

16. Nas razões de justificativa (peça 27), a recorrente alegou que a Lei Complementar 139/2011 alterou os limites para ME/EPP, com vigência para o exercício de 2012, portanto, aplicando-se ao certame questionado, o qual foi realizado em 3 de janeiro daquele ano. Segundo o normativo, o faturamento para empresa de pequeno porte estaria limitado à R\$ 3.600.000,00.

17. A unidade técnica (peça 32), ao analisar as razões de justificativa identificou que a relação da recorrente com a empresa Comercial Politan Ltda. (CNPJ: 09.413.944/0001-65) e com o Grupo Asa Empresarial Ltda., especialmente no que se referia ao sócio-administrador Airton Bandeira da Silva (peça 32, p. 3):

5.2.3 Analisando de forma percuciente as relações das empresas Escribrasil – Comercial de Equipamentos Ltda., Comercial Politan Ltda. e Grupo Asa Empresarial Ltda. e seus respectivos contratos sociais fornecidos pela Junta Comercial do Paraná, vislumbramos outro fato impeditivo instituído pelo art. 3º, §4º, inciso III, da Lei Complementar 123/2006.

5.2.4 A participação societária do Sr. Airton Bandeira da Silva (CPF 884.032.209-44) em duas empresas: na Escribrasil – Comercial de Equipamentos Ltda. como sócio administrador desde 16/08/2011 com 99% das cotas e atualmente com 100% das cotas e na Comercial Politan Ltda., como sócio administrador com 50% das cotas desde a sua criação em 26/11/2007 aliado a soma dos recebimentos de cada empresa, somente de Ordens Bancárias do governo federal, nos exercícios de 2010 e 2011 impedem as duas empresas de receberem tratamento diferenciado previsto na Lei Complementar 123/2006.

18. Os técnicos demonstraram (peça 32, p. 4) que o somatório dos faturamentos da Escribrasil e da Comercial Politan, em 2010 e 2011, ultrapassaram os limites de enquadramento no Simples Nacional, mesmo com as alterações da Lei Complementar 139/2011, em detrimento do §4º do art. 3º da Lei Complementar 123/2006, *in verbis*:

§ 4º Não poderá se beneficiar do tratamento jurídico diferenciado previsto nesta Lei Complementar, incluído o regime de que trata o art. 12 desta Lei Complementar, para nenhum efeito legal, a pessoa jurídica:

III – de cujo capital participe pessoa física que seja inscrita como empresário ou seja sócia de outra empresa que receba tratamento jurídico diferenciado nos termos desta Lei Complementar, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do caput deste artigo;

19. Após a oitiva da empresa sobre esse novo ponto (peça 39), a recorrente se manteve silente. Com isso, a unidade técnica, não obstante tenha proposto o acatamento parcial dos argumentos atinentes à primeira notificação, propôs a declaração de inidoneidade da Escribrasil (peça 41). De fato, com fundamento no art. 3º, incisos I e II; c/c o §4º, inciso III, do mesmo diploma, a participação da recorrente no Pregão eletrônico 334/2011, restrito a micros e pequenos empreendedores, sem ostentar essa condição, permaneceria discutível.

20. Entretanto, o Tribunal, ao analisar a questão, cometeu equívoco e afastou a restrição ao referido certame, por intermédio do subitem 9.2 do Acórdão recorrido, descrito abaixo (peças 45, item 9; e 44), em que pese tenha, na sequência, declarado a empresa inidônea:

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;

21. Com isso, afastou-se a possibilidade de apenar a recorrente, com base na participação dela no referido procedimento licitatório. Mas, como destacado até o momento, esse foi o único certame com irregularidade atribuída à empresa. Dessa forma, é contraditório eximir a responsabilidade da Escribrasil sobre os fatos vinculados a essa licitação e utilizá-la para declará-la inidônea.

22. Portanto, a penalidade a ela aplicada deve necessariamente ser afastada, mantendo-se apenas alerta à recorrente, de que a participação dela em licitação exclusiva para microempresa ou empresa de pequeno porte ou com benefícios para esse grupo em caso de empate, sem que haja o

correto enquadramento nessas categorias, ou a apresentação de documento falso em procedimento licitatório, ensejará declaração de inidoneidade, impossibilitando que contrate com a Administração Pública por até cinco anos.

23. Além disso, deve-se destacar, também, que a recorrente não venceu o certame questionado, mostrando-se desarrazoado apenas a com sanção tão severa quanto a declaração de inidoneidade para licitar e contratar com a Administração Pública Federal.

24. Não obstante a simples participação em certames exclusivos ou com benefícios para ME/EPP de empresa, por meio de declarações falsas, possa ensejar pena severa por esta Corte, fazê-lo em ré primária que sequer venceu a disputa é desarrazoado e fere as finalidades da própria Lei do Simples Nacional.

25. Primeiramente, cabe ratificar a informação apresentada pela recorrente de que não se sagrou vencedora em nenhum dos itens do certame questionado no presente processo, como se nota na respectiva ata do pregão eletrônico (peça 10, p. 45-47).

26. Com isso, tem-se como fundamento para a condenação da recorrente, desconsiderando o equívoco na deliberação combatida, apenas a participação dela em certame exclusivo para microempresas e empresas de pequeno porte, sem ostentar condição para tal, utilizando-se de declaração ideologicamente falsa.

27. Não se nega nesta instrução a gravidade dos fatos, mas sim a proporcionalidade da pena, diante da culpabilidade da conduta, antecedentes da ré, circunstâncias e consequências do delito, fazendo analogia com a análise que se deve empreender no Direito Penal, conforme o art. 59 do Código Penal.

28. Para tanto, deve-se buscar a finalidade primordial da Lei do Simples Nacional, no que tange às contratações públicas. Nota-se, como preocupação básica do legislador, a garantia de sobrevivência das microempresas e empresas de pequeno porte, tendo em vista a relevância desse grupo empresarial, como externado na exposição de motivos do projeto que originou a norma:

Segundo dados do BNDES, 98% do total de empresas do país são constituídas de micros e pequenas empresas e representam 93% dos estabelecimentos empregadores, que correspondem a cerca de 60% dos empregos gerados no país, participando com 43% da renda total dos setores industrial, comercial e de serviços.

(Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=8786&tp=1>). Acesso em: 17 out. 2013).

29. Com isso, a norma foi estruturada, de forma a preservar esse relevante grupo empresarial, por meio de estratégias legais na seara tributária e, também, por intermédio de benefícios em compras governamentais. A estrutura normativa observou anseio da sociedade emanado de diversos setores, como se nota em trecho de audiência pública para discussão da matéria, no bojo das discussões do Projeto de Lei Complementar:

As compras governamentais, hoje, também não são voltadas para as microempresas. Seria necessário rever a Lei de Licitações para permitir compras em lotes menores, de modo a que os pequenos empresários também pudessem fornecer para o Poder Público. (Disponível em: [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=255a7C90aC117D342C40F62aB2DB2E25.node2?codteor=355888&filename=PRL+1+PLP12304+%3D%3E+PLP+123/2004](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=255a7C90aC117D342C40F62aB2DB2E25.node2?codteor=355888&filename=PRL+1+PLP12304+%3D%3E+PLP+123/2004)). Acesso em: 18 out. 2013)

30. Com isso, o legislador buscou formas de estimular os micros e pequenos empreendedores, também por meio das compras governamentais. Formatou a norma, de modo a garantir que esse grupo pudesse vencer determinados certames de baixo valor ou desempatar grandes disputas, dentro das possibilidades inerentes a essas pessoas jurídicas.

31. Nessa linha, conclui-se que a finalidade primordial da Lei do Simples Nacional, no que tange a compras governamentais, é materializar propostas vantajosas para o Estado e auxiliar os pequenos e médios empreendedores a acessar mercados, desenvolvendo-os e auxiliando o desenvolvimento do país. Trata-se da atuação concertada do Estado, com vistas a proporcionar a

esse grupo a possibilidade de vencer licitações de baixo valor, para que possam sobreviver, gerando emprego e renda.

32. De fato, a leitura atenta da norma, em seus artigos 42 a 49, permite que se conclua que o Estado buscou maneiras para auxiliar que os micros e pequenos empresários vençam certames, seja dando-lhes exclusividade em algumas disputas ou possibilitando-lhes que desempatem competições abertas. Mas, proporcionar-lhes a vitória sempre foi o foco primordial.

33. Com isso, perde força a afirmação de que a empresa recorrente burlou, com gravidade suficiente para declarar-lhe inidônea, o escopo de proteção da norma. Ela não venceu as disputas e não retirou a possibilidade de qualquer micro e pequeno empresário o fizesse. A discussão se encontra apenas no seio da falsa declaração apresentada.

34. De outro lado, cabe relatar histórico da atuação do Tribunal sobre as microempresas e empresas de pequeno porte, em contratações públicas. Esta Corte, desde o exercício de 2009, tem atuado intensamente em fiscalizações sobre esse grupo privilegiado, com base em batimentos de dados de diversos sistemas da Administração Pública, especialmente o Sistema de Administração Financeira do Governo Federal – Siafi e o Comprasnet.

35. É importante citar os dois processos mais relevantes nesse período: os TCs 027.230/2009-3 e 023.692/2012-0, do qual os presentes autos se originaram. No primeiro processo, as trilhas das fiscalizações realizadas, as quais geraram inúmeros apartados, focaram o uso indevido dos benefícios da Lei do Simples Nacional, identificando empresas que, mesmo fora dos limites previstos na norma, participaram e venceram licitações com critérios privilegiados para ME/EPP.

36. Logo, a Corte, no primeiro momento, colheu as empresas que, não só apresentaram declarações falsas, mas, também, venceram os certames. Os técnicos encontraram 56 licitantes nessa situação, tendo ouvido 26 delas. Nessa linha, ressalte-se trecho do relatório do Acórdão 744/2011 – Plenário, relativo a um dos apartados do TC 027.230/2009-3:

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 obtido, 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 (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-se também a formação de apartados, com vistas a agilizar o trâmite processual (item IV, fl. 9). (Grifos nossos)

37. Com isso, o Tribunal, na primeira fiscalização da espécie, delimitou a conduta passível de apenação, no caso de fraudes envolvendo certames com os benefícios da Lei Complementar 123/2006. Seria necessário que a empresa, utilizando-se de declaração falsa ou qualquer outro meio ardiloso, participasse e vencesse procedimentos licitatórios com privilégios para micros e pequenos empreendedores. Nesse sentido, foram insculpidos dezenas de Acórdãos do Tribunal.

