

MICROEMPRESAS/EMPRESAS DE PEQUENO PORTE EM LICITAÇÕES: CONSEQUÊNCIAS DA PARTICIPAÇÃO FRAUDULENTE À LUZ DA ATUAL JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

MICRO / SMALL BUSINESSES IN BIDDING: THE CONSEQUENCES OF FRAUDULENT PARTICIPATION IN LIGHT OF THE CURRENT JURISPRUDENCE OF THE COURT OF AUDIT

Tiago Borré
Procurador Federal em exercício na Procuradoria Regional do INSS em Brasília/DF Advocacia Geral da União

SUMÁRIO: Introdução; 1 Benefícios concedidos às microempresas e empresas de pequeno porte em licitações; 2 Enquadramento/desenquadramento/reenquadramento:procedimentos; 3 Microempresas/empresas de pequeno porte em licitações: consequências da participação fraudulenta à luz da jurisprudência do TCU; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente artigo científico tem por escopo apresentar as conseqüências decorrentes da participação fraudulenta de microempresas e empresas de pequeno porte em licitações públicas à luz da atual jurisprudência do Tribunal de Contas da União. Para tanto, parte-se de uma análise dos benefícios concedidos às micro e pequenas empresas nas licitações públicas, consoante previsões da Lei Complementar 123/2006. Em seguida, o estudo cuida dos aspectos procedimentais necessários ao enquadramento, desenquadramento e reenquadramento das empresas na condição de microempresas ou empresas de pequeno porte, na esteia das regras previstas no Decreto nº. 6.204/2007 e na Instrução Normativa nº.103/2007 do Departamento Nacional de Registro de Comércio (DNRC). Por fim, constata-se que a jurisprudência do Plenário do Tribunal de Contas da União aponta no sentido de que a participação de falsas microempresas e empresas de pequeno porte em licitações configura fraude à licitação, ensejando a *aplicação de declaração de inidoneidade*.

PALAVRAS-CHAVE: Microempresas. Empresas de pequeno porte. Benefícios. Licitações. Tribunal de Contas da União. Fraude. Declaração de inidoneidade.

KEYWORDS: Microenterprises. Small businesses. Benefits. Tenders. Court of Audit Fraud. Declaration of unfitness.

INTRODUÇÃO

Preocupado com o desenvolvimento nacional e objetivando fomentar o crescimento econômico, o constituinte consignou no texto constitucional a necessidade de ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte tratamento diferenciado.

O assento constitucional conferido ao assunto materializou-se no artigo 170¹, ali consignando-se que a ordem econômica deve guiar-se, entre outros, pelo tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

A previsão foi reforçada mais adiante, no artigo 179, prevendo-se que “A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.”.

Essas disposições certamente refletem a proposta de que a ordem jurídica deve atribuir compensações aos economicamente hipossuficientes. Partindo-se da premissa de que as grandes empresas são dotadas de poder econômico muito mais elevado do que se passa no âmbito dos pequenos empreendimentos e objetivando recompor o equilíbrio entre os titulares dos diferentes empreendimentos, a Constituição previu explicitamente a adoção de providências destinadas a assegurar a sua proteção².

Noutro norte, evidentemente a proteção às pequenas empresas se faz não apenas no interesse individual dos seus titulares, mas sobretudo para ampliação da competição. Presume-se que a participação de pequenas empresas no mercado pode neutralizar os efeitos indesejáveis

1 Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995](#))

2 JUSTEN FILHO, Marçal. *O Estatuto da Microempresa e as licitações públicas*: (comentários aos artigos da lei complementar nº 123 atinentes a licitações públicas). São Paulo: Dialética, p.20, 2007.

de monopólios e oligopólios e, sob esse prisma, a tutela da pequena empresa reflete-se na promoção de interesses coletivos e difusos³.

