a.frutaseverduras@yahoo.com.br

C.N.P.J: 03.590.562/0001-20 CGF: 06.294.237-9



SUPERMERCADO ATACADÃO DAS FRUTAS E VERDURAS

WANDERLEY LIMA DE AGUIAR MICROEMPRESA



VISTOS, relatados e discutidos estes autos de Representação em que restou comprovado cometimento de fraude à licitação pela empresa Bela Terra Comércio de Petróleo Ltda - EPP (CNPJ nº 07.573.492/0001-53), por ter apresentado declaração inverídica no sentido de que atendia às condições para usufruir das vantagens previstas na Lei Complementar nº 123/2006, beneficiando-se de tratamento diferenciado destinado a ME/EPP indevidamente.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, diante das razões expostas pelo Relator, em:

9.1. conhecer da presente Representação, com fundamento nos arts. 235 e 237, inciso VI, do Regimento Interno deste Tribunal, para, no mérito, considerá-la procedente;

9.2. rejeitar as justificativas contidas na manifestação encaminhada pela empresa Bela Terra Comércio de Petróleo Ltda - EPP (CNPJ nº 07.573.492/0001-53);

9.3. declarar, com fundamento no art. 46 da Lei nº 8.443/92, a empresa Bela Terra Comércio de Petróleo Ltda - EPP (CNPJ nº 07.573.492/0001-53) inidônea para participar de licitação na Administração Pública Federal por período de 6 (seis) meses;

9.4. encaminhar cópia deste Acórdão, bem como do Relatório e Voto que o fundamentam:

9.4.1 à empresa Bela Terra Comércio de Petróleo Ltda - EPP (CNPJ nº 07.573.492/0001-53);

9.4.2 à Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão para as providências necessárias à atualização do registro da empresa Bela Terra Comércio de Petróleo Ltda - EPP (CNPJ nº 07.573.492/0001-53), no Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores - Sicaf;

9.4.3, ao Ministério Público Federal e à Secretaria da Receita Federal do Brasil, a título de representação, com fulcro no art. 71, inciso XI, da Constituição Federal, para as ações que julgar cabíveis dentro de suas esferas de competência;

9.5. apensar definitivamente este processo ao TC 023.692/2012-0, após o trânsito em julgado do presente Acórdão.

O entendimento da Cortes de Contas da União sobre o tema, tem mostrado unanimidade ao longo de vários julgados que já ocorreram, assim podemos constatar pelo ACÓRDÃO Nº 2578/2010 - TCU - PLENÁRIO, conforme reproduziremos o acórdão, abaixo:

WANDERLEY LIMA DE AGUIAR MICROEMPRESA

Rua José Arteiro, 11 - Pedra Branca

Fones: (85) 9239.5054 - CEP: 62.870-000 - Pacajus - CE

E-mail: a.frutaseverduras@yahoo.com.br

C.N.P.J: 03.590.562/0001-20 CGF: 06.294.237-9



SUPERMERCADO ATACADÃO DAS FRUTAS E VERDURAS

WANDERLEY LIMA DE AGUIAR MICROEMPRESA



“VISTOS, relatados e discutidos os presentes autos que tratam de irregularidades praticadas por empresas que indevidamente participaram de licitações públicas na condição de microempresa (ME) ou empresa de pequeno porte (EPP), contrariando a Lei Complementar nº 123/2006 (Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte) e o Decreto nº 6.204/2007.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão Plenária, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1 declarar, com fundamento no art. 46 da Lei nº 8.443/1992 e no inciso IV do art. 87, c/c o inciso III do art. 88 da Lei nº 8.666/1993, a inidoneidade da empresa Rub Car Comércio de Autopeças e Fundação Ltda. (CNPJ 59.350.124/0001-40), para licitar e contratar com a Administração Pública, pelo período de dois anos, por ter vencido licitações destinadas exclusivamente à participação de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, não obstante ostentar faturamento bruto superior ao limite previsto no art. 3º da Lei Complementar nº 123/2006;

9.2 com fundamento nos arts. 33 e 34 da Resolução-TCU nº 191/2006, apensar o presente processo à representação que lhe deu origem (TC 027.230/2009-3); 9.3 encaminhar cópia da presente deliberação à empresa Rub Car Comércio de Autopeças e Fundação Ltda.;

9.4 encaminhar cópia destes autos, bem como do presente decisum, ao Ministério Público Federal, à Secretaria da Receita Federal do Brasil/MF e à Secretaria de Direito Econômico/MJ”.

Destarte, resta evidente que a proposta ofertada pela empresa **DIAGA COMÉRCIO DE ALIMENTOS E REPRESENTAÇÕES LTDA**, apresenta-se manifestamente viciada, visto que, conforme demonstrado acima, a declaração que está Apta aos benefícios, tratamento diferenciado e favorecido previsto na Lei Complementar nº 123/2006, conforme documentos apresentados não corresponde com as exigências prevista em lei e no ato convocatório do certame, mostrando-se equivocada e errônea a sua habilitação.

5) DOS PEDIDOS

Isto posto, face aos argumentos aqui expostos, requer-se à esta Senhora Pregoeira que, em busca da melhor proposta que atenda ao interesse público, se digne:

WANDERLEY LIMA DE AGUIAR MICROEMPRESA

Rua José Arteiro, 11 - Pedra Branca

Fones: (85) 9239.5054 - CEP: 62.870-000 - Pacajus - CE

E-mail: a.frutaseverduras@yahoo.com.br

C.N.P.J: 03.590.562/0001-20 CGF: 06.294.237-9



SUPERMERCADO ATACADÃO DAS FRUTAS E VERDURAS

WANDERLEY LIMA DE AGUIAR MICROEMPRESA



I) Reformulação a decisão de habilitação da licitante **DIAGA COMÉRCIO DE ALIMENTOS E REPRESENTAÇÕES LTDA.**

II) Desclassificar e inabilitar, de modo terminante a empresa **DIAGA COMÉRCIO DE ALIMENTOS E REPRESENTAÇÕES LTDA**, por manifesto desatendimento ao item 8.8, subitem 8.12, assim como a Lei complementar nº 123/2006 e demais leis correlatas, conforme demonstrado nas razões recursais.

Nestes termos,
Pede deferimento.
Pacajus, 20 de outubro de 2021.

Wanderley Lima de Aguiar
Sócio Administrador
Rg nº 2005002019037/SSP/CE.

WANDERLEY LIMA DE AGUIAR:35586320363
Assinado de forma digital por WANDERLEY LIMA DE AGUIAR:35586320363
Dados: 2021.10.20 11:36:40 -03'00'

WANDERLEY LIMA DE AGUIAR MICROEMPRESA

Rua José Arteiro, 11 - Pedra Branca
Fones: (85) 9239.5054 - CEP: 62.870-000 - Pacajus - CE
E-mail: a.frutaseverduras@yahoo.com.br
C.N.P.J: 03.590.562/0001-20 CGF: 06.294.237-9



GRUPO I – CLASSE VII – Plenário

TC 028.996/2012-7

Natureza: Representação.

Entidade: 9º Batalhão de Engenharia de Construção.

Responsável: Bela Terra Comércio de Petróleo Ltda – EPP (CNPJ nº 07.573.492/0001-53).

Interessado: TCU

Advogado constituído nos autos: não há

SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO. IRREGULARIDADE NO ENQUADRAMENTO DE EMPRESA NA CONDIÇÃO DE EMPRESA DE PEQUENO PORTE, NOS TERMOS DA LEI COMPLEMENTAR Nº 123/2006. CONHECIMENTO. PROCEDÊNCIA. DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE. APENSAMENTO.

RELATÓRIO

Trata-se de uma das fiscalizações por mim determinadas no âmbito do TC 023.692/2012-0 (peça 1). No presente caso, a fiscalização teve como objetivo identificar se a empresa Bela Terra Comércio de Petróleo Ltda – EPP (CNPJ nº 07.573.492/0001-53) cometera fraude à licitação por ter participado indevidamente de certames com tratamento diferenciado sem possuir os pressupostos para estar enquadrada como ME ou EPP, conforme as disposições da Lei Complementar nº 123/2006.

2. O processo referido no parágrafo inaugural abriga Representação oferecida pela Secretaria Adjunta de Planejamento e Procedimentos (Adplan), por meio de sua Diretoria de Gestão de Informações Estratégicas (DGI), no exercício das atribuições previstas nos incisos I e II do art. 4º da Portaria Adplan nº 1/2011, acerca de possíveis casos de utilização indevida do tratamento diferenciado, nas contratações públicas, concedido exclusivamente a microempresas (ME) e empresas de pequeno porte (EPP), considerando a inexistência de pressupostos definidos na Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006 (Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte).

3. Como resultado da diligência encaminhada à Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação (SLTI) do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, com fundamento na Lei nº 8.443/1992, na Resolução TCU nº 185/2005 e na Comunicação realizada pelo Presidente na Sessão Plenária Reservada de 28/03/2012, a Adplan obteve informações e cópias de documentos eletrônicos referentes aos casos de risco de irregularidades selecionados.

4. Efetuadas as análises pertinentes, restou demonstrado que diversas empresas se utilizaram do tratamento diferenciado nas contratações públicas concedido exclusivamente a ME e EPP, mesmo tendo faturamento superior a R\$ 2.400.000,00 (limite de faturamento no caso de EPP) no ano anterior aos dos certames, contrariando, assim, o disposto no art. 3º c/c art. 48, II, ambos da Lei Complementar nº 123/2006.

5. Em vista dos resultados obtidos pela Secretaria Adjunta aliada à preocupação manifestada por esta Corte de Contas no sentido de que os objetivos da LC nº 123/2006 poderiam estar sendo maculados por possíveis fraudes, a unidade técnica propôs fiscalizar a ocorrência de utilização indevida do tratamento diferenciado dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte em licitações realizadas pela União.



6. Registro, por oportuno, que fui sorteado relator do TC 023.692/2012-0 em razão de os pregões eletrônicos que deram ensejo às possíveis irregularidades apontadas nestes autos terem sido realizados por diversos órgãos públicos.