38. No TC 023.692/2012-0, originador da representação ora em debate, é que a posição da Corte em relação ao tema se tornou mais severa, passando a punir empresas, independentemente de terem vencido os certames com benefícios para ME/EPP ou não, como se nota em trecho da representação inicial do presente processo (peça 2, p. 4):

10. A participação, em licitações exclusivas à ME ou EPP, de empresas que obtiveram no ano anterior faturamento bruto acima do limite estipulado pela Lei Complementar 123/2006, com emissão de falsa declaração ratificando seu enquadramento nesses portes, quando deveriam, no ano seguinte a esse faturamento, solicitar à junta comercial seu desenquadramento, de acordo com o disposto na IN-DNRC nº 103/2007, caracteriza ato enganoso no intuito de se beneficiar, indevidamente, dos privilégios concedidos pela Lei Complementar 123/2006 às micro e pequenas empresas para participação em licitações.

39. Com isso, a amostra cresceu, passando as escolhidas a 119 empresas, com faturamento acima de R\$ 2.400.000,00, as quais haviam vencido ou apenas tinham participado de pregões exclusivos para ME/EPP, independentemente do valor ou do número de disputas.

40. A partir de então, a Corte se deparou com situações as mais controversas. Sem cortes nos valores investigados, o Tribunal se debruçou sobre irregularidades em certames com baixíssimos montantes, como nos Acórdãos 1.325/2013 e 1.404/2013, ambos do Plenário, sendo que, no último julgado, a questão discutida envolvia a quantia de apenas R\$ 65,35. Ambas as deliberações estão pendentes de recurso nesta Casa.

41. A posição do Tribunal sobre o tema tem sido discutida nesta Diretoria, pois se percebe que as jurisprudências, no momento, tem se tornado automáticas, com as penas sempre partindo dos seis meses. Entretanto, não se deve perder de vista as nuances de cada caso concreto, sob pena de deliberações contraditórias ou até injustas desta Corte. Os julgados sobre a questão estão se avolumando a cada dia.

42. Nessa linha, o agravamento do posicionamento do Tribunal em relação às irregularidades trouxe à Casa discussões quanto ao princípio da insignificância e à dosimetria das penas aplicadas às empresas, as quais sempre tem partido de seis meses. Quanto à baixa materialidade, inclusive, há controvérsia instalada nesta Corte, que deverá ser objeto de intensa discussão do Plenário, como se nota em trecho do voto condutor do Acórdão 2.924/2010 – Plenário:

Embora considere falha grave a omissão da empresa, julgo que, dada a baixa materialidade dos procedimentos licitatórios exclusivos para ME ou EPP em que participou e ganhou, total de R\$ 25.105,00 relativos a seis procedimentos ocorridos em 2008, representando percentual inferior a 0,5% dos valores auferido pela firma em licitações com órgãos públicos, é suficiente alertar a empresa de que a repetição da infração ensejará a declaração de sua inidoneidade, impossibilitando que contrate com o Poder Público por até 5 anos.

43. Entretanto, todas essas questões puderam ser superadas em análises anteriores nesta Secretaria, ao se verificar que as empresas fraudadoras tinham, de fato, vencido os certames exclusivos ou com critérios privilegiados de desempate, com o uso das declarações ideologicamente falsas. Com isso, a afronta à Lei do Simples Nacional era clara, pelo prejuízo trazido a outros micros e pequenos empreendedores. A finalidade primordial da norma é garantir a vitória aos beneficiários do programa, o que havia sido severamente contrariado. O ciclo da norma havia sido quebrado.

44. Por outro lado, deve-se questionar, agora, se apenas a participação em certames exclusivos, com uso de declaração falsa, mesmo não tendo a acusada vencido a disputa e alijado qualquer ME/EPP da possibilidade de usufruto dos benefícios do Simples Nacional é suficiente para apenação de ré primária, por conta de afronta às finalidades da Lei Complementar 123/2006. Cabe lembrar que a pena aplicada corresponde a mais severa das sanções inseridas na competência desta Corte.

45. Ressalte-se que o caso ora em debate é bastante distinto das hipóteses normalmente decididas por esta Casa em relação ao tema, inclusive, com diferenças substanciais em relação à maioria dos precedentes colocados no voto condutor da decisão recorrida, como base para a dosimetria das penas: Acórdãos 588/2011, 2.846/2010 e 3.228/2010, todos do Plenário. Nesses processos, as empresas apenas venceram as disputas, ao contrário do que consta nos presentes autos.

46. É fato que a apresentação de declaração ideologicamente falsa, além de configurar crime previsto no art. 299 do Código Penal, caracteriza, por si, fraude ao certame, inclusive no presente caso. Todavia, estava correto o posicionamento inicial desta Corte que, no primeiro momento, considerou como de reprovabilidade passível de declaração de inidoneidade, nos termos do art. 46 da Lei 8.443/1992, a participação e vitória em procedimentos exclusivos para ME/EPP, ou com a efetiva utilização dos critérios de desempate previstos na norma.

47. Essa postura se justifica, pois se pode notar que grande parte das empresas flagradas em fraudes nessas fiscalizações são pessoas jurídicas recém-saídas do grupo de micros e pequenos empreendedores, devendo a Corte agir com razoabilidade sobre rés primárias. Trata-se, também, de núcleos geradores de emprego e renda.

48. Com isso, ao observar a questão com o distanciamento adequado, verifica-se que se mostra desarrazoada a aplicação de penalidade tão severa em empresa que sequer venceu os certames discutidos e não havia sido objeto de nenhuma outra fiscalização desta Corte. A propósito, no caso, sequer é possível apenar a empresa, pois a Corte excluiu o único certame questionado, como apto a fundamentar a sanção.

49. Ainda assim, cabe analisar a deliberação recorrida sob o prisma da proporcionalidade, sinônimo de razoabilidade, regra de interpretação de natureza valorativa, que deve permear o ordenamento jurídico. Esse postulado visa o equilíbrio na restrição de direitos e concessão de benefícios, conforme leciona Inocêncio Mártires Coelho (MENDES, Gilmar Ferreira; Coelho, Inocêncio Mártires; Branco, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 181).

50. O autor ensina que esse valor se compõe da necessidade, da adequação e da proporcionalidade em sentido estrito. Para Pedro Lenza (**Direito constitucional esquematizado**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 138), na necessidade, a adoção de restrição de direitos só é legítima se for indispensável ao caso e não for passível de substituição por medida menos gravosa.

51. No presente caso, é a primeira vez que o Tribunal atua sobre a recorrente, identificando irregularidades em uma única licitação, afastada, ao final, pela Corte. Ademais, nesse certame, a empresa apresentou declaração falsa, mas não venceu a competição. Logo, não retirou de qualquer ME/EPP a possibilidade de usufruir os benefícios do Simples Nacional.

52. De outro lado, o Tribunal, no primeiro momento, selecionou como achado de elevada gravidade capaz de ensejar impedimentos para licitar e contratar com a Administração Pública o fato de a empresa não só ter participado de licitações com benefícios para ME/EPP, como, também, ter vencido as disputas. A mudança de entendimento na seleção das amostras não condiz com as finalidades primordiais da Lei do Simples Nacional, quando a questão envolve rés primárias.

53. Além disso, como demonstram os Acórdãos citados na deliberação recorrida, a Corte tem partido da punição mínima de seis meses, em casos envolvendo um ou poucos certames, independentemente do valor, mas normalmente com a adjudicação confirmada. Praticamente não se encontram julgados com condenações inferiores a esse padrão, o que demonstra que as condutas com reprovabilidade mínima têm recebido reprimenda de seis meses por esta Corte. Abaixo disso, ficaria o alerta, para situações como as descritas no presente processo.

54. Com isso, punir do mesmo modo empresa que sequer venceu as disputas se mostra desarrazoado. Mesmo para aqueles que entenderem que a deliberação deverá ser mantida, a redução na pena aplicada se impõe, evitando-se o descrédito nos julgados da Corte em relação à matéria.

55. Na espécie, por outro lado, verifica-se que o fato de a Escribrasil não ter vencido as licitações e não ter sido objeto de qualquer fiscalização anterior do Tribunal em irregularidades semelhantes desautoriza a sanção severa da declaração de inidoneidade. Essa penalidade pode, para o caso, ser substituída por alerta à empresa, preservando-se a finalidade da pena.

56. De outra sorte, leciona Pedro Lenza (**Direito constitucional esquematizado**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 138) que a adequação significa a escolha do meio mais adequado para o atingimento do objetivo pretendido.

57. No caso em discussão, o objetivo da penalidade a ser aplicada é punir a licitante fraudadora e impedir que ela novamente participe de certames exclusivos para os micros e pequenos empresários, não integrando esse rol, preservando-se os objetivos do Simples. De forma indireta, a sanção fomenta declarações verdadeiras da apenada a todos os órgãos de fiscalização, especialmente na seara tributária.

58. Nesse sentido, não havendo grau de reprovabilidade suficiente para declarar inidônea acusada primária que não venceu as disputas questionadas, a medida adequada ao caso é alertar a recorrente, para que não repita a conduta, retirando-lhe, inclusive, a primariedade.

59. Os fatos não demonstram que a medida mais adequada seja afastar empresa também geradora de empregos e renda das contratações públicas, ainda que por curto espaço de tempo, com base apenas na participação irregular em certame exclusivo para ME/EPP, sem sucesso. Mesmo sob esse prisma, cabe lembrar que o Tribunal eximiu a recorrente da responsabilidade sobre o único procedimento questionado.

60. Por outro lado, a proporcionalidade em sentido estrito, nos termos da doutrina escolhida (LENZA, Pedro, **Direito constitucional esquematizado**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 138), exige que o ato praticado realize o objetivo pretendido sem restringir exageradamente outros valores constitucionalizados.

61. Comparam-se aqui quatro bens jurídicos tutelados pelo arcabouço constitucional: a igualdade em sentido material, a legalidade, a moralidade e a livre iniciativa da empresa recorrente em oferecer seus produtos ao Poder Público, nas mesmas condições das demais pessoas jurídicas.

62. Nesse ponto, é exagerado declarar a inidoneidade de empresa primária, por conta da participação, com declaração falsa, em certame com regras especiais para ME/EPP, sem que ela tenha vencido as disputas e sem alijar outros micros e pequenos empreendedores dos benefícios do Simples.

63. Ao colocar na balança a liberdade de iniciativa da empresa em continuar vendendo para o Estado e contribuindo para geração de emprego e renda e os demais bens jurídicos envolvidos, nota-se que a preservação da pessoa jurídica se mostra mais relevante.

64. Não se está a defender a impunidade, pois a irregularidade praticada pela Escribrasil foi grave e merece reprimenda. Deve-se analisar a proporcionalidade da medida a ser aplicada à ré. Nesse ponto, o alerta para casos futuros constitui decisão bastante razoável em situações como a que ora se analisa.

65. Além disso, é fato que o alerta à empresa tem a importante função de retirar-lhe a primariedade. Com isso, qualquer irregularidade envolvendo a ora recorrente, especialmente a apresentação de declaração falsa em outros procedimentos licitatórios, autoriza a Corte a imputar-lhe a declaração de inidoneidade, inclusive em prazo superior a seis meses.