Pois bem, em obediência ao comando constitucional, especialmente o contido no artigo 146, alínea “d”⁴, concretizou-se o tratamento diferenciado via Lei Complementar 123/2006, que instituiu o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte e criou normas gerais para o tratamento diferenciado e favorecido propugnado pela Constituição, especialmente no que se refere à apuração e recolhimento dos impostos e contribuições da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, mediante regime único de arrecadação, ao cumprimento de obrigações trabalhistas e previdenciárias, ao acesso a crédito e ao mercado, inclusive quanto à preferência nas aquisições de bens e serviços pelos Poderes Públicos, à tecnologia, ao associativismo e às regras de inclusão⁵.

De acordo com essa legislação, elegeu-se como critério de enquadramento como microempresa e empresa de pequeno porte, entre outros, o faturamento auferido.

3 Idem.

4 Art. 146. Cabe à lei complementar:

[...]

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

d) definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, inclusive regimes especiais ou simplificados no caso do imposto previsto no art. 155, II, das contribuições previstas no art. 195, I e §§ 12 e 13, e da contribuição a que se refere o art. 239. [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003\)](#)

5 Sobre a Constitucionalidade do tratamento diferenciado disciplinado pela LC 123/2006, assim manifestou-se o Plenário do TCU quando da prolação do Acórdão 1.231/2008, Relator Ministro Guilherme Palmeira: “[...] Nada obstante a existência do preceito constitucional da realização de licitação para as contratações públicas com o objetivo de melhor atendimento ao interesse público, assegurado o tratamento isonômico entre os participantes, não há que se olvidar que é também princípio constitucional o tratamento favorecido às empresas de pequeno porte (CF/88, arts. 170, IX e 179), com o justo intuito de alçar à condição de iguais sujeitos desiguais.

Creio que esses princípios não se antagonizam, ao contrário. Formam um todo harmônico em busca, justamente, da almejada isonomia, da igualdade.

Penso, ainda, não ter sido outro o espírito com que o legislador ordinário promulgou a LC 123/2006, estabelecendo as normas gerais relativas ao tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e o Executivo baixou o Decreto 6204/2007, regulamentando o tratamento favorecido, diferenciado e simplificado a ser aplicado aos entes em questão nas contratações públicas no âmbito da Administração Federal.

Além do mais, como bem assentou o representante do parquet, o atendimento ao interesse público visado pelo instituto da licitação, lato sensu, compreende não só a melhor proposta financeira, mas também fomentar a ampliação da oferta de bens e serviços, inibindo a formação de estruturas anômalas de mercado. Dessa forma, não vejo como prosperar a tese de inconstitucionalidade aventada [...]”.

Em breve síntese, qualificam-se como microempresas aquelas que auferem, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais). Já para qualificação como empresa de pequeno porte a receita bruta deve ser superior ao limite acima e igual ou inferior a R\$ 2.400.000,00 (dois milhões e quatrocentos mil reais)⁶.

Além de dispor predominantemente sobre temas de natureza previdenciária, a Lei Complementar também avançou sobre outras áreas do Direito, contendo regramentos que abrangem o Direito do Trabalho, o Direito Processual e o Direito Administrativo.

Quanto a este último ramo, especificamente em seus artigos 42 a 49, a norma complementar disciplinou a incidência do tratamento diferenciado e simplificado em sede de aquisições públicas e previu a sua aplicação em contratações promovidas pela União, Estados e Municípios, desde que previsto e regulamentado na legislação do respectivo ente. Possibilitou-se, inclusive, a realização de processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nas contratações cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (artigo 48, I).

No âmbito da Administração Pública Federal, a regulamentação dos dispositivos citados ficou a cargo do Decreto nº. 6.204, de 05 de setembro de 2007.

Em campo de licitações públicas, porém, a prática tem revelado abuso das facilidades legais por parte de empresas que, a despeito de não se enquadrarem na condição exigida pela legislação para fruição do tratamento diferenciado, concorrem em certames promovidos pela Administração Pública valendo-se dessa condição, sendo que as conseqüências daí advindas encerram o foco precípua deste artigo.