7. Naqueles autos, conheci da presente Representação, nos termos do art. 237, inciso VI, do Regimento Interno do TCU e determinei, em síntese: a) a autuação de processos apartados para cada uma das empresas identificadas com o objetivo de verificar a ocorrência de utilização indevida do tratamento diferenciado nas contratações públicas concedido exclusivamente a microempresas (ME) e empresas de pequeno porte (EPP) conforme Lei Complementar nº 123/2006 (LC 123/2006); b) o pensamento desses feitos ao TC 023.692/2012-0; c) o arquivamento deste último.

8. Feitas essas considerações, transcrevo a instrução da Secretaria de Controle Externo no Estado do Pará (Secex/PA), a qual teve a chancela do Diretor e do Titular da Unidade Técnica (peças 37 a 39):

“ No período de 17 a 26 de setembro de 2012 esta Secretaria de Controle Externo procedeu a uma auditoria de Conformidade com o objetivo de verificar se a empresa Bela Terra Comércio de Petróleo Ltda – EPP (CNPJ nº 07.573.492/0001-53) cometeu fraude à licitação, ao participar indevidamente de licitação, com tratamento diferenciado previsto na LC 123/2006. Como consequência deste trabalho, produziu-se o Relatório de Auditoria (peça 23) que teve como proposta de encaminhamento a promoção de Oitiva da empresa retro citada para que apresentasse suas razões de justificativa, o que foi feito através do Ofício nº 1556/2012-TCU/SECEX-PA, o qual foi recebido pelo destinatário em 15/10/2012 (peças 25 e 26).

1. No ofício em questão, se solicitou da empresa mencionada esclarecimentos com relação à participação no Pregão 0035/2010, realizado pela 9ª Batalhão de Engenharia de Construção em 15 de dezembro de 2010, com tratamento diferenciado e favorável a microempresas e empresas de pequeno porte, conforme os respectivos edital 00035/2010, uma vez que, no ano de 2009, anterior ao certame, a empresa obteve faturamento bruto, considerando apenas recebimentos da administração pública federal, de R\$ 3.524.498,42 (conforme demonstrativo anexo), superior ao limite de R\$ 2.400.000,00 para EPP, o que a excluiria, conforme caput c/c § 9º do art. 3º da Lei Complementar 123/2006, do tratamento jurídico diferenciado definido pela mesma lei e, por conseguinte, inviabilizaria sua participação no citado certame, bem como pela omissão da obrigação de solicitar o seu desenquadramento da situação especial de EPP ao Presidente da Junta Comercial do Estado do Pará, e por ter apresentado falsa declaração de que atendia os requisitos da LC 123/2006 na licitação acima relacionada, quando já não os atendia.

2. Para avaliar em que medida os recursos estão sendo aplicados de acordo com a legislação pertinente, formulou-se a questão abaixo indicada:

Há indícios de ocorrência de fraude à licitação cometida por licitante que participou, na condição de empresa de pequeno porte (EPP), em pregão eletrônico com tratamento diferenciado para ME / EPP?

3. Os trabalhos foram executados no período compreendido entre 17/09/2012 a 26/09/2012.

4. Para a realização deste trabalho, foram utilizadas as Normas de Auditoria do TCU, aprovadas pela Portaria TCU 280, de 8/12/2010.

5. As principais constatações deste trabalho foram:

- a) fraude a licitações com tratamento diferenciado a empresas de pequeno porte;
- b) indícios de sonegação fiscal por omissão de receita

6. O volume de recursos fiscalizados alcançou o montante de R\$ 3.302.200,00
7. Entre os benefícios estimados desta fiscalização pode-se mencionar o aumento da expectativa de controle pelas empresas licitantes e o aumento da efetividade do tratamento diferenciado dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte nas compras públicas.
8. A proposta de encaminhamento contida no relatório de fiscalização (peça 31) foi no sentido de promover a oitiva da empresa Bela Terra Comércio de Petróleo Ltda – EPP (CNPJ nº 07.573.492/0001-53) acerca dos indícios de irregularidade apontados.
9. Apesar de o a empresa Bela Terra ter tomado ciência do expediente que lhe foi encaminhado, conforme atesta o aviso de recebimento (AR) que compõe a peça 26, não atendeu a oitiva e não se manifestou quanto às irregularidades verificadas.

ANÁLISE DA UNIDADE TÉCNICA

10. Convém esclarecer que a Lei Complementar nº 123/2006 estabelece normas gerais relativas ao tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte, especialmente no que se refere:

Art. 1º [...]

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. (grifo nosso)

11. Nesse sentido, o Capítulo V do Estatuto (Do acesso aos mercados) introduziu inovações no ordenamento jurídico, conferindo determinados privilégios às ME e EPP para participar de licitações, criando condições favoráveis à obtenção de contratações administrativas, como se pode depreender da leitura do seu art. 47:

Art. 47 Nas contratações públicas da União, dos Estados e dos Municípios, poderá ser concedido tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte objetivando 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, desde que previsto e regulamentado na legislação do respectivo ente. (grifo nosso)

12. Assim, para viabilizar o tratamento diferenciado e simplificado para as ME e EPP a que se refere o art. 47 da Lei, o art. 48 estabelece o seguinte:

Art. 48 Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública poderá realizar processo licitatório:

I – destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nas contratações cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais);

II – em que seja exigida dos licitantes a subcontratação de microempresa ou de empresa de pequeno porte, desde que o percentual máximo do objeto a ser subcontratado não exceda a 30% (trinta por cento) do total licitado;

III – em que se estabeleça cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte, em certames para a aquisição de bens e serviços de natureza divisível. (grifo nosso)



13. *Outro benefício que pode ser concedido às ME e EPP em licitações é a preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte por meio de critério de desempate previsto nos arts. 44 e 45 desta lei complementar.*

14. *O enquadramento como ME ou EPP depende, entre outros fatores, do faturamento da empresa, como dispõe o art. 3º da lei complementar (esses valores vigoraram até 31/12/2011):*

Art. 3º Para os efeitos desta Lei Complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte a sociedade empresária, a sociedade simples e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002, devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que:

I – no caso das microempresas, o empresário, a pessoa jurídica, ou a ela equiparada, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais);

II – no caso das empresas de pequeno porte, o empresário, a pessoa jurídica, ou a ela equiparada, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 2.400.000,00 (dois milhões e quatrocentos 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. (grifos nossos)

15. *Assim, para se beneficiar das regras especiais estabelecidas pela Lei Complementar nº 123/2006, a empresa precisava estar enquadrada como ME ou EPP, ou seja, auferir, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 240.000,00 ou R\$ 2.400.000,00, respectivamente.*

16. *Conforme o disposto na Lei Complementar, art. 3º, caput e incisos II, § 9º, § 9º-A, § 10, § 12 e § 13, no caso de ultrapassar o limite de receita bruta anual, a empresa deixa de ser EPP e não pode mais ser beneficiada pela legislação específica (LC 123/2006) - no mais tardar - no ano-calendário seguinte subsequente à ocorrência do excesso:*

§ 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 ano-calendário seguinte, do regime diferenciado e favorecido previsto por esta Lei Complementar para todos os efeitos legais. (grifo nosso)

17. *Cabe esclarecer que o mencionado enquadramento deve ser realizado pelas Juntas Comerciais “mediante arquivamento de declaração procedida pelo empresário ou sociedade em instrumento específico para essa finalidade”, segundo estabelece o art. 1º da Instrução Normativa nº 103, de 30 de abril de 2007, expedida pelo Departamento Nacional de Registro do Comércio (DNRC), que dispõe sobre o enquadramento, reenquadramento e desenquadramento de microempresa e empresa de pequeno porte, constantes da Lei Complementar nº 123/2006, como se segue:*

Art. 1º 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.

Parágrafo único. A declaração a que se refere este artigo conterá, obrigatoriamente:

I – Título da Declaração, conforme o caso:

a) DECLARAÇÃO DE ENQUADRAMENTO DE ME ou EPP;

b) DECLARAÇÃO DE REENQUADRAMENTO DE ME PARA EPP ou DE EPP PARA ME;

c) DECLARAÇÃO DE DESENQUADRAMENTO DE ME ou EPP;

II – Requerimento do empresário ou da sociedade, dirigido ao Presidente da Junta Comercial da Unidade da Federação a que se destina, requerendo o arquivamento da declaração, da qual constarão os dados e o teor da declaração em conformidade com as situações a seguir:

a) enquadramento:

1. nome empresarial, endereço, Número de Identificação do Registro de Empresas – NIRE, data de registro do ato constitutivo e número de inscrição no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica – CNPJ, quando enquadrada após a sua constituição;

2. declaração, sob as penas da lei, do empresário ou de todos os sócios de que o empresário ou a sociedade se enquadra na situação de microempresa ou empresa de pequeno porte, nos termos da Lei Complementar nº 123, de 2006;

b) reenquadramento:

1. nome empresarial, endereço, Número de Identificação do Registro de Empresas – NIRE, data de registro do ato constitutivo e número de inscrição no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica – CNPJ;

2. a declaração, sob as penas da lei, do empresário ou de todos os sócios de que o empresário ou a sociedade se reenquadra na condição de microempresa ou empresa de pequeno porte, nos termos da Lei Complementar nº 123, de 2006;

c) desenquadramento

1. nome empresarial, endereço, Número de Identificação do Registro de Empresas – NIRE, data de registro do ato constitutivo e número de inscrição no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica – CNPJ;

2. a declaração, sob as penas da lei, do empresário ou de todos os sócios de que o empresário ou a sociedade se desenquadra da condição de microempresa ou empresa de pequeno porte, nos termos da Lei Complementar nº 123, de 2006. (grifos nossos)

18. Dessa forma, o enquadramento como ME ou EPP depende de solicitação da própria empresa, junto ao presidente da respectiva Junta Comercial do estado da federação onde se localiza, requerendo o arquivamento da “Declaração de Enquadramento de ME ou EPP”, conforme o inciso II do parágrafo único do art. 1º da citada IN-DNRC nº 103/2007. Do mesmo modo, cabe à empresa solicitar o desenquadramento da situação de ME ou EPP, de acordo com a alínea c.2 do inciso II do parágrafo único do art. 1º da mencionada IN.

19. Observe-se que, no requerimento apresentado à Junta Comercial, o empresário deve declarar expressamente que a empresa se enquadra na situação de microempresa ou empresa de pequeno porte, nos termos da Lei Complementar nº 123, de 2006 (alínea a.2 do inciso II do parágrafo único do art. 1º da IN). Assim, deduz-se que é responsabilidade do próprio estabelecimento comercial o enquadramento na situação de ME ou EPP, já que se trata de um ato declaratório.