66. Posto isso, propõe-se alertar a Escribrasil Comercial de Equipamentos Ltda. de que a participação dela em licitação exclusiva para microempresa ou empresa de pequeno porte ou com benefícios para esse grupo em caso de empate, sem que haja o correto enquadramento nessas categorias, ou a apresentação de documento falso em procedimento licitatório, ensejará declaração de inidoneidade, impossibilitando-a de contratar com a Administração Pública por até cinco anos.

67. Por fim, é fato que, como demonstrou a unidade técnica na tabela presente no relatório do Acórdão recorrido (peça 46, p. 3), tanto a Escribrasil, quanto a Comercial Politan Ltda. não integram o grupo de ME/EPP, beneficiário do Simples Nacional, desde 2011, tendo em vista o disposto no inciso III do §4º do art. 3º da Lei Complementar 123/2006 e a presença do Sr. Airton Bandeira da Silva, sócio-administrador comum.

68. Entretanto, verifica-se, em consulta ao sistema CNPJ da Receita Federal do Brasil, que a recorrente se inseriu no Simples Nacional em abril de 2010 e não se desenquadrou até o presente momento. Igualmente, a Comercial Politan Ltda. consta como EPP no órgão fazendário desde 12/3/2008.

69. Na esfera tributária, portanto, há fortes indícios de sonegação fiscal das duas pessoas jurídicas, fato que deverá ser fiscalizado pela Receita Federal do Brasil, sem que o Tribunal abandone a questão.

70. De toda sorte, apenas esse elemento não pode ensejar a declaração de inidoneidade da recorrente, pois, como visto anteriormente nesta instrução e conforme os ofícios de citação encaminhados à responsável (peças 17 e 39), a Escribrasil sequer foi ouvida sobre o tema.

71. Com isso, a forma mais adequada às atribuições desta Corte, no presente caso, é encaminhar a questão à Receita Federal do Brasil, para que instaure fiscalização sobre a recorrente e a Comercial Politan Ltda., atestando a condição delas de EPPs, de modo a lançar e cobrar os tributos eventualmente sonegados, informando as medidas adotadas ao Tribunal, no prazo de 120 dias.

72. Nessa linha, há discussão nesta Corte sobre se seria atribuição do Tribunal adentrar com maior profundidade na atuação da Secretaria da Receita Federal do Brasil, no que tange a contribuintes individualizados. A Corte, quando instada a se manifestar sobre a ausência de recolhimento de tributos, de forma individualizada, aduz não ter competência para atuar sobre a seara tributária, conforme se nota na ementa do Acórdão 2.105/2009 – Plenário:

SUMÁRIO: MONITORAMENTO. DETERMINAÇÃO AO TRE/PB PARA A ADOÇÃO DE MEDIDAS COM VISTAS AO RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA NÃO REALIZADA EM ÉPOCA OPORTUNA. CUMPRIMENTO DA DETERMINAÇÃO. INEFICÁCIA. AUSÊNCIA DE COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO PARA DECIDIR SOBRE LANÇAMENTO DE TRIBUTO, DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO TRIBUTÁRIAS E INSCRIÇÃO DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO EM DÍVIDA ATIVA DA UNIÃO. ENVIO DE CÓPIA DA DELIBERAÇÃO AO MINISTÉRIO DA FAZENDA. JUNTADA DOS AUTOS ÀS CONTAS DE 2001, 2002 E 2003.

1. Não cabe ao TCU promover o cálculo nem o lançamento de tributos, em face do não-pagamento ou do pagamento a menor, cuja apuração, lançamento e fiscalização compete aos órgãos arrecadadores;

2. Não deve ainda o TCU promover a interpretação final sobre as hipóteses de decadência e prescrição tributárias, e a inscrição de crédito tributário em dívida ativa da União.

73. As recentes fraudes, envolvendo fiscais da prefeitura de São Paulo demonstram que esta Corte deve se posicionar novamente sobre a questão com o devido cuidado. Apenas encaminhar os fatos ao órgão fazendário, sem acompanhar as medidas adotadas, é afastar-se da atribuição do Tribunal de fiscal das contas públicas.

74. Nesse ponto, cabe rápida discussão sobre as competências do Tribunal de Contas da União sobre a fiscalização do lançamento tributário. Para tanto, utilizam-se trechos da monografia de Judson dos Santos, apresentada na Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, com o mesmo título, sob a orientação do M.Sc. Alysson Maia Fontenele.

75. O lançamento tributário é o ato administrativo que delinea os aspectos da regra matriz de incidência tributária, quando da ocorrência da hipótese no mundo dos fatos. Com isso, todas as normas aplicáveis aos atos administrativos em geral também encontram respaldo no ordenamento que rege o lançamento tributário, inclusive no que concerne à atividade fiscalizatória do Tribunal de Contas da União.

76. Nesse íterim, existem os lançamentos de ofício, por declaração e por homologação, sendo que esses atos administrativos, em qualquer hipótese, são privativos da autoridade administrativa competente, correspondente, na esfera federal, ao Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil.

77. Há, no Código Tributário Nacional, hipóteses específicas que autorizam a revisão do lançamento tributário. Dentre elas, incluem-se, conforme o art. 149 do referido diploma, situações em que o contribuinte não apresentou as informações devidas ou o pagamento antecipado, além de fraude, erro ou falsidade, como há indícios de que tenha ocorrido no presente caso.

78. Nessas hipóteses, a autoridade fazendária, uma vez ciente da irregularidade, deverá necessariamente realizar ou modificar o lançamento tributário, ainda que motivada por órgãos externos, tais como o Poder Judiciário e o Tribunal de Contas da União, dentro das competências que lhe são afetas.

79. Isso decorre do fato de que o lançamento tributário, nos termos do art. 142 do Código Tributário Nacional, é ato vinculado, o que implica em dizer que não há discricionariedade na atividade da autoridade fiscal para realizar ou não a ação de lançar e essa atividade deve obedecer irrestrita aos exatos limites da Lei.

80. De forma cotidiana, o Tribunal de Contas da União se depara com questões envolvendo o lançamento de tributos federais, seja em irregularidades na arrecadação de receitas, seja por problemas com renúncias fiscais, que exigem a cobrança de impostos e contribuições. Além disso, não são raras as irregularidades envolvendo o enorme e crescente contingente de renúncias de receitas tributárias, também denominados gastos tributários, com reflexos no orçamento federal. O caso em debate se enquadra nesse conjunto.

81. A atuação do Tribunal de Contas da União decorre diretamente das competências a ele atribuídas pelo legislador constituinte originário e pela legislação ordinária direcionada ao órgão. Nessa linha, compete ao TCU, nos termos do *caput* e do parágrafo único do art. 70 e conforme o art. 71, ambos da Constituição Federal, auxiliar o Congresso Nacional na fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta sobre a legalidade, legitimidade e economicidade dos gastos governamentais, incluindo-se a estrutura da arrecadação de receitas federais.

82. A competência sobre a arrecadação de receitas está delineada, também, no inc. IV do art. 1º da Lei 8.443/1992, no qual consta a atividade de acompanhamento da arrecadação. O conceito de “arrecadação”, descrito nos normativos, contudo, envolve todas as fases da receita pública e não apenas o ato de arrecadar, o que restou explicitado no art. 256 do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União.

83. Com isso, a Corte de Contas federal tem ingerência fiscalizatória sobre a previsão, o lançamento, a arrecadação e o recolhimento de tributos federais, podendo realizar seu mister por meio de levantamentos, auditorias, inspeções, acompanhamentos e monitoramentos.

84. Do mesmo modo, o *caput* do art. 70 da Constituição Federal também atribuiu ao TCU a competência fiscalizatória sobre as renúncias de receitas tributárias, conceituadas na Corte como gastos tributários. De fato, a expressiva atuação e responsabilidade do Tribunal de Contas da União nessa seara foi confirmada e desenvolvida pela Lei de Responsabilidade Fiscal, que delineou quadro normativo aprofundado com a finalidade de resguardar o lado da receita no orçamento dos entes.

85. O art. 11 da Lei Complementar 101/2000, por exemplo, coloca como requisitos essenciais da responsabilidade na gestão fiscal e efetiva instituição, previsão e arrecadação de todos os tributos de competência do ente da federação.

86. No art. 14 do referido diploma, há quadro normativo amplo destinado a garantir legalidade, legitimidade, eficiência e economicidade às renúncias de receitas tributárias. O Estado não pode renunciar às entradas tributárias a que tem direito, sem motivação adequada, tendo em vista a necessária preservação das metas fiscais estabelecidas anualmente.

87. As renúncias fiscais estão limitadas pelo princípio da legalidade, nos termos do §6º do art. 150 da Constituição Federal, além de terem que vir acompanhadas de estimativa do impacto orçamentário e de demonstração de que elas foram consideradas na estimativa da LOA ou de medidas de compensação, nos termos do art. 14, *caput* e incisos I e II da LRF.

88. O Poder Legislativo, com o auxílio dos Tribunais de Contas, foi colocado como guardião da eficácia dos dispositivos da Lei de Responsabilidade Fiscal, conforme o art. 59 da norma.

89. Assim, são bastante abrangentes as atribuições da Corte de Contas sobre o lançamento tributário, devendo zelar pela lisura desse ato administrativo, de modo a preservar o fluxo de receitas tributárias.

90. A forma para realizar esse mister, de acordo com os normativos, envolve a realização de auditorias, inspeções, acompanhamentos, bem como as respostas a denúncias e representações. O que a Corte de Contas pode fazer ao se deparar com irregularidades envolvendo o lançamento tributário está expressamente consignado nos incisos IX e X do art. 71 da Constituição Federal.

91. Em sendo ato administrativo, o TCU poderá, uma vez identificadas irregularidades ou até a ausência do lançamento tributário devido ou problemas em renúncias de receitas, assinar prazo para que o órgão competente corrija o problema ou saneie a omissão, como se requer nesta instrução.

92. No caso de anulação dos atos irregulares, caso o órgão descumpra a deliberação da Corte, poderá o próprio Tribunal sustar-lhe a execução, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal.

93. Cabe ressaltar que, em hipótese alguma, poderá o próprio Tribunal de Contas da União realizar ou corrigir o lançamento tributário, pois esse ato é privativo da autoridade fazendária, sendo que sequer o Poder Judiciário poderá assumir esse papel.

94. Outro ponto relevante é que a Corte de Contas federal não poderá ser colocada como instância revisora do procedimento administrativo fiscal, o que configuraria usurpação das competências do Poder Executivo, com afronta à separação dos poderes.

95. Apenas no bojo dos trabalhos atinentes ao controle externo, tais como auditorias, inspeções, denúncias e representações, poderá a Corte atuar sobre o lançamento tributário, seja na realização ordinária do ato ou em processos envolvendo renúncias fiscais.

96. É certo que a jurisprudência do Tribunal de Contas da União sobre o tema ainda é vacilante, ora permitindo atuação sobre a questão, ora opinando por se manter distante, como se a Corte nenhuma competência tivesse sobre a matéria.