Antes de abordar o cerne da questão, porém, faz-se valiosa a abordagem de alguns tópicos preliminares que seguem.

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

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

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

1 BENEFÍCIOS CONFERIDOS ÀS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE EM LICITAÇÕES

Em linhas gerais, a norma complementar concebeu quatro instrumentos tendentes a ampliar as oportunidades de acesso das pequenas empresas aos contratos administrativos, a saber: a) prazo especial para comprovação de regularidade fiscal, na etapa de habilitação do procedimento licitatório; b) empate ficto com a proposta da empresa de maior porte, se o valor da proposta da pequena ou micro empresa for até 10% superior ao daquela, ou de até 5% na modalidade pregão; c) emissão de cédula de crédito microempresarial pela micro ou pequena empresa que, sendo titular de direito a crédito empenhado e liquidado, não o receba em pagamento pela Administração em até trinta dias, contados da data da liquidação e d) concessão de tratamento diferenciado e simplificado por meio do qual as pequenas e micro empresas podem disputar licitações destinadas exclusivamente a elas⁷.

Relativamente à emissão de cédula de crédito, em verdade, não diz respeito ao processo de licitação, mas uma etapa posterior a este, atinente à liquidação e pagamento da despesa.

No que concerne à comprovação postergada da regularidade fiscal e a preferência em caso de empate ficto de propostas, assim preceitua a LC 123/2006, *verbis*:

Art. 42. Nas licitações públicas, a comprovação de regularidade fiscal das microempresas e empresas de pequeno porte somente será exigida para efeito de assinatura do contrato.

[...]

Art. 44. Nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte.

§ 1º Entende-se por empate aquelas situações em que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 10% (dez por cento) superiores à proposta mais bem classificada.

7 PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres, RESTELLATO DOTTI, Marinês. *O tratamento diferenciado às microempresas, empresas de pequeno porte e sociedades cooperativas nas contratações públicas, segundo as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados acolhidos na Lei Complementar n.123/06 e no Decreto Federal n.6.204/07*. In: *BCL: Boletim de licitações e Contratos*, v.21, n.7, p.667, jul.2008.

§ 2º Na modalidade de pregão, o intervalo percentual estabelecido no § 1º deste artigo será de até 5% (cinco por cento) superior ao melhor preço.

Art.45. Para efeito do disposto no art. 44 desta Lei Complementar, ocorrendo o empate, proceder-se-á da seguinte forma:

I - a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada poderá apresentar proposta de preço inferior àquela considerada vencedora do certame, situação em que será adjudicado em seu favor o objeto licitado:

II - não ocorrendo a contratação da microempresa ou empresa de pequeno porte, na forma do inciso I do caput deste artigo, serão convocadas as remanescentes que porventura se enquadrem na hipótese dos §§ 1º e 2º do art. 44 desta Lei Complementar, na ordem classificatória, para o exercício do mesmo direito;

III - no caso de equivalência dos valores apresentados pelas microempresas e empresas de pequeno porte que se encontrem nos intervalos estabelecidos nos §§ 1º e 2º do art. 44 desta Lei Complementar, será realizado sorteio entre elas para que se identifique aquela que primeiro poderá apresentar melhor oferta.

§ 1º Na hipótese da não-contratação nos termos previstos no caput deste artigo, o objeto licitado será adjudicado em favor da proposta originalmente vencedora do certame.

§ 2º O disposto neste artigo somente se aplicará quando a melhor oferta inicial não tiver sido apresentada por microempresa ou empresa de pequeno porte.

§ 3º No caso de pregão, a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada será convocada para apresentar nova proposta no prazo máximo de 5 (cinco) minutos após o encerramento dos lances, sob pena de preclusão.