20. Sobre a questão da responsabilidade relativa à declaração efetuada pela própria empresa, de sua situação de ME ou EPP, vale destacar a opinião de Leonardo Ayres Santiago: “A microempresa e a empresa de pequeno porte nas licitações. Questões polêmicas envolvendo a Lei Complementar nº 123/2006 e o Decreto nº 6.204/2007” (Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6007), transcrita a seguir:

Quanto ao critério forma, o referido artigo 11, Decreto nº 6.204/07, em seu caput, disciplina que deve ser exigido das empresas “a declaração, sob as penas da lei, de que cumprem os requisitos legais para a qualificação como microempresa ou empresa de pequeno porte, estando aptas a usufruir o tratamento favorecido estabelecido nos arts. 42 a 49 da Lei Complementar.”

Analisando esta temática, argumenta Marçal Justen Filho que: “Em princípio, o ônus da prova do preenchimento do benefício dos requisitos para fruição do benefício é do interessado. Aquele que pretende valer-se das preferências contempladas na LC nº 123/06 deverá comprovar a titularidade

dos requisitos necessários. Já o ônus dos fatos modificativos, impeditivos ou extintivos do direito do terceiro fruir os referidos benefícios recairá sobre quem argüir a existência de tais fatos".

Adotamos o posicionamento no sentido de que esta forma de comprovação da qualificação da licitante como ME ou EPP, instrumentalizada numa simples declaração, não a exige de responder por qualquer conduta que implique em falsidade da declaração (artigo 299, CP), conluio ou qualquer prática danosa à competitividade no certame (artigo 7º, Lei nº 10.520/02). (grifos nossos)

21. No caso em tela, foi constatado que a empresa Bela Terra Comércio de Petróleo Ltda – EPP (CNPJ nº 07.573.492/0001-53) obteve receita bruta superior ao limite estabelecido pela Lei Complementar 123/2006 (R\$ 2.400.000,00 para empresas de pequeno porte, em vigor até 31/12/2011) no ano de 2009. Essa empresa foi favorecida por emissões de ordens bancárias provenientes da administração pública federal com valores totais de R\$ 3.524.498,42 no ano de 2009, conforme evidenciado em relatórios do Sistema Siafi (peça 21).

22. Importante destacar que os valores citados acima se referem apenas ao faturamento da empresa em decorrência do fornecimento de bens e serviços à administração pública federal, não tendo sido considerados eventuais faturamentos decorrentes de fornecimentos a órgãos e entidades públicas estaduais e municipais, nem a pessoas físicas e jurídicas privadas.

23. Inspeção realizada na Junta Comercial do Pará - Jucepa demonstrou que a empresa solicitou enquadramento de empresa de pequeno porte em 30/08/2005 e até 19/09/2012 (peça 19), data da inspeção na Junta Comercial, não havia apresentado declaração de desenquadramento.

24. Ao não declarar a mudança de enquadramento legal no momento correto, a organização descumpriu o art. 3º, §9º, da Lei Complementar nº 123/2006, o art. 11 do Decreto nº 6.204/2007 e o art. 1º da Instrução Normativa do Departamento Nacional de Registro do Comércio nº 103/2007. Essa omissão possibilitou à empresa a obtenção, na Junta Comercial, da "Certidão Simplificada" - documento que viabilizou sua participação em licitações públicas como microempresa ou empresa de pequeno porte e, em consequência, a utilização de benefícios indevidos exclusivos de ME ou EPP.

25. Foi verificado que no ano de 2010, subsequente ao ano em que foi observada a extrapolação do limite de receita bruta anual, essa empresa apresentou declarações de cumprir "os requisitos estabelecidos no Art. 3º da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, alterada pela Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007, em seu Art. 34, que essa Empresa está apta a usufruir do tratamento favorecido estabelecido nos artigos 42 ao 49 da referida Lei Complementar", o que propiciou seu ingresso nos pregões eletrônicos como EPP e permitiu que a empresa participasse desses pregões, utilizando indevidamente de benefícios destinados exclusivamente às EPP.

Nº UG	Nome UG	Licitação	Benefício	Item do Edital	Tipo de Resultado	Itens	Preço Homol
160157	9º Batalhão de Engenharia de Construção	035/2010	Desempate	3.5.1, 3.5.2, 3.5.3, 3.5.6, 3.5.7, 3.5.8, 3.5.10, 3.5.11, 3.5.11, 9.9, 9.10, 10.1.6, 10.3.1, (peça 11)	Não utilizou benefício e não venceu	1, 2, 3 e 4	Não
160157	9º Batalhão de Engenharia de Construção	035/2010	Exclusiva para ME-EPP	3.6, 10.1.6	Utilizou Benefício, mas não venceu	5 e 6	Não

26. Ressalta-se que, se a empresa Bela Terra Comércio de Petróleo Ltda – EPP (CNPJ nº 07.573.492/0001-53) não tivesse apresentado declarações de ser ME-EPP (peça 15, p. 1), ela não



poderia ter apresentado lances nos itens de pregões eletrônicos exclusivos à participação de ME-EPP, muito menos ter dado lance de desempate exclusivo à participação de ME-EPP, como demonstrado no Quadro anterior.

CONCLUSÃO

27. *A Lei Complementar 123/2006 foi criada com o intuito de estabelecer regras de tratamento diferenciado e favorecer às micro e pequenas empresas, em atendimento ao disposto nos arts. 170, inciso IX, e 179 da Constituição da República de 1988, com o objetivo de fomentar seu desenvolvimento econômico.*

28. *Nesse sentido, os artigos 44, 45, 47 e 48 da LC conferiram determinados privilégios às micro empresas e empresas de pequeno porte na participação de licitações, criando condições favoráveis à obtenção de contratações administrativas. Ao mesmo tempo, o art. 3º da Lei Complementar definiu o enquadramento da empresa como ME ou EPP em função do valor de sua receita bruta, além de listar uma série de vedações ao tratamento jurídico diferenciado.*

29. *Sobre a aplicação desses dispositivos legais, este Tribunal manifestou sua preocupação, por meio do Acórdão nº 1231/2008 – Plenário, como se segue:*

4.1. *É certo que a concretização dos privilégios previstos na Lei deverá ser cercada de cuidados por parte do gestor público. No trecho transcrito abaixo, Jonas Lima narra os problemas ocorridos nos Estados Unidos. Embora tais situações estejam previstas no Estatuto brasileiro, a cautela da Administração Pública far-se-á sempre essencial para evitar situações antijurídicas e injustas.*

"(...) a utilização de pequenas empresas "de fachada" para que as grandes pudessem se beneficiar das regras favoráveis às pequenas, isso por meio de compra de cotas de capital dentro das pequenas, do desmembramento de uma empresa maior, da inclusão de sócios comuns, ou da subcontratação irregular. O resultado disso foi que no período compreendido entre os anos de 2000 a 2005 mais de US 100.000.000 (cem bilhões de dólares) foram desviados das cotas que eram reservadas às verdadeiras pequenas empresas e, de forma oculta, foram parar em grandes companhias, entre outros, de setores de informática, internet, aviação e petróleo. E quando os escândalos apareceram, investigações foram iniciadas e a "Small Business Administration - SBA", foi obrigada excluir da base de dados de pequenas empresas mais de 600 (seiscentos) cadastros irregulares. (...) Embora existam projetos legislativos tramitando, na prática, apenas se tem aumentado o cuidado com a certificação e a re-certificação anual das empresas.

4.2. *Também os Tribunais de Contas deverão estar atentos para possíveis fraudes, atuando junto aos seus jurisdicionados, preferencialmente de maneira preventiva, orientando-os quanto às melhores práticas a serem adotadas para evitar que o espírito da Lei seja subvertido pelo usufruto das benesses por parte de grandes empresas. No entanto, tais ponderações são insuficientes para constituir óbice à aplicação da Lei.*

30. *Vários julgados desta Corte de Contas (Acórdãos 1028/2010-TCU-Plenário, 2259/2011-TCU-Plenário, 2606/2011-TCU-Plenário, 2846/2010-TCU-Plenário, 2928/2010-TCU-Plenário, 3228/2010-TCU-Plenário, 3217/2010-TCU-Plenário, 3381/2010-TCU-Plenário, 0588/2011-TCU-Plenário, 0744/2011-TCU-Plenário, 1137/2011-TCU-Plenário e Acórdão nº 1439/2011-TCU-Plenário) apontam no sentido de que a participação em licitação reservada a microempresas (ME) e empresas de pequeno porte (EPP) por sociedade que não se enquadra na definição legal reservada a essas categorias configura fraude ao certame, o que resultou na declaração de inidoneidade da empresa para licitar e contratar com a Administração Pública. Da mesma forma, a responsabilidade pela manutenção, atualização e veracidade das declarações de enquadramento nas várias categorias legais compete exclusivamente às firmas licitantes, que deverão manter seus registros atualizados, na forma da Lei Complementar nº 123/2006 (Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte), do Decreto nº 6.204/2007 e da Instrução Normativa nº 103/2007 do Departamento Nacional de Registro do Comércio (DNRC).*



31. A empresa foi regularmente chamada aos autos para defender-se. As razões de justificativa apresentadas não lograram elidir a irregularidade.

32. Foi constatado que a empresa Bela Terra Comércio de Petróleo Ltda – EPP (CNPJ nº 07.573.492/0001-53) obteve valores de receita bruta superiores ao limite estabelecido para se enquadrar como empresa de pequeno porte no ano de 2009, deixando de atender aos requisitos necessários ao usufruto de benefícios previstos na LC 123/2006 para as ME e EPP no ano calendário subsequente (peça 21).

33. Inspeção realizada na Junta Comercial do Pará - Jucepa demonstrou que a empresa solicitou enquadramento como empresa de pequeno porte em 30/08/2005 e até 19/09/2012 (peça 19), data da inspeção na Junta Comercial, não havia apresentado declaração de desenquadramento.

34. Apesar do exposto acima, a empresa declarou ser empresa de pequeno porte e que atendia as condições para usufruir dos benefícios previstos na LC 123/2006. Em consequência, ela utilizou indevidamente o tratamento diferenciado destinado a ME-EPP em um procedimento licitatório com participação exclusiva para micro e pequenas empresas e benefício de desempate (Pregão Eletrônico nº 035/2010 9º Batalhão de Engenharia de Construção), beneficiando-se da falsidade da declaração.