97. Diante do que foi exposto, está claro que o TCU pode e deve atuar sobre o lançamento tributário quando provocado ou em processos de fiscalização, tendo prerrogativa para determinar a realização ou o cancelamento do ato, bem como benefícios fiscais fraudulentos, com a cobrança dos tributos devidos.

98. Destaque-se que, na forma como têm sido realizadas as investigações desta Corte sobre ME/EPP, com a abertura de processos administrativos específicos para cada uma das empresas, sequer aplica-se o sigilo fiscal. No caso da recorrente, a individualização das investigações autoriza que o Tribunal proceda diretamente sobre o órgão fazendário, sendo, inclusive, excelente oportunidade de estreitamento na relação entre as entidades.

99. De acordo com o inciso II do art. 198 do Código Tributário Nacional, com redação dada pela Lei Complementar 104/2001, constitui exceção ao sigilo fiscal:

II – solicitações de autoridade administrativa no interesse da Administração Pública, desde que seja comprovada a instauração regular de processo administrativo, no órgão ou na entidade respectiva, com o objetivo de investigar o sujeito passivo a que se refere a informação, por prática de infração administrativa.

100. Assim, cabe ao Tribunal determinar à Receita Federal do Brasil, responsável pela efetiva realização de eventuais lançamentos tributários relativos às empresas Escribrazil Comercial de Equipamentos Ltda. e Comercial Politan Ltda., que analise a questão, de modo a concluir as fiscalizações da Corte iniciadas no presente processo.

101. Por fim, mesmo diante dessa conclusão, a penalidade aplicada por esta Corte à recorrente, por meio do Acórdão recorrido, mostra-se desarrazoada, tendo em vista que não restou suficiente a gravidade dos fatos para sanção tão severa, como destacado anteriormente. Além disso, o próprio Tribunal eximiu a empresa da irregularidade vinculada ao único certame fiscalizado.

**Argumentos (peça 53, p. 2-4)**

102. Após, afirma que a manutenção da penalidade causará, certamente, a paralisação da atividade mercantil e a ruína financeira da empresa, com sérios reflexos sociais. Aduz que essa situação provocará o desemprego dos funcionários, todos pobres e com famílias para sustentar. Junta, nessa linha, a relação de empregados e documentos fiscais relativos aos colaboradores (peça 53, p. 5-9).

103. Salieta, ainda sobre o assunto, que se trata de microempresa, com poucos recursos. Entende que, se mantida a penalidade, essa conjuntura se refletirá em dezenas de contratos já assinados com órgãos da Administração Pública, tornando impossível que a Escribrasil cumpra as obrigações avençadas, com prejuízos maiores ao particular e ao Estado.

104. Informa ser contratada em vários procedimentos licitatórios, com vendas já realizadas e pendentes de entrega aos mais diversos órgãos públicos federais. Alega participar de pregões de registro de preços, com compromisso de entrega futura de bens. Tudo, segundo a empresa, estará comprometido, por conta da pena, caso reste confirmada a dosimetria presente na deliberação combatida.

105. Assevera que, no fim dos seis meses, não haverá possibilidade de retorno da empresa às atividades normais, em virtude dos prejuízos advindos do julgados. Considera o presente pedido como súplica extrema, embasada na certeza de que a penalidade não será didática, de modo a impedir casos futuros.

106. A sanção, na concepção da recorrente, causará a ruína dela, não sendo esse o intuito do legislador. Por conta disso, requer a mitigação da pena, substituindo-a por penalidade mais branda e educativa.

107. Suplica a substituição da pena aplicada por advertência ou a diminuição do prazo dado para 30 ou, no máximo, 60 dias, o que possibilitará que a empresa suporte os prejuízos decorrentes do julgado, podendo, ao final, restabelecer a atividade mercantil.

#### **Análise**

108. Não assiste razão à recorrente. Nenhum dos argumentos de natureza metajurídica apresentados pela responsável tem o condão de afastar a condenação que lhe foi aplicada. A penalidade deve ser repensada, com fundamento na análise empreendida no tópico anterior.

109. As análises empreendidas sobre processos dessa natureza tem possibilitado que se conclua que declaração de inidoneidade por apenas seis meses não tem o condão de extinguir a empresa apenada. Além disso, a pena aplicada, caso mantida, decorrerá da conduta considerada irregular pela Corte. Logo, decorrência da ação da própria empresa.

110. Os argumentos *ad terrorem* não possuem qualquer verossimilhança. A declaração de inidoneidade prevista o art. 46 da Lei 8.443/1992 se remete ao futuro, não abarcando os contratos administrativos em execução, ao contrário do que afirma a recorrente.

111. Além disso, os efeitos decorrentes da sanção aplicada pelo Tribunal não podem impedir que se apene empresa com vínculos com a Administração Pública, que tenha máculas em sua atuação em certames licitatórios. Trata-se de consequências que devem ser observadas pela recorrente na atuação cotidiana.

112. De todo modo, como dissertado anteriormente, não pelos argumentos discutidos neste ponto, verifica-se que a medida de maior razoabilidade no presente caso é o alerta para que a recorrente não cometa irregularidade semelhante no futuro, garantindo a manutenção dos contratos dela com o Poder Público e a sobrevivência da pessoa jurídica.

113. De outra sorte, é fato, também, que a afronta ao ordenamento jurídico nesse caso, como sobejamente demonstrado no tópico anterior, não autoriza que esta Corte apene com a severa declaração de inidoneidade ré primária que sequer venceu as disputas em discussão nos autos.

114. Nos últimos dois anos, as questões relativas às fiscalizações desta Corte tem chegado com frequência a esta Secretaria. As preocupações com a atuação do Tribunal tiveram caminho ascendente.

115. No primeiro momento, as empresas buscavam principalmente negar a exclusividade dos certames ou os dados de faturamento trazidos pelo Tribunal, argumentos afastados com tranquilidade nas análises empreendidas pela Secretaria de Recursos – Serur.

116. Contudo, nos processos oriundos da segunda grande fiscalização do Tribunal sobre a matéria (TC 023.692/2012-0), da qual se originou o presente recurso, os argumentos se alteraram e as preocupações mudaram de feição. Percebe-se que o Tribunal tem aplicado, indistintamente, independentemente do número de certames e do valor da contratação ou até mesmo sem que o licitante fraudador vença as disputas, a declaração de inidoneidade, quase sempre por seis meses.

117. A cada novo processo analisado, novas dúvidas surgem sobre a consistência e a razoabilidade das penalidades aplicadas. É necessário que a Corte se debruce cuidadosamente sobre os novos julgados, para que a atuação do Tribunal, de benéfica, não se torne prejudicial ao mercado.

118. É importante ressaltar que a fiscalização realizada no TC 023.692/2012-0 identificou irregularidades envolvendo centenas de empresas, tendo selecionado para julgamento 119 licitantes fraudadores, quase cem novas pessoas jurídicas, em relação ao processo anterior (027.230/2009-3). Com isso, as condenações da Corte terão grande impacto no seio das empresas, devendo, portanto, estar revestidas de irrefutáveis critérios de razoabilidade.

119. Nesse sentido, há certeza de que, identificada a vitória nos procedimentos licitatórios exclusivos para ME/EPP ou com uso de critérios de desempate previstos na Lei do Simples Nacional, por meio de declaração falsa, de empresa não integrante desse grupo, impõe-se a declaração de inidoneidade por afronta direta ao espírito da Lei.

120. Entretanto, igual certeza não há ao se deparar com fraude em que a empresa não se sagrou vencedora das disputas exclusivas e não usou critério privilegiado de desempate. A preservação garantida pela norma era exatamente a vitória ao grupo beneficiado. Isso ocorreu. ME/EPP venceu a disputa, como garantia a Lei do Simples Nacional.

121. Com isso, apenas empresa que sequer venceu as competições abarcadas pela Lei Complementar 123/2006 e não havia se envolvido em situação semelhante anteriormente realmente não se mostra razoável. Ainda que se entenda de forma distinta, deve-se perceber que o próprio Tribunal afastou equivocadamente a responsabilidade da recorrente sobre a única licitação fiscalizada, não podendo o pregão 334/2011 embasar a condenação.

#### **PROPOSTA**

122. Diante do exposto, com fundamento no art. 48 da Lei 8.443/1992, submeto os autos à consideração superior propondo:

a) conhecer do Pedido de Reexame interposto pela empresa Escribrasil Comercial de Equipamentos Ltda., contra o Acórdão 1.776/2013 – Plenário, proferido na Sessão de 10/7/2013, Ata 25/2013;

a) dar provimento ao recurso apresentado, para excluir a penalidade aplicada à empresa, por meio do subitem 9.4 do Acórdão 1.776/2013 – Plenário;

b) alertar a Escribrasil Comercial de Equipamentos Ltda. de que a participação dela em licitação exclusiva para microempresa ou empresa de pequeno porte ou com benefícios para esse grupo em caso de empate, sem que haja o correto enquadramento nessas categorias, ou a apresentação de documento falso em procedimento licitatório, ensejará declaração de inidoneidade, impossibilitando que contrate com a Administração Pública por até cinco anos;

c) determinar à Secretaria da Receita Federal do Brasil que instaure fiscalização sobre as empresas Escribrasil Comercial de Equipamentos Ltda. (CNPJ 11.983.207/0001-40) e Comercial Politan Ltda. (CNPJ: 09.413.944/0001-65), de modo a atestar a condição delas de empresas de pequeno porte, lançar e cobrar os tributos eventualmente sonegados, informando as medidas adotadas ao Tribunal, no prazo de 120 dias;

d) comunicar à recorrente, à Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, ao Comitê Gestor de Tributação das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – CGSN e aos demais interessados a deliberação que vier a ser proferida por esta Corte. [...]”.