Consoante doutrina de Marçal Juste Filho⁸, a regularização fiscal tardia significa que a ME ou EPP pode participar da licitação mesmo desprovida dos documentos comprobatórios de sua regularidade fiscal. Logrando êxito no certame, ser-lhe-á assegurada

8 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 13. ed. São Paulo: Dialética, p.84, 2009.

oportunidade de ofertar a documentação necessária em momento anterior à contratação.

A lição nesse sentido, porém, pode conduzir ao equivocado entendimento de que, na fase de habilitação, deve ser apresentada somente a documentação referente à comprovação da regularidade jurídica, técnica e/ou econômica da microempresa ou empresa de pequeno porte, mas não à comprovação da regularidade fiscal, que seria postergada para momento anterior à assinatura do termo de contrato.

A bem da verdade, a microempresa ou empresa de pequeno porte participante do certame deve encaminhar toda a documentação exigida no edital com vista a sua habilitação, inclusive aquela pertinente a sua regularidade fiscal.

Não obstante, caso haja alguma restrição na comprovação da regularidade fiscal, o §1º do artigo 43 da LC 123/2006 assegura-lhes prazo para fins de regularização da documentação cujo termo inicial corresponderá ao momento em que forem declaradas vencedoras da licitação⁹.

Esse mesmo entendimento é perfilhado por Jessé Torres Pereira Júnior¹⁰, para quem esta última interpretação veio a prevalecer no disposto nos parágrafos 1º e 4º do artigo 4º do Decreto nº 6.204/2007, segundo os quais, na fase de habilitação, deve ser apresentada e conferida toda a documentação.

Já a preferência em empate ficto se dá naquelas ocasiões em que a proposta de uma microempresa ou empresa de pequeno porte superar em até 10% o valor daquela de menor valor (desde que tenha essa sido apresentada por um licitante que não se qualifique como MP ou EPP). Nessa hipótese, a legislação considera existir um empate e assegura à ME ou EPP a faculdade de formular um lance de desempate¹¹.

9 FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de licitações e contratos administrativos*. 2. ed. rev.ampl.Belo Horizonte: Fórum, p.248, 2009.

10 PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres, RESTELLATO DOTTI, Marinês. *O tratamento diferenciado às microempresas, empresas de pequeno porte e sociedades cooperativas nas contratações públicas, segundo as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados acolhidos na Lei Complementar n.123/06 e no Decreto Federal n.6.204/07*. In: BCL: Boletim de licitações e Contratos, v.21, n.7, p.679, jul.2008.

11 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 13. ed.São Paulo: Dialética, p.84, 2009.

Esses dois mecanismos de preferência incidem independentemente de previsão específica no ato convocatório. São, por assim dizer, auto-aplicáveis.

A Advocacia-Geral da União, a propósito, editou a Orientação Normativa N° 07, de 1° de abril de 2009, sedimentando o entendimento de que “O tratamento favorecido de que tratam os arts. 43 a 45 da Lei Complementar N° 123, de 2006, deverá ser concedido às microempresas e empresas de pequeno porte independentemente de previsão editalícia”.

De acordo com a AGU, o artigo 49 da Lei Complementar 123 apenas consignou que os critérios de tratamento diferenciado estipulados no nos artigos 47 e 48 não são auto-aplicáveis, dependendo de expressa previsão do ato convocatório, e, a contrario sensu, as disposições dos artigos 43, 44 e 45 são aplicáveis *ex vi legis*, independentemente de previsão específica no edital, entendimento este que, inclusive, já foi encampado pelo Plenário do Tribunal de Contas da União¹².

Não se pode olvidar, por fim, que a legislação complementar também trouxe outra especificidade relativamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte em licitações, dentre as quais destaca-se, exemplificativamente, a previsão de licitações diferenciadas.