35. Dessa forma, a empresa Bela Terra Comércio de Petróleo Ltda – EPP (CNPJ nº 07.573.492/0001-53) utilizou meios ardilosos – omitiu-se da obrigação de solicitar à Junta Comercial do Pará - Jucepa o seu desenquadramento da situação especial de EPP, além de apresentar falsa declaração de que atendia os requisitos da LC 123/2006 na licitação acima relacionada – para participar de pregões eletrônicos com tratamento diferenciado para microempresas e empresas de pequeno porte. Dessa sorte, tinha a intenção de se beneficiar, indevidamente, dos privilégios concedidos pela Lei Complementar 123/2006 às micro e pequenas empresas em licitações públicas. Portanto, a empresa cometeu fraude à licitação (art. 9º da Lei 10.520/2002 c/c arts. 90 e 93 da Lei 8.666/1993) e essa conduta é passível de enquadramento em falsidade da declaração, nos termos do artigo 7º, da Lei 10.520/2002 e do art. 299 do Código Penal.

36. O descumprimento de qualquer norma licitatória, utilizando-se de meio ardiloso, evidenciando, portanto, o uso de má fé, configura fraude à licitação. Tal conduta é passível de sanção pelo Tribunal, no uso da competência prevista no art. 46 da Lei 8.443/1992. A comprovação de tal elemento subjetivo por meio documental é praticamente impossível, de sorte que a comprovação da conduta se dá por meio de provas indiciárias, no sentido de que “indícios vários e coincidentes são prova”, conforme manifestação do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 68.006-MG, que foi utilizado por este Tribunal em diversas ocasiões, tais como os Acórdãos Plenários 113/1995, 220/1999, 331/2002 e 2126/2010.

37. A fraude, por si só, nem sempre é o suficiente para o enquadramento em um crime, pois outros pré-requisitos podem ser necessários. No caso do crime previsto no art. 93 da Lei 8.666/1993, a conduta pode ser diretamente enquadrada, já que a fraude a qualquer ato de procedimento licitatório é o que faz parte da tipificação do crime. No entanto, para o enquadramento no art. 90, há necessidade de o caráter competitivo do certame ter sido prejudicado e comprovado o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação:

Lei 8.666/1993

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.

(...)

Art. 93. Impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório:



Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

38. *Nesse contexto, no presente trabalho, identificou-se que a empresa Bela Terra Comércio de Petróleo Ltda – EPP (CNPJ nº 07.573.492/0001-53), sem possuir os pressupostos legais para estar enquadrada como ME ou EPP, se beneficiou do tratamento diferenciado que essas empresas recebem nas contratações públicas. A participação indevida descumpra os termos definidos na Lei Complementar 123/2006 e caracteriza fraude à licitação e indícios de crimes podem ser detectados.*

60. *Vale ressaltar que a comprovação das mencionadas irregularidades que caracterizam fraude à licitação por prática de ato enganoso no intuito de se beneficiar, indevidamente, dos privilégios concedidos pela Lei Complementar 123/2006 às micro e pequenas empresas, pode ensejar a aplicação por este Tribunal da sanção prevista no art. 46 da Lei nº 8.443/92:*

Lei nº 8.443/92

Art. 46. Verificada a ocorrência de fraude comprovada à licitação, o Tribunal declarará a inidoneidade do licitante fraudador para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal.

39. *Essa sanção também pode ser aplicada pela administração contratante nos termos do art. 88, incisos II e III, c/c o art. 87, inciso IV, da Lei nº 8.666/93:*

Lei nº 8.666/93

Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

[...]

IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.

[...]

Art. 88. As sanções previstas nos incisos III e IV do artigo anterior poderão também ser aplicadas às empresas ou aos profissionais que, em razão dos contratos regidos por esta Lei:

I - tenham sofrido condenação definitiva por praticarem, por meios dolosos, fraude fiscal no recolhimento de quaisquer tributos;

II - tenham praticado atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação;

III - demonstrem não possuir idoneidade para contratar com a Administração em virtude de atos ilícitos praticados.

(grifos nossos)

40. *Assim, considerando a preocupação manifestada por esta Corte de Contas no sentido de que os objetivos do Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte possam estar sendo maculados por possíveis fraudes e levando em conta que a empresa, apesar de regularmente chamada aos autos para se manifestar sobre estas irregularidades, manteve-se silente, propõe-se, com fundamento no art. 46 da Lei nº 8.443/92, c/c art. 9 da Lei 10.520/2002 e arts. 90 e 93 da Lei nº 8.666/93, a declaração de inidoneidade da mencionada empresa para licitar e contratar com a Administração Pública, por até 5 anos.*

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

41. *Diante do exposto, submetem-se os autos à consideração superior, propondo:*



- a) *declarar, com fundamento no art. 46 da Lei nº 8.443/92, c/c art. 9º da Lei 10.520/2002 e arts. 87 e 88 da Lei nº 8.666/93, a inidoneidade da empresa Bela Terra Comércio de Petróleo Ltda – EPP (CNPJ nº 07.573.492/0001-53) para licitar e contratar com a Administração Pública, por período de até cinco anos, por ter apresentado declaração de que atendia às condições para usufruir dos benefícios previstos na LC 123/2006, o que lhe proporcionou a utilização do tratamento diferenciado destinado a ME-EPP um procedimento licitatório (Pregão Eletrônico nº 035/2010 do 9º Batalhão de Engenharia de Construção), embora não cumprisse o art. 3º, inciso II da Lei Complementar 123/2006, à época;*
- b) *com fundamento nos arts. 33 e 34 da Resolução-TCU nº 191/2006, apensar definitivamente o presente processo à representação que lhe deu origem (TC 023.692/2012-0) assim que ocorra o trânsito em julgado da deliberação;*
- c) *remeter cópia do acórdão, acompanhado do relatório e voto que o fundamentam:*
- c.1 *à empresa Bela Terra Comércio de Petróleo Ltda – EPP (CNPJ nº 07.573.492/0001-53);*
- c.2 *à Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão para as providências necessárias à atualização do registro da empresa Bela Terra Comércio de Petróleo Ltda – EPP (CNPJ nº 07.573.492/0001-53), no Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores – Sicaf; e*
- c.3 *ao Ministério Público Federal, para as ações nas respectivas áreas de competências.”.*



VOTO

A Representação merece ser conhecida por preencher os requisitos de admissibilidade aplicáveis à espécie.

2. Examina-se, nesta oportunidade, os resultados de uma das fiscalizações por mim determinadas, nos autos do TC 023.692/2012-0, em face de proposta oferecida pela Secretaria Adjunta de Planejamento e Procedimentos (Adplan) que tinha por objetivo apurar possíveis casos de benefício indevido de tratamento diferenciado, nas contratações públicas, prerrogativa exclusiva das microempresas (ME) e das empresas de pequeno porte (EPP), uma vez que desatendidos os requisitos estabelecidos na Lei Complementar nº 123/ 2006 (Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte).
3. Evidencia-se nos autos que a empresa Bela Terra Comércio de Petróleo Ltda – EPP (CNPJ nº 07.573.492/0001-53) faturou no ano anterior à licitação ora em exame, montante superior a R\$ 2.400.000,00, considerando apenas os recebimentos da administração pública federal, fato que comprova que a empresa deixou, no ano-calendário seguinte, de atender aos requisitos necessários ao usufruto de benefícios previstos na LC nº 123/2006 para ME e EPP.
4. A fim de garantir tratamento diferenciado nesses certames, a empresa em questão, além de não solicitar a sua reclassificação à Junta Comercial, emitiu declaração em que afirma que estaria efetivamente enquadrada como empresa de pequeno porte, de acordo com os elementos constantes destes autos.
5. Assim, inequivocamente comprovada fraude à licitação, impõe-se, nos termos do art. 46 da Lei nº 8.443/92, declarar a inidoneidade da empresa Bela Terra Comércio de Petróleo Ltda – EPP para licitar e contratar com a Administração Pública Federal pelo período de **6 (seis) meses**, por ter apresentado declarações inverídicas de que atendia às condições para usufruir dos benefícios previstos na Lei Complementar nº 123/2006.
6. Pondero que essa dosimetria segue a mesma proporcionalidade adotada nos Acórdãos nº 206/2013, nº 3.074/2011, nº 588/2011, nº 2.846/2010 e nº 3.228/2010, todos do Plenário deste Tribunal, que trataram de ilicitude da mesma natureza.
7. Anoto, ainda, que, em consonância com o decidido no Acórdão nº 1.782/2012-Plenário, o termo inicial do prazo da sanção ora aplicada à empresa Bela Terra Comércio de Petróleo Ltda – EPP deve ser contado a partir do registro da sanção no Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores – Sicaf –, a cargo da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – SLTI/MPOG.
8. Em face do exposto, acolho as conclusões da unidade técnica e Voto por que seja adotada a minuta de Acórdão que ora submeto à consideração deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 29 de maio de 2013.

RAIMUNDO CARREIRO
Relator



TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO



13.3. Ministros-Substitutos presentes: Marcos Bemquerer Costa e André Luís de Carvalho.

(Assinado Eletronicamente)
JOÃO AUGUSTO RIBEIRO NARDES
Presidente

(Assinado Eletronicamente)
RAIMUNDO CARREIRO
Relator

Fui presente:

(Assinado Eletronicamente)
LUCAS ROCHA FURTADO
Procurador-Geral, em exercício



GRUPO I – CLASSE VII – PLENÁRIO

TC 008.554/2010-2

Natureza(s): Representação

Órgão/Entidade: não há.

Interessado: Tribunal de Contas da União - TCU

Advogado(s): Leonardo Musumecci Filho (OAB/SP nº 180.387),
Matilde Gluchak (OAB/SP nº 137.45) e Ricardo Fernandes
(OAB/SP nº 174.757-E)

SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO. PARTICIPAÇÃO EM LICITAÇÃO RESERVADA A MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS. FRAUDE À LICITAÇÃO. MÁ-FÉ. DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE.

A participação em licitação reservada a microempresas (ME) e empresas de pequeno porte (EPP) por sociedade que não se enquadre na definição legal reservada a essas categorias configura fraude ao certame. A responsabilidade pela atualização e veracidade das declarações de pertencimento às categorias acima compete às firmas licitantes.