4. Em cumprimento à solicitação deste Relator constante do despacho de Peça 58, o Ministério Público junto a este Tribunal apresentou a manifestação de Peça 62, cujos principais excertos abaixo reproduzo como parte deste Relatório:

“[...] O Ministério Público dissente do encaminhamento proposto pela secretaria especializada, que tem por base o seguinte exame, em síntese (peça 59):

a) a Escribrasil Comercial de Equipamentos Ltda. foi citada inicialmente, nos seguintes termos (peças 17; e 46, p. 2):

“Participação no Pregão Eletrônico 334/2011, realizado pela Universidade Federal de Goiás/UFGO, em 3/1/2012, 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”.

b) 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;

c) nas razões de justificativa (peça 27), a recorrente alegou que a Lei Complementar 139/2011 alterou os limites para ME/EPP, com vigência para o exercício de 2012, portanto, aplicando-se ao certame questionado, o qual foi realizado em 3 de janeiro daquele ano. Segundo o normativo, o faturamento para empresa de pequeno porte estaria limitado à R\$ 3.600.000,00;

d) a unidade técnica (peça 32), ao analisar as razões de justificativa, identificou que a relação da recorrente com a empresa Comercial Politan Ltda. (CNPJ: 09.413.944/0001-65) e com o Grupo Asa Empresarial Ltda., especialmente no que se referia ao sócio-administrador Airton Bandeira da Silva (peça 32, p. 3):

– analisando de forma percuciente as relações das empresas Escribrasil – Comercial de Equipamentos Ltda., Comercial Politan Ltda. e Grupo Asa Empresarial Ltda. e seus respectivos contratos sociais fornecidos pela Junta Comercial do Paraná, vislumbramos outro fato impeditivo instituído pelo art. 3º, § 4º, inciso III, da Lei Complementar 123/2006;

– a participação societária do Sr. Airton Bandeira da Silva (CPF 884.032.209-44) em duas empresas: na Escribrasil – Comercial de Equipamentos Ltda. como sócio administrador desde 16.8.2011 com 99% das cotas e atualmente com 100% das cotas e na Comercial Politan Ltda., como sócio administrador com 50% das cotas desde a sua criação em 26.11.2007 aliada a soma dos recebimentos de cada empresa, somente de Ordens Bancárias do governo federal, nos exercícios de 2010 e 2011 impedem as duas empresas de receberem tratamento diferenciado previsto na Lei Complementar 123/2006;

e) os técnicos demonstraram (peça 32, p. 4) que o somatório dos faturamentos da Escribrasil e da Comercial Politan, em 2010 e 2011, ultrapassaram os limites de enquadramento no Simples Nacional, mesmo com as alterações da Lei Complementar 139/2011, em detrimento do § 4º do art. 3º da Lei Complementar 123/2006;

f) após a oitiva da empresa sobre esse novo ponto (peça 39), a recorrente se manteve silente. Com isso, a unidade técnica, não obstante tenha proposto o acatamento parcial dos argumentos atinentes à primeira notificação, propôs a declaração de inidoneidade da Escribrasil (peça 41). De fato, com fundamento no art. 3º, incisos I e II, e § 4º, inciso III, do mesmo diploma, a participação da recorrente no Pregão Eletrônico 334/2011, restrito a micros e pequenos empreendedores, sem ostentar essa condição, permaneceria discutível;

g) entretanto, o Tribunal, ao analisar a questão, cometeu equívoco e afastou a restrição ao referido certame, por intermédio do subitem 9.2 do acórdão recorrido, descrito abaixo (peças 45, item 9, e 44), em que pese tenha, na sequência, declarado a empresa inidônea:

“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 1.233/2012-TCU/Secex/PR, no sentido de eximir a responsabilidade da Escribrasil no

tocante ao Pregão Eletrônico 334/2011, realizado em 3/1/2012, também objeto deste processo de Representação;"

h) com isso, afastou-se a possibilidade de apenar a recorrente, com base na participação dela no referido procedimento licitatório. Mas, como destacado até o momento, esse foi o único certame com irregularidade atribuída à empresa. Dessa forma, é contraditório eximir a responsabilidade da Escribrasil sobre os fatos vinculados a essa licitação e utilizá-la para declará-la inidônea;

i) além disso, deve-se destacar que a recorrente não venceu o certame questionado, mostrando-se desarrazoado apená-la com sanção tão severa quanto a declaração de inidoneidade para licitar e contratar com a Administração Pública Federal;

j) não obstante a simples participação em certames exclusivos ou com benefícios para ME/EPP de empresa, por meio de declarações falsas, possa ensejar apenação severa por esta Corte, fazê-lo em ré primária que sequer venceu a disputa é desarrazoado e fere as finalidades da própria Lei do Simples Nacional;

k) não se nega nesta instrução a gravidade dos fatos, mas sim a proporcionalidade da pena, diante da culpabilidade da conduta, antecedentes da ré, circunstâncias e consequências do delito, fazendo analogia com a análise que se deve empreender no Direito Penal, conforme o art. 59 do Código Penal;

l) para tanto, deve-se buscar a finalidade primordial da Lei do Simples Nacional, no que tange às contratações públicas. Nota-se, como preocupação básica do legislador, a garantia de sobrevivência das microempresas e empresas de pequeno porte, tendo em vista a relevância desse grupo empresarial;

m) o legislador buscou formas de estimular os micros e pequenos empreendedores também por meio das compras governamentais. Formatou a norma, de modo a garantir que esse grupo pudesse vencer determinados certames de baixo valor ou desempatar grandes disputas, dentro das possibilidades inerentes a essas pessoas jurídicas;

n) nessa linha, conclui-se que a finalidade primordial da Lei do Simples Nacional, no que tange a compras governamentais, é materializar propostas vantajosas para o Estado e auxiliar os pequenos e médios empreendedores a acessar mercados, desenvolvendo-os e auxiliando o desenvolvimento do país. Trata-se da atuação concertada do Estado, com vistas a proporcionar a esse grupo a possibilidade de vencer licitações de baixo valor, para que possam sobreviver, gerando emprego e renda;

o) com isso, perde força a afirmação de que a empresa recorrente burlou, com gravidade suficiente para declarar-lhe inidônea, o escopo de proteção da norma. Ela não venceu as disputas e não retirou a possibilidade de que qualquer micro e pequeno empresário o fizesse. A discussão se encontra apenas no seio da falsa declaração apresentada;

p) de outro lado, cabe relatar histórico da atuação do Tribunal sobre as microempresas e empresas de pequeno porte, em contratações públicas. Esta Corte, desde o exercício de 2009, tem atuado intensamente em fiscalizações sobre esse grupo privilegiado, com base em batimentos de dados de diversos sistemas da Administração Pública, especialmente o Sistema de Administração Financeira do Governo Federal – Siafi e o Comprasnet;

q) o Tribunal, na primeira fiscalização da espécie, delineou a conduta passível de apenação, no caso de fraudes envolvendo certames com os benefícios da Lei Complementar 123/2006. Seria necessário que a empresa, utilizando-se de declaração falsa ou qualquer outro meio ardiloso, participasse e vencesse procedimentos licitatórios com privilégios para micros e pequenos empreendedores. Nesse sentido, foram inculpidos dezenas de acórdãos do Tribunal;

r) no TC 023.692/2012-0, originador da representação ora em debate, é que a posição da Corte em relação ao tema se tornou mais severa, passando a punir empresas, independentemente de terem vencido os certames com benefícios para ME/EPP;

s) a partir de então, a Corte se deparou com situações as mais controversas. Sem cortes nos valores investigados, o Tribunal se debruçou sobre irregularidades em certames com baixíssimos

montantes, como nos Acórdãos 1.325/2013 e 1.404/2013, ambos do Plenário, sendo que, no último julgado, a questão discutida envolvia a quantia de apenas R\$ 65,35. Ambas as deliberações estão pendentes de recurso nesta Casa;

t) a posição do Tribunal sobre o tema tem sido discutida nesta Diretoria, pois se percebe que as jurisprudências, no momento, tem se tornado automáticas, com as penas sempre partindo dos seis meses. Entretanto, não se deve perder de vista as nuances de cada caso concreto, sob pena de deliberações contraditórias ou até injustas desta Corte. Os julgados sobre a questão estão se avolumando a cada dia;

u) entretanto, todas essas questões puderam ser superadas em análises anteriores nesta Secretaria, ao se verificar que as empresas fraudadoras tinham, de fato, vencido os certames exclusivos ou com critérios privilegiados de desempate, com o uso das declarações ideologicamente falsas. Com isso, a afronta à Lei do Simples Nacional era clara, pelo prejuízo trazido a outros micros e pequenos empreendedores. A finalidade primordial da norma é garantir a vitória aos beneficiários do programa, o que havia sido severamente contrariado. O ciclo da norma havia sido quebrado;

v) por outro lado, deve-se questionar, agora, se apenas a participação em certames exclusivos, com uso de declaração falsa, mesmo não tendo a acusada vencido a disputa e aliado qualquer ME/EPP da possibilidade de usufruto dos benefícios do Simples Nacional é suficiente para apenação de ré primária, por conta de afronta às finalidades da Lei Complementar 123/2006. Cabe lembrar que a pena aplicada corresponde à mais severa das sanções inseridas na competência desta Corte;

w) ressalte-se que o caso ora em debate é bastante distinto das hipóteses normalmente decididas por esta Casa em relação ao tema, inclusive, com diferenças substanciais em relação à maioria dos precedentes colocados no voto condutor da decisão recorrida, como base para a dosimetria das penas: Acórdãos 588/2011, 2.846/2010 e 3.228/2010, todos do Plenário. Nesses processos, as empresas apenas venceram as disputas, ao contrário do que consta nos presentes autos;

x) é fato que a apresentação de declaração ideologicamente falsa, além de configurar crime previsto no art. 299 do Código Penal, caracteriza, por si, fraude ao certame, inclusive no presente caso. Todavia, estava correto o posicionamento inicial desta Corte que, no primeiro momento, considerou como de reprovabilidade passível de declaração de inidoneidade, nos termos do art. 46 da Lei 8.443/1992, a participação e vitória em procedimentos exclusivos para ME/EPP, ou com a efetiva utilização dos critérios de desempate previstos na norma;

y) essa postura se justifica, pois se pode notar que grande parte das empresas flagradas em fraudes nessas fiscalizações são pessoas jurídicas recém saídas do grupo de micros e pequenos empreendedores, devendo a Corte agir com razoabilidade sobre rés primárias. Trata-se, também, de núcleos geradores de emprego e renda;

z) no presente caso, é a primeira vez que o Tribunal atua sobre a recorrente, identificando irregularidades em uma única licitação, afastada, ao final, pela Corte. Ademais, nesse certame, a empresa apresentou declaração falsa, mas não venceu a competição. Logo, não retirou de qualquer ME/EPP a possibilidade de usufruir os benefícios do Simples Nacional;

aa) como demonstram os acórdãos citados na deliberação recorrida, a Corte tem partido da punição mínima de seis meses, em casos envolvendo um ou poucos certames, independentemente do valor, mas normalmente com a adjudicação confirmada. Praticamente não se encontram julgados com condenações inferiores a esse padrão, o que demonstra que as condutas com reprovabilidade mínima têm recebido reprimenda de seis meses por esta Corte. Abaixo disso, ficaria o alerta, para situações como as descritas no presente processo;

bb) com isso, punir do mesmo modo empresa que sequer venceu as disputas se mostra desarrazoado. Mesmo para aqueles que entenderem que a deliberação deverá ser mantida, a redução na pena aplicada se impõe, evitando-se o descrédito nos julgados da Corte em relação à matéria;

cc) no caso em discussão, o objetivo da penalidade a ser aplicada é punir a licitante fraudadora e impedir que ela novamente participe de certames exclusivos para os micros e pequenos empresários, não integrando esse rol, preservando-se os objetivos do Simples. De forma indireta, a sanção fomenta declarações verdadeiras da apenada a todos os órgãos de fiscalização, especialmente na seara tributária;

