

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). 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, 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 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 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 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.