Conforme doutrina de Marçal Justen Filho¹³, a LC 123/2006 faculta a realização de licitações diferenciadas em três categorias, nas quais se consagra o tratamento discriminatório favorável às ME ou EPP. A primeira consiste na licitação destinada à participação exclusiva de ME ou EPP, quando o objeto apresentar valor de até R\$ 80.000,00. A segunda envolve o fracionamento do objeto da licitação, assegurando-se que uma parcela do objeto seja disputada exclusivamente por ME ou EPP. A terceira refere-se à subcontratação compulsória de parte do objeto licitado, de modo que os licitantes sejam constrangidos a recorrer a ME ou EPP para executar parte da prestação objeto do contrato.

12 Acórdão 2.144/2007-Plenário. Ministro Relator Aroldo Cedraz. DOU de 15/10/2007.

[...] 4. A existência da regra restringido a aplicação dos arts. 47 e 48 e ausência de restrição no mesmo sentido em relação aos arts. 44 e 45 conduzem à conclusão inequívoca de que esses últimos são aplicáveis em qualquer situação, independentemente de se encontrarem previstos nos editais de convocação.

5. Vê-se, portanto, que não houve mera omissão involuntária da lei. Ao contrário, caracterizou-se o silêncio eloquente definido pela doutrina. [...].

13 JUSTEN FILHO, op. cit., p.85, 2009.

2 ENQUADRAMENTO/DESENQUADRAMENTO/REENQUADRAMENTO: PROCEDIMENTOS

Evidentemente que o gozo dos benefícios legais retro referidos exige o regular enquadramento da empresa interessada como microempresa ou empresa de pequeno porte.

Nos termos do Decreto nº. 6.204/2007, que regulamentou o tratamento favorecido no âmbito da Administração Pública Federal, o enquadramento na condição merecedora dos privilégios legais opera-se mediante declaração da parte interessada, sob as penas da lei, de que cumpre os requisitos legais para qualificar-se como microempresa ou empresa de pequeno porte¹⁴.

Esmiuçando a questão, a Instrução Normativa nº 103/2007, do Departamento Nacional de Registro de Comércio (DNRC)¹⁵, dispõe que

Art. 1º O enquadramento, reenquadramento e desenquadramento de microempresa e

empresa de pequeno porte pelas Juntas Comerciais será efetuado, conforme o caso, mediante arquivamento de declaração procedida pelo empresário ou sociedade em instrumento específico para essa finalidade.

Extrai-se da leitura do dispositivo que o enquadramento, o desenquadramento e o reenquadramento da empresa estão estritamente vinculados à emissão de declaração específica para esta finalidade que deverá conter, entre outros, requerimento dirigido ao Presidente da Junta Comercial da unidade da federação em que se localiza, no sentido de que seja ela arquivada, bem como dados específicos da parte interessada, tais como nome empresarial, endereço, data de registro de ato constitutivo, etc.

14 Art. 11. Para fins do disposto neste Decreto, o enquadramento como microempresa ou empresa de pequeno porte dar-se-á nas condições do Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte, instituído pela [Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006](#), em especial quanto ao seu [art. 3º](#), devendo ser exigido dessas empresas a declaração, sob as penas da lei, de que cumprem os requisitos legais para a qualificação como microempresa ou empresa de pequeno porte, estando aptas a usufruir do tratamento favorecido estabelecido nos [arts. 42 a 49](#) daquela Lei Complementar.

15 Dispõe sobre o enquadramento, reenquadramento e desenquadramento de microempresa e empresa de pequeno porte, constantes da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, nas Juntas Comerciais.

Em razão disso é que Marçal Justen Filho¹⁶ defende que o ônus da prova do preenchimento dos requisitos para fruição do benefício é do interessado. Aquele que pretende valer-se das preferências contempladas na LC nº 123 deverá comprovar a titularidade dos requisitos necessários, ao passo que o ônus da prova dos fatos modificativos, impeditivos ou extintivos do direito do terceiro fruir os benefícios recairá sobre quem argüir a existência de tais fatos.