dd) nesse sentido, não havendo grau de reprovabilidade suficiente para declarar inidônea acusada primária que não venceu as disputas questionadas, a medida adequada ao caso é alertar a recorrente, para que não repita a conduta, retirando-lhe, inclusive, a primariedade;

ee) os fatos não demonstram que a medida mais adequada seja afastar empresa também geradora de empregos e renda das contratações públicas, ainda que por curto espaço de tempo, com base apenas na participação irregular em certame exclusivo para ME/EPP, sem sucesso. Mesmo sob esse prisma, cabe lembrar que o Tribunal eximiu a recorrente da responsabilidade sobre o único procedimento questionado;

ff) não se está a defender a impunidade, pois a irregularidade praticada pela Escribrasil foi grave e merece reprimenda. Deve-se analisar a proporcionalidade da medida a ser aplicada à ré. Nesse ponto, o alerta para casos futuros constitui decisão bastante razoável em situações como a que ora se analisa;

gg) posto isso, propõe-se alertar a Escribrasil Comercial de Equipamentos Ltda. de que a participação dela em licitação exclusiva para microempresa ou empresa de pequeno porte ou com benefícios para esse grupo em caso de empate, sem que haja o correto enquadramento nessas categorias, ou a apresentação de documento falso em procedimento licitatório, ensejará declaração de inidoneidade, impossibilitando-a de contratar com a Administração Pública por até cinco anos;

hh) é fato que, como demonstrou a unidade técnica na tabela presente no relatório do acórdão recorrido (peça 46, p. 3), tanto a Escribrasil, quanto a Comercial Politan Ltda. não integram o grupo de ME/EPP, beneficiário do Simples Nacional, desde 2011, tendo em vista o disposto no inciso III do § 4º do art. 3º da Lei Complementar 123/2006 e a presença do Sr. Airton Bandeira da Silva, sócio-administrador comum;

ii) verifica-se, em consulta ao sistema CNPJ da Receita Federal do Brasil, que a recorrente se inseriu no Simples Nacional em abril de 2010 e não se desenquadrrou até o presente momento. Igualmente, a Comercial Politan Ltda. consta como EPP no órgão fazendário desde 12.3.2008;

jj) na esfera tributária, portanto, há fortes indícios de sonegação fiscal das duas pessoas jurídicas, fato que deverá ser fiscalizado pela Receita Federal do Brasil, sem que o Tribunal abandone a questão;

kk) de toda sorte, apenas esse elemento não pode ensejar a declaração de inidoneidade da recorrente, pois, como visto anteriormente nesta instrução e conforme os ofícios de citação encaminhados à responsável (peças 17 e 39), a Escribrasil sequer foi ouvida sobre o tema;

ll) com isso, a forma mais adequada às atribuições desta Corte, no presente caso, é encaminhar a questão à Receita Federal do Brasil, para que instaure fiscalização sobre a recorrente e a Comercial Politan Ltda., atestando a condição delas de EPPs, de modo a lançar e cobrar os tributos eventualmente sonegados, informando as medidas adotadas ao Tribunal, no prazo de 120 dias;

mm) assim, cabe ao Tribunal determinar à Receita Federal do Brasil, responsável pela efetiva realização de eventuais lançamentos tributários relativos às empresas Escribrasil Comercial de Equipamentos Ltda. e Comercial Politan Ltda., que analise a questão, de modo a concluir as fiscalizações da Corte iniciadas no presente processo;

nn) no entanto, os argumentos de natureza metajurídica apresentados pela responsável não têm o condão de afastar a condenação que lhe foi aplicada. A penalidade deve ser repensada, com fundamento na análise empreendida no tópico anterior;

oo) as análises empreendidas sobre processos dessa natureza tem possibilitado que se conclua que declaração de inidoneidade por apenas seis meses não tem o condão de extinguir a

empresa apenada. Além disso, a pena aplicada, caso mantida, decorrerá da conduta considerada irregular pela Corte. Logo, decorrência da ação da própria empresa;

pp) os argumentos *ad terrorem* não possuem qualquer verossimilhança. A declaração de inidoneidade prevista o art. 46 da Lei 8.443/1992 se remete ao futuro, não abarcando os contratos administrativos em execução, ao contrário do que afirma a recorrente;

qq) além disso, os efeitos decorrentes da sanção aplicada pelo Tribunal não podem impedir que se apene empresa com vínculos com a Administração Pública, que tenha máculas em sua atuação em certames licitatórios. Trata-se de consequências que devem ser observadas pela recorrente na atuação cotidiana;

rr) de todo modo, como dissertado anteriormente, não pelos argumentos discutidos neste ponto, verifica-se que a medida de maior razoabilidade no presente caso é o alerta para que a recorrente não cometa irregularidade semelhante no futuro, garantindo a manutenção dos contratos dela com o Poder Público e a sobrevivência da pessoa jurídica.

Já as alegações da recorrente podem ser assim resumidas:

a) desde o início vem agindo com a mais absoluta boa-fé para demonstrar que atuou nos processos licitatórios apontados com lisura e obedecendo estritamente a legislação;

b) conforme a defesa apresentada e o constante no item 9.2 do acórdão recorrido, é certo que a empresa recorrente não praticou qualquer ato antijurídico;

c) com base nesse entendimento, nota-se que não houve qualquer ilicitude ou prejuízo ao erário público no que refere aos anos de 2011 e 2012;

d) a pena de seis meses de inidoneidade para participar de licitações na Administração Pública Federal é excessiva;

e) a paralisação da atividade mercantil, com prejuízos financeiros, de difícil e incerta reparação, ocasionará o desemprego dos funcionários, todos pobres e com famílias constituídas;

f) trata-se de uma ME – Micro Empresa, com poucos recursos. Se mantida a penalidade, refletirá em dezenas de contratos já assinados com órgãos da administração pública, tornando impossível o cumprimento das obrigações, com maiores prejuízos ao particular e ao Poder Público;

g) ao final dos seis meses, fatalmente, não haverá mais qualquer possibilidade de a empresa retomar suas atividades, em razão dos prejuízos que advirão.

Esses argumentos não podem prosperar.

Não é possível aceitar que a empresa agiu com boa-fé se participou, por meio de declarações falsas, de certames exclusivos ou com benefícios para ME/EPP.

Igualmente, não restou demonstrado que a declaração de inidoneidade por seis meses implicará o fechamento da empresa, principalmente ao se levar em conta que essa sanção, prevista o art. 46 da Lei 8.443/1992, se remete ao futuro, não abarcando os contratos administrativos em execução.

Quanto ao fato de, por meio do item 9.2 do acórdão guerreado, o Tribunal ter acolhido parcialmente as justificativas da ora recorrente, em resposta ao Ofício 1.233/2012-TCU/Secex/PR, no sentido de eximir a responsabilidade da Escribrasil no tocante ao Pregão Eletrônico 334/2011, também não tem o condão de alterar a decisão contestada.

A unidade técnica, ao analisar essas razões de justificativa, propôs acatá-las, contudo, verificou outras irregularidades (peças 32 a 34):

“5.2.1 Realmente assiste razão ao procurador quando argumenta que a majoração dos valores elencados na Lei Complementar 123/2006 de R\$ 2.400.000,00 (dois milhões e quatrocentos mil reais) para R\$ 3.600.000,00 (três milhões de seiscentos mil reais) efetuada pela Lei Complementar 139/2011 eximiria a responsabilidade da Escribrasil no tocante ao Pregão Eletrônico 0334/2011 realizado em 03/01/2012, objeto deste processo de representação.

5.2.2 Contudo, a suspeita de atuação conjunta das três empresas aventada no relatório de inspeção transfigura-se em outra irregularidade:

‘Cabe informar que, em inspeção realizada pela equipe de fiscalização, foi constatado que a Escribrasil – Comercial de Equipamentos Ltda. mantém sede no mesmo endereço

da empresa Grupo Asa Empresarial Ltda. – EPP, Rua Plácido de Castro, 556 – sobrado 3 – Guabirutuba – Curitiba/PR, na verdade um conjunto de sobrados conjugados.

Outra situação bizarra é a de que o Sócio Administrador da Escribrasil é o mesmo da Comercial Politan Ltda. e o endereço, desta última empresa, informado na Junta Comercial do Paraná (Rua Governador Jorge Lacerda, 241 – Guabirutuba – Curitiba/PR) está abandonado.

Quando da visita ao Grupo Asa Empresarial Ltda. o seu responsável falou pelas três empresas e apresentou os respectivos contratos sociais.” (peça 13, p 14).

5.2.3 Analisando de forma percuciente as relações das empresas Escribrasil – Comercial de Equipamentos Ltda., Comercial Politan Ltda. e Grupo Asa Empresarial Ltda. e seus respectivos contratos sociais fornecidos pela Junta Comercial do Paraná, vislumbramos outro fato impeditivo instituído pelo art. 3º, § 4º, inciso III, da Lei Complementar 123/2006.

5.2.4 A participação societária do Sr. Airton Bandeira da Silva (CPF 884.032.209-44) em duas empresas: na Escribrasil – Comercial de Equipamentos Ltda. como sócio administrador desde 16/08/2011 com 99% das cotas e atualmente com 100% das cotas e na Comercial Politan Ltda., como sócio administrador com 50% das cotas desde a sua criação em 26/11/2007 aliado a soma dos recebimentos de cada empresa, somente de Ordens Bancárias do governo federal, nos exercícios de 2010 e 2011 impedem as duas empresas de receberem tratamento diferenciado previsto na Lei Complementar 123/2006. O quadro abaixo, seguido da respectiva legislação, demonstra claramente a situação.

| Empresas          | Sócio  | OB's emitidas em 2010<br>(peça 6, p 2) | OB's emitidas em<br>2011 (peça 6, p 2) |
|-------------------|--|--|--|
| Escribrasil       | Airton Bandeira da Silva – sócio adm com 100% das cotas (peça 11, p 124 e 134) | R\$ 650.743,66                         | R\$ 2.536.113,30                       |
| Comercial Politan | Airton Bandeira da Silva – sócio adm com 50% das cotas (peça 11, p 104)        | R\$ 3.106.986,98                       | R\$ 1.271.738,75                       |
| <b>TOTAL</b>      |  | <b>R\$ 3.757.730,64</b>                | <b>R\$ 3.807.852,05</b>                |

‘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 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 da 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\$ 3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais).

...

§ 4º Não poderá se beneficiar do tratamento jurídico diferenciado previsto nesta Lei Complementar, incluído o regime de que trata o art. 12 desta Lei Complementar, para nenhum efeito legal, a pessoa jurídica:

...