RELATÓRIO

Acolho como relatório a instrução confeccionada pela Adplan e juntada às fls. 51/59, efetuados os reparos de estilo:

“Trata-se de apartado do TC 027.230/2009-3, que cuidou de possíveis irregularidades praticadas por empresas que, supostamente, participaram de forma indevida de licitações públicas na condição de microempresa (ME) ou empresa de pequeno porte (EPP), contrariando a Lei Complementar nº 123/2006 (Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte) e o Decreto nº 6.204/2007.

2. *Naquela ocasião, verificou-se que, no período estudado (2007-2009), 56 empresas haviam vencido licitações na qualidade de ME ou EPP, mesmo tendo auferido, no ano anterior ao dos certames, faturamento superior aos limites estabelecidos pelo art. 3º da Lei Complementar nº 123/2006, quais sejam, R\$ 240.000,00, para ME, e R\$ 2.400.000,00, para EPP.*

3. *Desse modo, esta Secretaria Adjunta, após avaliar a relação custo-benefício da atuação do Tribunal neste caso, propôs, visando à economia processual, a realização de oitiva de 26 das 56 empresas relacionadas às fls. 5/6, para que, no exercício do contraditório e da ampla defesa, apresentassem esclarecimentos quanto ao fato de terem vencido licitações destinadas exclusivamente à participação de ME e EPP, sendo que seu faturamento bruto no ano anterior ao dos certames havia sido superior ao limite previsto na mencionada lei complementar (item II, fl. 7). Além disso, propôs, também, a formação de apartados, com vistas a agilizar o trâmite processual (item IV, fl. 9).*

4. *As propostas foram acatadas pelo relator, Ministro Walton Alencar Rodrigues, consoante despacho cuja cópia consta à fl. 1.*

5. *Ato contínuo, por meio do Ofício nº 38/2010-TCU/Adplan (fls. 19/20), de 24/2/2010, a Rub Car Comércio de Autopeças e Fundação Ltda. foi chamada aos presentes autos para se manifestar*

quanto às contratações especificadas no documento de fls. 21/22. Em resposta, a empresa, por intermédio de seus advogados, constituídos na forma do mandato de fl. 46, encaminhou a esta Secretaria a manifestação de fls. 24/36, protocolada neste Tribunal em 26/3/2010.

6. Em síntese, a Rub Car Ltda. informou que, das licitações indicadas como restritas à participação de micro e pequenas empresas, no total de doze, seis não continham essa restrição em seus respectivos editais, podendo, portanto, contar com a participação de empresas que não se enquadrassem no conceito de ME e EPP. Para confirmar sua afirmativa, juntou quadro demonstrativo (fl. 48) contendo informações acerca dos certames apontados na representação e cópias de todos os editais pertinentes às referidas licitações.

7. Acrescentou que, nos períodos em que foi vencedora das seis licitações nas quais se exigia que as empresas participantes fossem ME ou EPP, a Rub Car Ltda., que sempre foi empresa de pequeno porte, tinha essa condição "fielmente retratada", perante a Receita Federal do Brasil, razão pela qual, "eventuais excessos de faturamento, admitindo-se, por hipótese, que tenham ocorrido, não dizem, com a devida venia, com a precípua atividade do E. TCU. Cabe à Receita Federal, caso assim entenda e mediante regular procedimento administrativo, desconsiderar a condição de empresa de pequeno porte de determinada pessoa jurídica, promovendo as adequações tributárias próprias" (fl. 30).

8. Informa, ainda, não se haver beneficiado da condição de ME ou EPP pois sagrou-se vencedora dos certames de que participou, de forma direta; circunstância que considera relevante, dado seu entendimento de que a única vantagem que poderia ser auferida por "pessoa jurídica que, não sendo empresa de pequeno porte, participa de procedimento licitatório destinado exclusivamente a ME ou EPP" seria, "na hipótese de empate com licitante não EPP ou ME, invocar o quanto estabelecido pelo § 6º, do art. 5º do Decreto nº 6.204/2007".

9. Finaliza protestando pela inexistência de afronta aos princípios que regem as licitações e pela não incidência do disposto no art. 90 da Lei nº 8.666/1993, uma vez que não frustrou nem fraudou o caráter competitivo do procedimento licitatório, por meio de ajuste, combinação ou qualquer outro meio hábil para tanto.

10. Com a finalidade de ratificar as informações inicialmente apuradas no TC 027.230/2009-3, foram realizadas diligências junto aos órgãos públicos que promoveram as licitações em que a Rub Car Ltda. se sagrou vencedora, indagando se nos referidos certames havia previsão expressa de que apenas ME e/ou EPP poderiam participar, e se, em algum momento da adjudicação dos itens dos certames, a empresa se valeu de sua condição de EPP para obter as vantagens previstas nos arts. 44 e 45 da Lei Complementar nº 123/2006.

10. Em resposta, foram encaminhados a esta Secretaria Adjunta os ofícios e documentos que compõem o Anexo I destes autos, pelos quais se constata as seguintes situações:

Ofício TCU	Destinatário	Licitações	Exclusividade	Observações
154	5ª Companhia de Comunicações Blindada - 5ª BEC BLD	Pregão Eletrônico nº 1/2008	Sim	Item 2.3 do Edital
155	Centro Integrado de Guerra Eletrônica - CIGE	Pregão Eletrônico nº 2/2008	Sim	Item 3 do Edital
156	Centro Federal de Educação Tecnológica de Januária - Cefet/Januária	Pregão Eletrônico nº 18/2008	Sim	Item 3.1 do Edital
157	Depósito Naval de Ladário	Pregão	Sim	Item 5 do Edital



		Eletrônico nº 45/2008		
158	Arsenal de Guerra de São Paulo - AGSP-MEX	Convite nº 27/2007	Sim	Item 4.1 do Edital
		Convite nº 29/2007	Não	-
		Pregão Eletrônico nº 9/2007	Não	-
159	2º Batalhão de Engenharia de Combate - 2ºBEC-MB	Pregão nº 2/2007	Não	Itens VIII e 6.1.2 do Edital
		Pregão nº 3/2007*	Não	Itens VIII e 6.1.2 do Edital
160	22º Batalhão Logístico Leve - 22º BLOGL	Pregão Eletrônico nº 1/2008	Sim	Item 2.3 do Edital
161	4º Depósito de Suprimentos - 4º DSUP	Pregão Eletrônico nº 16/2007	Não	-
162	5º Batalhão de Engenharia de Combate Blindado - 5º BE CMB BLD	Pregão Eletrônico nº 2/2008	Sim	Item I do Edital

* Informado pela Rub Car Ltda., no quadro de fl. 48, como Pregão Eletrônico nº 4/2007.

11. Portanto, confirmaram-se as informações apresentadas pela Rub Car Ltda., acerca da previsão de exclusividade de participação de ME EPP em apenas parte dos certames indicados às fls. 21/22, exceção feita ao Pregão Eletrônico nº 1/2008, promovido pelo 22º Batalhão Logístico Leve, onde, conforme esclarecido no Ofício nº 005-SALC (vol. 2 do Anexo 1), a restrição foi realizada por item, no SIASG, tendo sido aplicada a todos os itens ganhos pela empresa questionada.

ANÁLISE

12. Primeiramente, é oportuno esclarecer que a Lei Complementar nº 123/2006 estabelece normas gerais relativas ao tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às ME e às EPP, especialmente no que se refere:

"Art. 1º (...)

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." (grifo nosso)

13. O enquadramento como ME ou EPP depende, entre outros elementos, do faturamento da empresa, como dispõe o art. 3º da lei complementar:

"Art. 3º Para os efeitos desta Lei Complementar, consideram-se microempresas ou empresas

de pequeno porte a sociedade empresária, a sociedade simples e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que:

I – no caso das microempresas, o empresário, a pessoa jurídica, ou a ela equiparada, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a **R\$ 240.000,00** (duzentos e quarenta mil reais);

II – no caso das empresas de pequeno porte, o empresário, a pessoa jurídica, ou a ela equiparada, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta superior a **R\$ 240.000,00** (duzentos e quarenta mil reais) e igual ou inferior a **R\$ 2.400.000,00** (dois milhões e quatrocentos 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. (...)” (grifos nossos)

14. Assim, para se beneficiar das regras especiais estabelecidas pela Lei Complementar nº 123/2006, a empresa precisa estar enquadrada como ME ou EPP, ou seja, auferir, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 240.000,00 ou R\$ 2.400.000,00, respectivamente.

15. No caso de ultrapassar o limite de faturamento anual (R\$ 2.400.000,00), a empresa deixa de ser EPP e não pode mais ser beneficiada pela legislação específica (LC nº 123/2006) no ano-calendário seguinte, conforme o disposto no § 9º do art. 3º da referida lei complementar:

“§ 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 ano-calendário seguinte, do regime diferenciado e favorecido previsto por esta Lei Complementar para todos os efeitos legais.” (grifo nosso)

16. Cabe esclarecer que o mencionado enquadramento deve ser realizado pelas Juntas Comerciais “mediante arquivamento de declaração procedida pelo empresário ou sociedade em instrumento específico para essa finalidade”, segundo estabelece o art. 1º da Instrução Normativa nº 103/2007, expedida pelo Departamento Nacional de Registro do Comércio (DNRC), que dispõe sobre o enquadramento, reenquadramento e desenquadramento de ME e EPP, constantes da Lei Complementar nº 123/2006, como se segue:

“Art. 1º 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.

Parágrafo único. A declaração a que se refere este artigo conterà, obrigatoriamente:

I – Título da Declaração, conforme o caso:

- a) DECLARAÇÃO DE ENQUADRAMENTO DE ME ou EPP;
- b) DECLARAÇÃO DE REENQUADRAMENTO DE ME PARA EPP ou DE EPP PARA ME;
- c) DECLARAÇÃO DE DESENQUADRAMENTO DE ME ou EPP;

II – Requerimento do empresário ou da sociedade, dirigido ao Presidente da Junta Comercial da Unidade da Federação a que se destina, requerendo o arquivamento da declaração, da qual constarão os dados e o teor da declaração em conformidade com as situações a seguir:

a) enquadramento:

1. nome empresarial, endereço, Número de Identificação do Registro de Empresas – NIRE,

data de registro do ato constitutivo e número de inscrição no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica – CNPJ, quando enquadrada após a sua constituição;

2. declaração, sob as penas da lei, do empresário ou de todos os sócios de que o empresário ou a sociedade se enquadra na situação de microempresa ou empresa de pequeno porte, nos termos da Lei Complementar nº 123, de 2006;

b) *reenquadramento:*

1. nome empresarial, endereço, Número de Identificação do Registro de Empresas – NIRE, data de registro do ato constitutivo e número de inscrição no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica – CNPJ;

2. a declaração, sob as penas da lei, do empresário ou de todos os sócios de que o empresário ou a sociedade se reenquadra na condição de microempresa ou empresa de pequeno porte, nos termos da Lei Complementar nº 123, de 2006;

c) *desenquadramento*

1. nome empresarial, endereço, Número de Identificação do Registro de Empresas – NIRE, data de registro do ato constitutivo e número de inscrição no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica – CNPJ;

2. a declaração, sob as penas da lei, do empresário ou de todos os sócios de que o empresário ou a sociedade se desenquadra da condição de microempresa ou empresa de pequeno porte, nos termos da Lei Complementar nº 123, de 2006.” (grifos nossos)

17. Dessa forma, o enquadramento como ME ou EPP depende de solicitação da própria empresa, junto ao presidente da respectiva Junta Comercial do estado da federação onde se localiza, requerendo o arquivamento da “Declaração de Enquadramento de ME ou EPP”, conforme o inciso II do parágrafo único do art. 1º da citada IN-DNRC nº 103/2007. Do mesmo modo, cabe à empresa solicitar o desenquadramento da situação de ME ou EPP, de acordo com a alínea c.2 do inciso II do parágrafo único do art. 1º da mencionada IN.

18. Observe-se que, no requerimento apresentado à Junta Comercial, o empresário deve declarar expressamente que a empresa se enquadra na situação de ME ou de EPP, nos termos da Lei Complementar nº 123/2006 (alínea a.2 do inciso II do parágrafo único do art. 1º da IN). Assim, deduz-se que é responsabilidade da própria empresa o enquadramento na situação de ME ou EPP, já que se trata de um ato declaratório.

19. Sobre a questão da responsabilidade relativa à declaração, efetuada pela própria empresa, de sua situação de ME ou EPP, vale destacar o excerto do artigo “A microempresa e a empresa de pequeno porte nas licitações. Questões polêmicas envolvendo a Lei Complementar nº 123/2006 e o Decreto nº 6.204/2007”¹, transcrito a seguir:

“Quanto ao critério forma, o referido artigo 11, Decreto nº 6.204/07, em seu caput, disciplina que deve ser exigido das empresas ‘a declaração, sob as penas da lei, de que cumprem os requisitos legais para a qualificação como microempresa ou empresa de pequeno porte, estando aptas a usufruir o tratamento favorecido estabelecido nos arts. 42 a 49 da Lei Complementar.’

Analisando esta temática, argumenta Marçal Justen Filho que: ‘Em princípio, o ônus da prova do preenchimento do benefício dos requisitos para fruição do benefício é do interessado. Aquele que pretende valer-se das preferências contempladas na LC nº 123/06 deverá comprovar a titularidade dos requisitos necessários. Já o ônus dos fatos modificativos, impeditivos ou extintivos do direito do terceiro fruir os referidos benefícios recairá sobre quem arguir a existência de tais

¹ Autor: Leonardo Ayres Santiago. Disponível em: http://www.valeriacordeiro.pro.br/artigos/leonardosantiago/meepp_licitacoes.pdf

fatos'.

Adotamos o posicionamento no sentido de que esta forma de comprovação da qualificação da licitante como ME ou EPP, instrumentalizada numa simples declaração, não a exime de responder por qualquer conduta que implique em falsidade da declaração (artigo 299, CP), conluio ou qualquer prática danosa à competitividade no certame (artigo 7º, Lei nº 10.520/02)."

20. *Nesse contexto, caberia à Rub Car Ltda., após o término do exercício de 2006, dirigir-se à competente Junta Comercial para declarar seu desenquadramento da condição de EPP, nos termos da Lei Complementar nº 123/2006 e da IN-DNRC nº 103/2007. Isso porque naquele exercício, conforme devidamente demonstrado no levantamento que motivou a Representação que deu origem ao presente processo, a referida Empresa extrapolou o faturamento de R\$ 2.400.000,00 (dois milhões e quatrocentos mil reais), que permitiria ser mantido seu enquadramento como EPP no ano seguinte.*

21. *A propósito, está reproduzido no quadro anexo o resultado daquele levantamento, onde se constata que, somente em Ordens Bancárias oriundas de órgãos públicos federais, a referida Empresa recebeu, no ano de 2006, R\$ 8.208.294,96 (oito milhões, duzentos e oito mil, duzentos e noventa e quatro reais e noventa e seis centavos) e, no de 2007 R\$ 13.625.138,31 (treze milhões, seiscentos e vinte e cinco mil, cento e trinta e oito reais e trinta e um centavos).*

22. *Contudo, a Interessada, além de omitir-se do dever de atualizar sua condição, de forma a atender ao disposto no § 9º do art. 3º da Lei Complementar nº 123/2006, mediante o pedido de desenquadramento da situação de EPP previsto na alínea c.2 do inciso II do parágrafo único do art. 1º da IN-DNRC nº 103/2007, nos anos de 2007 e 2008, sagrou-se vencedora de licitações restritas à participação de ME e EPP, conforme restou demonstrado no levantamento que deu origem ao presente processo.*

23. *Em seus esclarecimentos, a Rub Car Ltda. protesta no sentido de que teriam sido seis e não doze as licitações restritas à participação de ME ou EPP que venceu quando não mais atendia tal condição e, ainda, que a Receita Federal do Brasil não "desconsiderou" seu status de empresa de pequeno porte, de modo a promover adequações tributárias nesse sentido.*

24. *Ora, é irrelevante a quantidade de certames em que a empresa participou indevidamente. A alegação não é suficiente para afastar a irregularidade da participação da Rub Car Ltda. nos certames promovidos com indicação de tratamento diferenciado para "Participação Exclusiva de ME/EPP" (cf. art. 48, inciso I, da Lei Complementar nº 123/2006), quando não mais preenchia as condições que permitiam seu enquadramento nessa situação.*

25. *Ademais, não seria necessário – nem cabível – que alguma entidade – mesmo a Receita Federal – informasse à empresa que ela perdeu a condição de EPP, como pretendeu a Rub Car Ltda., já que o enquadramento, o reenquadramento e o desenquadramento são efetuados com base em declaração do próprio empresário perante a Junta Comercial competente, de acordo com o disposto na IN-DNRC nº 103/2007. Por esse motivo, a alegação da Empresa no sentido de que caberia "à Receita Federal, caso assim entenda e mediante regular procedimento administrativo, desconsiderar a condição de empresa de pequeno porte de determinada pessoa jurídica" também não merece acolhida.*

CONCLUSÃO

26. *A Lei Complementar 123/2006 foi criada com o intuito de estabelecer regras de tratamento diferenciado e favorecer às micro e pequenas empresas, em atendimento ao disposto nos arts. 170, inciso IX, e 179 da Constituição da República de 1988, a fim de fomentar seu desenvolvimento econômico.*

27. Nesse sentido, o Capítulo V do Estatuto – Do acesso aos mercados – introduziu inovações no ordenamento jurídico, conferindo determinados privilégios às ME e EPP para participar de licitações, criando condições favoráveis à obtenção de contratações administrativas, como se pode depreender da leitura do seu art. 47:

“Art. 47. Nas contratações públicas da União, dos Estados e dos Municípios, poderá ser concedido tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte objetivando 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, desde que previsto e regulamentado na legislação do respectivo ente.”

28. Assim, para viabilizar o tratamento diferenciado e simplificado para as ME e EPP a que se refere o art. 47 da Lei, o art. 48 estabelece o seguinte:

“Art. 48. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública poderá realizar processo licitatório:

I – destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nas contratações cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais);

II – em que seja exigida dos licitantes a subcontratação de microempresa ou de empresa de pequeno porte, desde que o percentual máximo do objeto a ser subcontratado não exceda a 30% (trinta por cento) do total licitado;

III – em que se estabeleça cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte, em certames para a aquisição de bens e serviços de natureza divisível.”

29. Sobre a aplicação desse dispositivo legal, este Tribunal, recentemente, manifestou sua preocupação, por meio do Acórdão nº 1231/2008 – Plenário, como se segue:

“4.1. É certo que a concretização dos privilégios previstos na Lei deverá ser cercada de cuidados por parte do gestor público. No trecho transcrito abaixo, Jonas Lima narra os problemas ocorridos nos Estados Unidos. Embora tais situações estejam previstas no Estatuto brasileiro, a cautela da Administração Pública far-se-á sempre essencial para evitar situações antijurídicas e injustas.

‘(...) a utilização de pequenas empresas ‘de fachada’ para que as grandes pudessem se beneficiar das regras favoráveis às pequenas, isso por meio de compra de cotas de capital dentro das pequenas, do desmembramento de uma empresa maior, da inclusão de sócios comuns, ou da subcontratação irregular. O resultado disso foi que no período compreendido entre os anos de 2000 a 2005 mais de US\$ 100.000.000 (cem milhões de dólares) foram desviados das cotas que eram reservadas às verdadeiras pequenas empresas e, de forma oculta, foram parar em grandes companhias, entre outros, de setores de informática, internet, aviação e petróleo. E quando os escândalos apareceram, investigações foram iniciadas e a ‘Small Business Administration - SBA’, foi obrigada excluir da base de dados de pequenas empresas mais de 600 (seiscentos) cadastros irregulares. (...) Embora existam projetos legislativos tramitando, na prática, apenas se tem aumentado o cuidado com a certificação e a re-certificação anual das empresas.’

4.2. Também os Tribunais de Contas deverão estar atentos para possíveis fraudes, atuando junto aos seus jurisdicionados, preferencialmente de maneira preventiva, orientando-os quanto às melhores práticas a serem adotadas para evitar que o espírito da Lei seja subvertido pelo usufruto das benesses por parte de grandes empresas. No entanto, tais ponderações são insuficientes para constituir óbice à aplicação da Lei.”