III – de cujo capital participe pessoa física que seja inscrita como empresário ou seja sócia de outra empresa que receba tratamento jurídico diferenciado nos termos desta Lei Complementar, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do *caput* deste artigo;’

5.2.5 Outro indício da atuação conjunta das empresas é o fato de que os ofícios de oitiva de todas elas terem sido encaminhados ao mesmo endereço, e todas as razões de justificativas foram

elaboradas pelo mesmo procurador designado. (TC 028.747/2012-7 – Amluz Comercial Politan Ltda. – peças 36 e 47; TC 028.752/2012-0 – Escribrasil – Comercial de Equipamentos Ltda. – peças 17 e 27 e TC 028.754/2012-3 – Grupo Asa Empresarial Ltda. – peças 34 e 40).

5.3 Em mais um passo da sua contestação, o defendente apresenta parecer do Ministério Público Federal/Procuradoria da República no Estado do Paraná, referente aos Autos 5006969-60.2011.404.7000 – Vara Federal Criminal de Curitiba, de lavra do Procurador da República João Gualberto Garcez Ramos, de 20/03/2012, onde foi proposto o arquivamento de inquérito (peça 40, p 5/8):

5.3.1 Trata-se de inquérito policial instaurado com a finalidade de investigar a possível prática de crime de fraude à licitação, previsto no art. 90 da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993 (Licitações e Contratos Administrativos), por Arilton Luis Bacellar, originado de representação do Tribunal de Contas da União em caso similar ao processo em tela.

5.3.2 A empresa Amluz Comercial Ltda., optante do SIMPLES desde julho de 2007, participou de 31 licitações restritas à EPP e ME. Contudo, o Tribunal de Contas da União apurou que, no ano de 2007, a empresa recebeu o montante de R\$ 3.132.508,00. O TCU entendeu que a empresa não poderia mais ser caracterizada como EPP ou ME e nem ter participado dos certames.

5.3.3 No tocante ao mérito o Ministério Público Federal, em resumo, alegou que a Amluz Comercial Ltda. não utilizou meio ardiloso potencialmente capaz de enganar ou tornar viciada a habilitação. Relatou que a conduta praticada pelo responsável foi, na verdade, omissiva, por haver deixado de efetuar o desenquadramento de sua empresa da condição de EPP e ME junto ao respectivo registro comercial e enfrentou o assunto como uma irregularidade administrativa.

#### Análise

5.3.4 Embora se tratem de assuntos semelhantes, o arrazoado do Ministério Público Federal, trazido a lume, não pode ser aproveitado uma vez que foi elaborado na esfera da Justiça Federal para fins penais, após ter sido apreciado pelo TCU na esfera administrativa. Neste momento não pode ser esquecido o princípio da independência das instâncias.

5.3.5 Cabe esclarecer que o processo que fundamentou o parecer do Ministério Público Federal acima citado foi apreciado pelo TCU em sessão plenária de 01/12/2010 – Acórdão 3.228/2010 – Ata nº 47/2010, referente à representação TC 007.448/2010-4, onde foi exarada a seguinte deliberação:

‘ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão Plenária, ante as razões expostas pelo Relator e com fundamento no art. 46 da Lei 8.443/1992, no art. 88, inciso III, da Lei 8.666/1993 e art. 237, inciso VI, do Regimento Interno, em:

9.1. conhecer da representação e considerá-la procedente;

9.2. declarar a empresa Amluz Comercial Ltda., CNPJ 03.554.518/0001-65, inidônea para licitar e contratar com a Administração Pública, por seis meses;

9.3. remeter cópia do acórdão, acompanhado do relatório e do voto que o fundamentam:

9.3.1. 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 Amluz Comercial Ltda., CNPJ 03.554.518/0001-65, no Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores – Sicaf;

9.3.2. ao Ministério Público Federal, à Secretaria da Receita Federal do Brasil/MF e à Secretaria de Direito Econômico/MJ, para as ações nas respectivas áreas de competência;

9.4. com fundamento nos arts. 33 e 34 da Resolução-TCU nº 191/2006, apensar definitivamente o presente processo ao TC 027.230/2009-3’.”

Assim, em seguida, foi realizada, nova oitiva da empresa, por meio do Ofício 69/2013-TCU/Secex/PR, nos seguintes termos:

“[...] se pronuncie quanto à(s) ocorrência(s) descrita(s) a seguir:

a) participação no Pregão Eletrônico 334/2011, realizado pela Universidade Federal de Goiás/UFGO, em 3/1/2012, com tratamento diferenciado e favorável a microempresas e empresas

de pequeno porte definido no edital em razão de estar impedida de receber os benefícios da Lei 123/2006, nos termos do seu art. 3<sup>a</sup>, § 4<sup>o</sup>, inciso III;

b) a irregularidade fica configurada em razão do Sr. Airton Bandeira da Silva (CPF 884.032.209-44), sócio administrador com 100% das cotas da Escribrasil – Comercial de Equipamentos Ltda. a partir de 16/8/2011, também atuar como sócio administrador da Comercial Politan Ltda. com 50% das cotas dessa empresa aliado ao fato de que a soma das ordens bancárias emitidas pela administração pública federal no exercício de 2011 para as duas empresas ter atingido o montante R\$ 3.807.852,05, demonstrado no quadro abaixo:

| Empresa                                       | Ordens bancárias emitidas em 2011 |
|---|-----------------------------------|
| Escribrasil – Comercial de Equipamentos Ltda. | R\$ 2.536.113,30                  |
| Comercial Politan Ltda.                       | R\$ 1.271.738,75                  |
| Total   | R\$ 3.807.852,05                  |

Em relação à segunda oitiva, a Escribrasil manteve-se silente. Assim, a condenação da empresa se deu em razão das irregularidades indicadas no Ofício 69/2013-TCU/Secex/PR.

Também, não há dúvida de que a recorrente cometeu ato ilícito.

A empresa tinha ciência plena de que não mais integrava o rol de microempresas e empresas de pequeno porte, todavia, declarou essa condição no bojo dos processos licitatórios.

Resta claro, então, que tinha intenção de frustrar os objetivos da Lei Complementar 123/2006, interpretada em conjunto com a Lei 8.666/1993, operando-se a subsunção plena ao fato típico previsto no art. 90 da 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:”

Nos termos da doutrina (FILHO, Marçal Justen. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009, p.860), para que se declare a empresa inidônea, com base no art. 88 da Lei 8.666/1993:

“(…) é necessário evidenciar que o sujeito atuou com a vontade preordenada a infringir deveres fundamentais que recaem sobre o licitante ou o contratado, para obter vantagem reprovável, ainda que tal pudesse acarretar séria infração aos interesses fundamentais”.

Ainda, o art. 46 da Lei 8.443/1992 autoriza que esta Corte aplique a declaração de inidoneidade sob fundamentos distintos da Lei de Licitações, basta que fique comprovada a fraude aos certames:

“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”.

O dispositivo traz tipologia aberta, inserindo-se no bojo do conceito de fraude a apresentação de atestados que não correspondam à realidade, nos termos da jurisprudência deste Tribunal:

“Assim, entendo comprovada fraude à licitação praticada pela Trindade Serviços Gerais Ltda. por ter se habilitado no Pregão Eletrônico 093/730-2008 com atestado de capacidade técnica que não corresponde à realidade dos fatos. Consequentemente, deverá ser declarada sua inidoneidade para participar, por cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal.” (Acórdão 2.859/2008 – TCU – Plenário).

Apesar disso, a unidade instrutiva propõe afastar a sanção, em virtude de a recorrente não ter vencido o certame do qual participou ilegalmente.

Como visto acima, a simples participação de licitantes não enquadrados como microempresas e empresas de pequeno porte, por meio de declarações falsas, constitui fato típico previsto no art. 90 da Lei 8.666/1993.

Nesse caso, não se exige que o autor obtenha a vantagem esperada para que o ilícito seja consumado, isso seria mero exaurimento.

Importa lembrar que *“diz-se o crime consumado quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal (art. 14, I). É também chamado crime perfeito”* enquanto *“crime exaurido é aquele que depois de consumado atinge suas últimas consequências. Estas podem constituir um indiferente penal (ex.: o inocente é condenado em face do falso testemunho) ou condição de maior punibilidade (ex.: art. 333, parágrafo único)”*.

“Crime consumado é aquele em que foram realizados todos os elementos constantes de sua definição legal.

[...]

Crime exaurido é aquele no qual o agente, após atingir o resultado consumativo, continua a agredir o bem jurídico procura dar-lhe uma nova destinação ou tenta tirar novo proveito, fazendo com que sua conduta continue a produzir efeitos no mundo concreto, mesmo após a realização integral do tipo. [...] Quando não prevista como causa específica de aumento, o exaurimento funcionará como circunstância judicial na primeira fase da aplicação da pena”.

Segundo Mirabete, *“diz-se crime exaurido quando, após a consumação, que ocorre quando estiverem preenchidos no fato concreto o tipo objetivo, o agente o leva a consequências mais lesivas. [...] O crime é o mesmo, embora as consequências dele sejam mais graves e o juiz deva levar essa circunstância em conta na aplicação da pena”*.

Por fim, na lição de Capez:

Considerando que o exaurimento é circunstância que conta na fixação da pena, a licitante que frauda, mas não é vencedora do certame, deve ter apenação mais branda que aquelas que fraudam e obtêm a vantagem perseguida.

Nos Acórdãos 588/2011, 2.846/2010 e 3.228/2010, todos do Plenário, adotados como base para a dosimetria das penas, os licitantes foram declarados inidôneos para contratar com a Administração Pública Federal por seis meses, por terem fraudado as licitações, nas quais sagraram-se vencedores. Nestes casos os ilícitos foram consumados e exauridos.

Desse modo, no caso vertente, visto que a empresa Escribrasil Comercial de Equipamentos Ltda. não foi vencedora do pregão, apesar de ter atuado de maneira fraudulenta, merece ter sua pena fixada por prazo inferior a seis meses, razão pela qual o Ministério Público opina no sentido de que seja dado provimento parcial ao presente pedido de reexame.

### III

Pelo exposto, o Ministério Público, em atenção à oitiva propiciada por Vossa Excelência (peça 58), propõe ao Tribunal:

– conhecer do pedido de reexame interposto pela empresa Escribrasil Comercial de Equipamentos Ltda., contra o Acórdão 1.776/2013 – Plenário, proferido na Sessão de 10.7.2013, Ata 25/2013;

– no mérito, dar provimento parcial ao recurso apresentado, para reduzir o prazo da penalidade aplicada à empresa, alterando o subitem 9.4 do Acórdão 1.776/2013 – Plenário;

– determinar à Secretaria da Receita Federal do Brasil que instaure fiscalização sobre as empresas Escribrasil Comercial de Equipamentos Ltda. (CNPJ 11.983.207/0001-40) e Comercial



Politan Ltda. (CNPJ: 09.413.944/0001-65), de modo a atestar a condição delas de empresas de pequeno porte, lançar e cobrar os tributos eventualmente sonegados, informando as medidas adotadas ao Tribunal, no prazo de 120 dias;

– comunicar à recorrente, à Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, ao Comitê Gestor de Tributação das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – CGSN e aos demais interessados a deliberação que vier a ser proferida por esta Corte. [...]”.

É o Relatório.

## VOTO

O Pedido de Reexame interposto pela empresa Escribrasil Comercial de Equipamentos Ltda. preenche os requisitos de admissibilidade previstos no art. 33 da Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992, merecendo, portanto, nos termos do art. 48 da mesma Lei, ser conhecido.

2. No que concerne ao mérito das questões suscitadas, manifesto minha concordância, apenas em parte, com o entendimento apresentado pela Secretaria de Recursos (Serur) (Peças 59 a 61), bem como do Ministério Público junto a este Tribunal (Peça 58), em razão dos elementos a seguir apresentados.

3. Como visto no relatório precedente, a razão que levou esta Corte de Contas a aplicar sanção à empresa Geraldo Araújo Oliveira Junior foi a comprovação, no âmbito de Representação, do cometimento de fraude à licitação por ter o empresário individual apresentado declaração inverídica no sentido de que atendia às condições para usufruir das vantagens previstas na Lei Complementar 123/2006, beneficiando-se de tratamento diferenciado destinado a ME/EPP, indevidamente.

4. É de se verificar que a empresa Escribrasil 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 0334/2011, realizado pela Universidade Federal de Goiás (UFGO), em 3/1/2012. Esse certame teve 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. Nas razões de justificativa apresentadas em resposta à oitiva realizada por este Tribunal, a recorrente alegou que a Lei Complementar 139/2011 alterou os limites para ME/EPP, com vigência para o exercício de 2012, portanto, aplicando-se ao certame questionado, o qual foi realizado em 3 de janeiro daquele ano. Segundo o normativo, o faturamento para empresa de pequeno porte estaria limitado à R\$ 3.600.000,00.

6. No entanto, a unidade técnica, ao analisar as razões de justificativa, identificou que havia relação da empresa recorrente com a empresa Comercial Politan Ltda. e com o Grupo Asa Empresarial Ltda., especialmente no que se referia ao sócio-administrador Airton Bandeira da Silva (Peça 32, p. 3) e os técnicos demonstraram (Peça 32, p. 4) que o somatório dos faturamentos da Escribrasil e da Comercial Politan, em 2010 e 2011, ultrapassaram os limites de enquadramento no Simples Nacional, mesmo com as alterações da Lei Complementar 139/2011, em detrimento do §4º do art. 3º da Lei Complementar 123/2006.

7. Em razão desse novo fato, a empresa foi novamente ouvida (Peça 39) e se manteve silente. Com isso, a unidade técnica, não obstante tenha sugerido o acatamento parcial dos argumentos atinentes à primeira notificação, propôs a declaração de inidoneidade da Escribrasil (Peça 41), o que foi acolhido pelo relator **a quo** e pelo Tribunal, nos termos do Voto condutor do Acórdão 1.776/2013-TCU-Plenário.

8. A Serur defende, em sua instrução transcrita no Relatório precedente, que, por ter sido acatada a justificativa da empresa no tocante à sua participação no Pregão Eletrônico 334/20119, restaria afastada a possibilidade de esta Corte de Contas apenar a recorrente, com base na participação dela no referido procedimento licitatório, mormente porque, esse teria sido o único certame com irregularidade atribuída à empresa. Dessa forma, entende ser contraditório eximir a responsabilidade da Escribrasil sobre os fatos vinculados a essa licitação e utilizá-la para declará-la inidônea.

9. Destaca, também, que a recorrente não venceu o certame questionado, mostrando-se desarrazoado apená-la com sanção tão severa quanto à declaração de inidoneidade para licitar e contratar com a Administração Pública federal.

10. Assim, defende que a penalidade aplicada deve necessariamente ser afastada, mantendo-se apenas alerta a recorrente de que a participação dela em licitação exclusiva para microempresa ou empresa de pequeno porte ou com benefícios para esse grupo em caso de empate, sem que haja o correto enquadramento nessas categorias ou a apresentação de documento falso em procedimento licitatório,

ensejará declaração de inidoneidade, impossibilitando que contrate com a Administração Pública por até cinco anos.

11. Diferentemente da unidade técnica, entendo que, mesmo com o acatamento da defesa em relação à participação da recorrente no Pregão Eletrônico 334/20119, não houve equívoco do relator ou deste Tribunal no que tange à deliberação ora recorrida. O fato de a empresa não ter vencido o certame questionado não é fundamento para o afastamento da pena, pois, em diversas assentadas esta Corte de Contas defendeu que a simples participação em certames exclusivos ou com benefícios para ME/EPP de empresa, por meio de declarações falsas, enseja apenação, pois configura fraude à licitação.

12. Como afirma o MP/TCU em seu parecer, a simples participação de licitantes não enquadrados como microempresas e empresas de pequeno porte, por meio de declarações falsas, constitui fato típico previsto no art. 90 da Lei 8.666/1993. Nesse caso, não se exige que o autor obtenha a vantagem esperada para que o ilícito seja consumado, isso seria mero exaurimento.

13. Da mesma forma, não há qualquer impedimento de aplicação de sanção à ré primária que sequer venceu a disputa. Esta questão pode até ser considerada como atenuante no juízo a ser formulado pelo relator e pelo colegiado na dosimetria da pena a ser aplicada, quando, aí sim, a proporcionalidade da sanção será determinada em função da culpabilidade da conduta, dos antecedentes da responsável, das circunstâncias e das consequências do delito.

14. Entendo que também não prospera o argumento defendido pela Serur de que não seria medida adequada afastar empresa geradora de empregos e renda das contratações públicas, ainda que por curto espaço de tempo, com base apenas na participação irregular em certame exclusivo para ME/EPP, sem sucesso, mais em situação como a aqui enfrentada onde o Tribunal eximiu a recorrente da responsabilidade sobre o único procedimento questionado.

15. A questão relativa à liberdade de iniciativa da empresa em continuar vendendo para o Estado e contribuindo para geração de emprego e renda, bem como a suposta relevância da preservação da pessoa jurídica, embora importantes, pois objeto de custódia da Lei do Simples Nacional, não podem, por si sós, embasar entendimento no sentido de afastar apenação aplicada em razão da constatação de fraude à licitação, ocorrida mediante a apresentação de declarações ideologicamente falsas. A irregularidade praticada pela Escribrasil foi grave e merece reprimenda.

16. No que tange aos indícios de sonegação fiscal apurados pela unidade técnica em consulta ao sistema CNPJ da Receita Federal do Brasil (RFB), envolvendo as empresas Escribrasil Comercial de Equipamentos Ltda. e Comercial Politan Ltda., depreendo que a questão deve ser encaminhada à RFB para que o órgão adote as medidas que entender cabíveis na sua área de competência.

17. Não creio ser adequada, em sede de análise de pedido de reexame (caso concreto), trazer à baila discussão travada nesta Corte sobre se seria atribuição do Tribunal adentrar com maior profundidade na atuação da Secretaria da Receita Federal do Brasil, no que tange a contribuintes individualizados. A matéria pode ser melhor apreciada em sede de processo autuado para este fim.

18. No que se refere ao argumento de que a manutenção da penalidade causará a paralisação da atividade mercantil e a ruína financeira da empresa, com sérios reflexos sociais, e, ainda, que essa situação provocará o desemprego dos funcionários e a súplica para haja a substituição da pena aplicada por advertência ou a diminuição do prazo dado para 30 ou, no máximo, 60 dias, acolho o entendimento da unidade técnica. De fato, embora sensível aos argumentos apresentados, nenhum deles tem o condão de afastar a condenação aplicada.

19. Concordo com a Serur quando afirma que os efeitos decorrentes da sanção imputada pelo Tribunal não podem impedir que se apene empresa com vínculos com a Administração Pública, que tenha máculas em sua atuação em certames licitatórios. Trata-se de consequências que devem ser observadas pela recorrente na atuação cotidiana.

20. Por fim, quanto à penalidade imposta, no caso vertente, visto que a empresa Escribrasil Comercial de Equipamentos Ltda. não foi vencedora do pregão, apesar de ter atuado de maneira fraudulenta, conforme demonstrado tanto nos pareceres da unidade técnica e MP/TCU quanto no presente Voto, entendo da mesma forma que o **Parquet**, que, como não houve o exaurimento, pode ser dado provimento parcial ao presente pedido de reexame, para redução da pena para três meses.



Nessas condições, VOTO pela adoção da minuta de acórdão que trago ao escrutínio deste Colegiado.

Sala das Sessões, em 9 de julho de 2014.

AROLDO CEDRAZ  
Relator



EM BRANCO

## ACÓRDÃO Nº 1797/2014 – TCU – Plenário



1. Processo: TC 028.752/2012-0.
2. Grupo II – Classe I – Pedido de Reexame (Representação)
3. Interessado: empresa Escribrasil – Comercial de Equipamentos Ltda. (11.983.207/0001-40);
4. Órgão: Universidade Federal de Goiás (UFGO).
5. Relator: Ministro Aroldo Cedraz
- 5.1. Relator da deliberação recorrida: Ministro Raimundo Carreiro.
6. Representante do Ministério Público: Procurador Júlio Marcelo de Oliveira.
7. Unidades Técnicas: Secretaria de Recursos (Serur); Secretaria de Controle Externo no Estado do Paraná (Secex/PR).
8. Advogado constituído nos autos: não há.

## 9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos 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.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão plenária, ante as razões expostas pelo relator, com fulcro nos arts. 32, parágrafo único, 33 e 48 da Lei 8.443/1992 em:

9.1. conhecer do pedido de reexame interposto empresa Escribrasil Comercial de Equipamentos Ltda. para, no mérito, conceder a ele provimento parcial, para, alterando o subitem 9.4 do Acórdão 1.776/2013 – Plenário, reduzir o prazo da penalidade aplicada à empresa para 3 (três) meses;

9.2. encaminhar à Secretaria da Receita Federal do Brasil o presente Acórdão acompanhado do Relatório e voto que o fundamentam para que adote as medidas que entender cabíveis na sua área de competência, ante as informações apuradas pela Secretaria de Recursos, em consulta ao sistema CNPJ, envolvendo as empresas Escribrasil Comercial de Equipamentos Ltda. e Comercial Politan Ltda.;

9.3. dar conhecimento do inteiro teor da presente deliberação à Recorrente.

## 10. Ata nº 25/2014 – Plenário.

11. Data da Sessão: 9/7/2014 – Ordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-1797-25/14-P.

13. Especificação do quorum:

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

13.2. Ministros-Substitutos convocados: Augusto Sherman Cavalcanti e Marcos Bemquerer Costa.

13.3. Ministro-Substituto presente: André Luís de Carvalho.

(Assinado Eletronicamente)

JOÃO AUGUSTO RIBEIRO NARDES  
Presidente

(Assinado Eletronicamente)

AROLDO CEDRAZ  
Relator

Fui presente:

(Assinado Eletronicamente)

PAULO SOARES BUGARIN  
Procurador-Geral