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



Comércio de Autopeças e Fundição Ltda., apesar de ter auferido, nos exercícios de 2006 e 2007, faturamento bruto superior ao limite estabelecido pela Lei Complementar nº 123/2006 (R\$ 2.400.000,00), venceu licitações, nos anos seguintes, na qualidade de EPP, tendo, portanto, se beneficiado indevidamente dessa condição, e, com isso, desvirtuado o espírito da citada lei.

31. Esse 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\$ 8.208.294,96, em 2006, e R\$ 13.625.138,31, em 2007 – ver quadro de fls. 12 e discriminação ora anexada).

32. Observe-se que, de acordo com o levantamento inicial, a Rub Car Ltda., nos anos de 2007 e 2008, teria recebido, em Notas de Empenho (NE) relativas às licitações que venceu, tidas, à época, como restritas a ME e EPP, um total de R\$ 470.030,47 e R\$ 47.047,63, respectivamente, perfazendo o valor de R\$ 517.078,10, como demonstrado no quadro à fl. 12. É certo que, excluindo-se os certames que, posteriormente, se constatou não possuírem essa restrição, esses valores sofrem considerável redução.

33. Essa circunstância, porém, em nada socorre a Rub Car. Conforme já foi mencionado, não é relevante a quantidade de licitações das quais a empresa participou indevidamente. No caso, restou devidamente comprovado que a Rub Car Ltda., nos anos de 2006 e 2007, recebeu, somente em Ordens Bancárias oriundas de órgãos públicos federais, R\$ 8.208.294,96 e R\$ 13.625.138,31, respectivamente, e que, no ano seguinte, além de não formular, perante a Junta Comercial competente, o devido pedido de desenquadramento da situação de empresa de pequeno porte, venceu as seguintes licitações, restritas à participação de ME e EPP:

- Convite nº 27/2007, do Arsenal de Guerra de São Paulo;
- Pregão Eletrônico nº 1/2008, da 5ª Companhia de Comunicações Blindada;
- Pregão Eletrônico nº 2/2008, do Centro Integrado de Guerra Eletrônica;
- Pregão Eletrônico nº 18/2008, do Centro Federal de Educação Tecnológica de Januária;
- Pregão Eletrônico nº 45/2008, do Depósito Naval de Ladário;
- Pregão Eletrônico nº 1/2008, do 22º Batalhão Logístico Leve;
- Pregão Eletrônico nº 2/2008, do 5º Batalhão de Engenharia de Combate Blindado.

34. Essa constatação indica fraude à licitação, conforme previsto no art. 90 da Lei 8.666/93:

“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.”

35. Assim, considerando a preocupação manifestada por esta Corte de Contas no sentido de que os objetivos do Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte possam estar sendo maculados por possíveis fraudes e levando em conta que o responsável não apresentou alegações no sentido de infirmar os fatos expostos anteriormente, propõe-se, com fundamento no art. 46 da Lei nº 8.443/1992, c/c os arts. 87 e 88 da Lei nº 8.666/1993, a declaração de inidoneidade da mencionada empresa para participar, por até 5 anos, de licitações na Administração Pública Federal.

Lei nº 8.443/92

“Art. 46. Verificada a ocorrência de fraude comprovada à licitação, o Tribunal declarará a inidoneidade do licitante fraudador para participar, por até cinco anos, de licitação na



Administração Pública Federal.”

Lei nº 8.666/93

“Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

(...)

IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.

(...)

Art. 88. As sanções previstas nos incisos III e IV do artigo anterior poderão também ser aplicadas às empresas ou aos profissionais que, em razão dos contratos regidos por esta Lei:

I - tenham sofrido condenação definitiva por praticarem, por meios dolosos, fraude fiscal no recolhimento de quaisquer tributos;

II - tenham praticado atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação;

III - demonstrem não possuir idoneidade para contratar com a Administração em virtude de atos ilícitos praticados.”

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

36. Diante do exposto, submetem-se os autos à consideração superior, propondo:

- I) declarar, com fundamento no art. 46 da Lei nº 8.443/1992 e no inciso IV do art. 87, c/c o inciso III do art. 88 da Lei nº 8.666/1993, a inidoneidade da empresa **Rub Car Comércio de Autopeças e Fundição Ltda.** (CNPJ 59.350.124/0001-40) para licitar e contratar com a Administração Pública, por período de até cinco anos, por ter vencido licitações destinadas exclusivamente à participação de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, sendo que seu faturamento bruto no ano anterior ao dos certames era superior ao limite previsto no art. 3º da Lei Complementar nº 123/2006 (item 33 desta instrução);
- II) com fundamento nos arts. 33 e 34 da Resolução-TCU nº 191/2006, apensar definitivamente o presente processo à representação que lhe deu origem (TC 027.230/2009-3);
- III) encaminhar cópia do relatório e voto do acórdão que vier a ser proferido à empresa Rub Car Comércio de Autopeças e Fundição Ltda.;
- IV) encaminhar cópia destes autos, bem como do relatório e voto do acórdão que vier a ser proferido, ao Ministério Público Federal, à Secretaria da Receita Federal do Brasil/MF e à Secretaria de Direito Econômico/MJ.”

Contou a instrução supra com a anuência do Sr. Secretário Adjunto da Adplan (fl. 96).

VOTO



Os autos consistem em apartado do TC 027.230/2009-3, tendente a apurar possíveis irregularidades praticadas por empresas que, alegadamente, participaram de forma indevida de licitações públicas, na condição de microempresa (ME) ou empresa de pequeno porte (EPP), sem possuir os requisitos legais, contrariando a Lei Complementar nº 123/2006 (Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte) e o Decreto nº 6.204/2007.

A empresa foi regularmente chamada aos autos para defender-se. As razões apresentadas não lograram elidir as irregularidades, atinentes a sua indevida participação na licitação, sobretudo em confronto com os argumentos habilmente expendidos pela unidade técnica, dos quais me valho como razão de decidir.

De forma que, compulsando os autos, verifico a má-fé da sociedade inquinada, uma vez que, agindo com domínio de volição e cognição, ocorreu ao certame apresentando-se indevidamente na qualidade de empresa de pequeno porte.

Apenas no tocante à declaração de inidoneidade da empresa para licitar e contratar com a Administração, entendo cabível fixá-la em dois anos, ante as circunstâncias dos casos concretos.

Diante dessas considerações, acolho integralmente o parecer da Secretaria Adjunta de Planejamento e Procedimentos e VOTO no sentido de que o Tribunal adote a deliberação que ora submeto a este Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 29 de setembro de 2010.

WALTON ALENCAR RODRIGUES
Relator

ACÓRDÃO Nº 2578/2010 – TCU – PLENÁRIO

1. Processo nº TC 008.554/2010-2.
2. Grupo I – Classe VII – Assunto: Representação
3. Interessado: Tribunal de Contas da União - TCU
4. Órgão/Entidade: não há.
5. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues.
6. Representante do Ministério Público: não atuou.
7. Unidade: Sec. Adj. de Planejamento e Procedimento (Adplan).
8. Advogado constituído nos autos: Leonardo Musumecchi Filho (OAB/SP nº 180.387), Matilde Gluchak (OAB/SP nº 137.45) e Ricardo Fernandes (OAB/SP nº 174.757-E).

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos os presentes autos que tratam de irregularidades praticadas por empresas que indevidamente participaram de licitações públicas na condição de microempresa



TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO



(ME) ou empresa de pequeno porte (EPP), contrariando a Lei Complementar nº 123/2006 (Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte) e o Decreto nº 6.204/2007.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão Plenária, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1 declarar, com fundamento no art. 46 da Lei nº 8.443/1992 e no inciso IV do art. 87, c/c o inciso III do art. 88 da Lei nº 8.666/1993, a inidoneidade da empresa Rub Car Comércio de Autopeças e Fundação Ltda. (CNPJ 59.350.124/0001-40), para licitar e contratar com a Administração Pública, pelo período de dois anos, por ter vencido licitações destinadas exclusivamente à participação de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, não obstante ostentar faturamento bruto superior ao limite previsto no art. 3º da Lei Complementar nº 123/2006;

9.2 com fundamento nos arts. 33 e 34 da Resolução-TCU nº 191/2006, apensar o presente processo à representação que lhe deu origem (TC 027.230/2009-3);

9.3 encaminhar cópia da presente deliberação à empresa Rub Car Comércio de Autopeças e Fundação Ltda.;

9.4 encaminhar cópia destes autos, bem como do presente *decisum*, ao Ministério Público Federal, à Secretaria da Receita Federal do Brasil/MF e à Secretaria de Direito Econômico/MJ.

10. Ata nº 36/2010 – Plenário.

11. Data da Sessão: 29/9/2010 – Ordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2578-36/10-P.

13. Especificação do quorum:

13.1. Ministros presentes: Ubiratan Aguiar (Presidente), Valmir Campelo, Walton Alencar Rodrigues (Relator), Benjamin Zymler, Augusto Nardes, Aroldo Cedraz, José Jorge e José Múcio Monteiro.

13.2. Auditor convocado: Marcos Bemquerer Costa.

13.3. Auditores presentes: Augusto Sherman Cavalcanti, André Luís de Carvalho e Weder de Oliveira.

(Assinado Eletronicamente)
UBIRATAN AGUIAR
Presidente

(Assinado Eletronicamente)
WALTON ALENCAR RODRIGUES
Relator

Fui presente:

(Assinado Eletronicamente)
LUCAS ROCHA FURTADO
Procurador-Geral



GRUPO II – CLASSE V – Plenário

TC 028.752/2012-0

Natureza: Pedido de Reexame

Unidade: Universidade Federal de Goiás – UFGO.

Interessado: Escribrasil Comercial de Equipamentos Ltda.

Advogado constituído nos autos: Guaraci de Melo Maciel (OAB/PR 37.975).

Sumário: PEDIDO DE REEXAME. REPRESENTAÇÃO. ENQUADRAMENTO IRREGULAR COMO EMPRESA DE PEQUENO PORTE, NOS TERMOS DA LEI COMPLEMENTAR 123/2006. DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE. PEDIDO DE REEXAME. CONHECIMENTO. PROVIMENTO PARCIAL. REDUÇÃO DO PRAZO DA PENALIDADE APLICADA. ENCAMINHAMENTO DO ACÓRDÃO, RELATÓRIO E VOTO À SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL. COMUNICAÇÕES.

RELATÓRIO

Trata-se de Pedido de Reexame interposto pela empresa Escribrasil Comercial de Equipamentos Ltda. (Peça 53), contra o Acórdão 1.776/2013 – Plenário (Peça 44), proferido na Sessão de 10/7/2013, Ata 25/2013, em que o Tribunal declarou a recorrente inidônea para participar de licitação na Administração Pública federal, por seis meses.

2. A Secretaria de Recursos procedeu ao exame de admissibilidade da peça recursal e consignou que esta preenche os requisitos para ser conhecida como Pedido de Reexame (Peça 56). O exame foi ratificado por este Relator (Peça 58).

3. Quanto ao mérito, a Serur realizou a análise acostada às Peças 59 a 61, que abaixo reproduzo, como parte deste relatório:

“[...] HISTÓRICO

2. Trata-se, originariamente, de Representação da Secretaria Adjunta de Planejamento e Procedimentos – Adplan, como decorrência dos trabalhos realizados no bojo do TC 023.692/2012-0, do qual se originaram processos em apartado para cada empresa.

3. O referido processo trata de Representação oferecida pela Secretaria Adjunta de Planejamento e Procedimentos – Adplan, por meio de sua Diretoria de Gestão de Informações Estratégicas – DGI. O órgão investigou possíveis casos de utilização indevida do tratamento diferenciado, nas contratações públicas, concedido exclusivamente a microempresas – ME e empresas de pequeno porte – EPP, considerando a inexistência de pressupostos definidos na Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006 – Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte.

4. No presente caso, apuraram-se possíveis irregularidades praticadas pela empresa Escribrasil Comercial de Equipamentos Ltda. (CNPJ 11.983.207/0001-40), a qual, mesmo obtendo faturamento bruto, considerando recebimentos da administração pública federal, de R\$ 2.536.113,30, em 2011, participou, na condição de empresa de pequeno porte, indevidamente, no ano seguinte, do Pregão Eletrônico nº 0334/2011, realizado pela Universidade Federal de Goiás – UFGO em 3/1/2012. Esse certame teria tratamento diferenciado e favorável à microempresa – ME e Empresa de Pequeno Porte – EPP. Conforme o caput c/c § 9º do art. 3º da Lei Complementar 123/2006, a recorrente não poderia usufruir desse benefício.

5. As irregularidades decorreriam, inicialmente, do fato de a empresa não solicitar o desenquadramento da situação especial de ME ou EPP na Junta Comercial do Estado do Paraná e

apresentar falsa declaração de que atendia os requisitos da Lei Complementar 123/2006, na licitação citada, sem atendê-los.

6. Após a oitiva da recorrente quanto a esses fatos, a qual contestou as irregularidades, a unidade técnica optou por aprofundar as investigações e identificou que o Sr. Airton Bandeira da Silva (CPF 884.032.209-44), além de sócio administrador, com 99% das cotas da ora recorrente; teria participação da empresa Comercial Politan Ltda. (CNPJ: 09.413.944/0001-65), com cotas de 50% e administração.

7. O somatório do faturamento das duas empresas, nos anos de 2010 e 2011, ultrapassaria os limites previstos na Lei Complementar 123/2006. Logo, tendo em vista o disposto nos artigos 3º, I e II; c/c o §4º, inc. III, do mesmo dispositivo, a recorrente não poderia ter participado, no exercício de 2012, de certame com benefícios para ME/EPP.

8. Após nova notificação da recorrente sobre esse ponto, tendo ela se mantido silente, o Tribunal, por meio do Acórdão 1.776/2013 – Plenário (peça 44), manifestou-se nos seguintes termos:

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de Representação em que restou comprovado cometimento de fraude à licitação pela empresa Escribrasil Comercial de Equipamentos Ltda. (CNPJ 11.983.207/0001-40), por ter apresentado declaração inverídica no sentido de que atendia às condições para usufruir das vantagens previstas na Lei Complementar nº 123/2006, beneficiando-se, indevidamente, de tratamento diferenciado destinado a ME/EPP.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, diante das razões expostas pelo Relator, em:

9.1. conhecer da presente Representação, com fundamento nos arts. 235 e 237, inciso VI, do Regimento Interno deste Tribunal, para, no mérito, considerá-la procedente;

9.2. acolher parcialmente as justificativas contidas na manifestação encaminhada pela empresa Escribrasil Comercial de Equipamentos Ltda. (CNPJ 11.983.207/0001-40) em resposta ao Ofício nº 1233/2012-TCU/Secex/PR, no sentido de eximir a responsabilidade da Escribrasil no tocante ao Pregão Eletrônico nº 334/2011, realizado em 3/1/2012, também objeto deste processo de Representação;

9.3. considerar revel, para todos os efeitos, a empresa Escribrasil Comercial de Equipamentos Ltda. (CNPJ 11.983.207/0001-40), em razão do não atendimento à oitiva promovida por meio do Ofício nº 69/2013-TCU/Secex/PR, dando-se prosseguimento ao processo, com fundamento no art. 12, §2º, da Lei nº 8.443/1992;

9.4. declarar, com fundamento no art. 46 da Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992, a empresa Escribrasil Comercial de Equipamentos Ltda. (CNPJ 11.983.207/0001-40) inidônea para participar de licitação na Administração Pública Federal por período de 6 (seis) meses;

9.5. encaminhar cópia deste Acórdão, bem como do Relatório e Voto que o fundamentam:

9.5.1 à empresa Escribrasil Comercial de Equipamentos Ltda. (CNPJ 11.983.207/0001-40);

9.5.2 após o trânsito em julgado do presente Acórdão, à Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão para as providências necessárias à atualização do registro da empresa Escribrasil Comercial de Equipamentos Ltda. (CNPJ 11.983.207/0001-40), no Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores – Sicaf;

9.5.3. ao Comitê Gestor de Tributação das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (CGSN);

9.6. determinar à Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão que, no prazo de 30 (trinta) dias, informe ao Tribunal acerca das medidas adotadas com vistas ao cumprimento do item 9.4.2 retro;

9.7. determinar ao Comitê Gestor de Tributação das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (CGSN), com fulcro no art. 3º, inciso XXIII do Decreto nº 6.038, de 8/2/2007 e no art. 5º, alínea c do da Resolução CGSN nº 1, de 19/3/2007, que estude formas de aprimorar os

procedimentos de fiscalização do cumprimento das obrigações principais e acessórias relativas ao Simples Nacional, a fim de verificar a ocorrência das hipóteses previstas no art. 29 da Lei Complementar nº 123/2006;

9.8. apensar definitivamente este processo ao TC 023.692/2012-0, após o trânsito em julgado do presente Acórdão.

9. Irresignada, a empresa Escribrasil Comercial de Equipamentos Ltda. interpôs o presente Pedido de Reexame contra o Acórdão citado (peça 53), requerendo (peça 53, p. 4):

(...) seja recebido o presente recurso com o efeito suspensivo, e provido, RECONSIDERANDO-SE a decisão no que tange à dosimetria da pena, substituindo-a por outra, mais branda, ou seja, a advertência.

Alternativamente, se não for acatado o pedido de substituição da pena pela advertência, seja aplicada a pena de suspensão do direito de licitar pelo prazo de 30 (trinta) dias, ou então, 60 (sessenta) dias, ou novo prazo razoável e **inferior** ao aplicado, que não cause tamanho prejuízo como o que se busca reformar.

ADMISSIBILIDADE

10. Em instrução preliminar (peça 56), o SAR/Serur propôs o conhecimento do recurso, nos termos do art. 48 da Lei 8.443/1992, c/c os artigos 285, parágrafo único; e 286 do RITCU, suspendendo-se os efeitos do subitem 9.4 do acórdão recorrido, com comunicação ao órgão responsável pela restrição. O Ex^{mo} Sr. Ministro-Relator (peça 58) ratificou o posicionamento do serviço de admissibilidade. Expostos os fatos, passa-se à análise de mérito da peça recursal.

MÉRITO

Argumentos (peça 53, p. 1-2)

11. A recorrente, após citar o ofício de notificação da deliberação recorrida e destacar que o subitem 9.2 do Acórdão combatido acatou as razões de justificativa da apenada, eximindo-lhe a responsabilidade no tocante ao Pregão eletrônico nº 334/2011, realizado em 3/1/2012, busca comprovar ter agido com boa-fé.

12. Afirma que, desde o início do processo, agiu com boa-fé para demonstrar que atuou nos processos licitatórios apontados, com lisura e em obediência à legislação. Ressalta novamente que o subitem 9.2 da deliberação combatida afastou as irregularidades atinentes ao Pregão eletrônico nº 334/2011, realizado em 3/1/2012, objeto da presente representação. Com isso, conclui não ter praticado qualquer ato antijurídico, bem como não ter havido prejuízo ao erário, no que concerne aos exercícios de 2011/2012.

13. Na sequência, a recorrente pleiteia a reconsideração da decisão, no que concerne à dosimetria da pena aplicada. Para tanto, transcreve o subitem 9.4 da deliberação recorrida, no qual foi declarada inidônea para licitar e contratar com a Administração Pública Federal, por seis meses. Aduz que a pena a ela aplicada é excessiva, diante do fato atribuído como punível pelo Tribunal.

Análise

14. Os argumentos da recorrente estão parcialmente corretos. Ressalte-se que a Escribrasil Comercial de Equipamentos Ltda. foi citada inicialmente, no seguintes termos (peças 17; e 46, p. 2):

– Participação no Pregão Eletrônico nº 0334/2011, realizado pela Universidade Federal de Goiás/UFGO, em 03/01/2012, com tratamento diferenciado e favorável a microempresas e empresas de pequeno porte definido no edital, amparada por declaração falsa de que atendia aos requisitos da LC 123/2006 quanto ao seu enquadramento como ME/EPP, em razão de, no exercício de 2011, anterior ao certame, ter obtido faturamento bruto acima do limite de R\$ 2.400.000,00, considerados apenas os valores das ordens bancárias emitidas pela administração pública federal via Siafi.

15. No ano anterior, conforme verificação dos técnicos do Tribunal (peça 6, p. 2), confirmada nesta instrução, por meio do sistema “SigaBrasil” do Senado Federal, a recorrente houvera recebido, apenas do Governo Federal, o montante de R\$ 2.536.113,30.