Reitere-se que assim como o enquadramento, o desenquadramento, seja por ato voluntário, seja por configura-se uma das situações impeditivas previstas no §4º do artigo 3º da LC 123/2006¹⁷, será levado a efeito mediante declaração da empresa interessada¹⁸.

16 JUSTEN FILHO, Marçal. *O Estatuto da Microempresa e as licitações públicas*: (comentários aos artigos da lei complementar nº 123 atinentes a licitações públicas). São Paulo: Dialética, p.37-38, 2007.

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

[...]

§ 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:

I - de cujo capital participe outra pessoa jurídica;

II - que seja filial, sucursal, agência ou representação, no País, de pessoa jurídica com sede no exterior;

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;

IV - cujo titular ou sócio participe com mais de 10% (dez por cento) do capital de outra empresa não beneficiada por esta Lei Complementar, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do caput deste artigo;

V - cujo sócio ou titular seja administrador ou equiparado de outra pessoa jurídica com fins lucrativos, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do caput deste artigo;

VI - constituída sob a forma de cooperativas, salvo as de consumo;

VII - que participe do capital de outra pessoa jurídica;

VIII - que exerça atividade de banco comercial, de investimentos e de desenvolvimento, de caixa econômica, de sociedade de crédito, financiamento e investimento ou de crédito imobiliário, de corretora ou de distribuidora de títulos, valores mobiliários e câmbio, de empresa de arrendamento mercantil, de seguros privados e de capitalização ou de previdência complementar;

IX - resultante ou remanescente de cisão ou qualquer outra forma de desmembramento de pessoa jurídica que tenha ocorrido em um dos 5 (cinco) anos-calendário anteriores;

X - constituída sob a forma de sociedade por ações.

18 Decreto 6.204/2007:

Art. 4º Após o enquadramento como microempresa ou empresa de pequeno porte, ocorrendo uma das situações impeditivas para enquadramento previstas nos incisos do § 4º do art. 3º da Lei Complementar nº 123, de 2006, a sociedade empresária e o empresário deverão arquivar declaração de desenquadramento na Junta Comercial.

Portanto, vê-se que inexistem maiores entraves burocráticos à obtenção da qualificação/desqualificação como microempresa ou empresa de pequeno porte, que se resume, como visto, a simples declaração do empresário ou sociedade empresária interessados.

Daí mostra-se legítima a afirmação de que se trata de ato de natureza eminentemente declaratória, de iniciativa de quem pretende se beneficiar da situação.

3 MICROEMPRESAS/EMPRESAS DE PEQUENO PORTE EM LICITAÇÕES: CONSEQUÊNCIAS DA PARTICIPAÇÃO FRAUDULETA À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO TCU

Assentadas as premissas, mostra-se viável o enfrentamento do assunto a que se propõe esse artigo.

Como registrado por ocasião da introdução, não é rara a participação em certames licitatórios de empresas que, apesar de não se qualificarem como microempresas e empresas de pequeno porte, valem-se indevidamente dessa condição, obtendo, a partir daí, benefícios indevidos em flagrante detrimento dos demais concorrentes.

Obviamente as situações aqui tratadas não dizem respeito àquelas em que a licitante que se sagrou vencedora do certame vem, em momento posterior à contratação, desenquadrar-se da situação de microempresa ou empresa de pequeno porte, até porque, nessas específicas situações, a própria LC 123/2006 ressalva a regularidade das contratações anteriormente firmadas, conforme artigo 3º, §§ 3º e 9º¹⁹.

Feita a ressalva, tem-se que a questão assume relevância diante dos objetivos legislativos que nortearam a previsão das benesses direcionadas às microempresas e empresas de pequeno porte (promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal

Art. 5º A Junta Comercial, verificando que a sociedade empresária ou o empresário enquadrado na condição de microempresa ou empresa de pequeno porte incorreu em alguma das situações impeditivas para enquadramento previstas nos incisos do § 4º do art. 3º da Lei Complementar nº 123, de 2006, promoverá o seu desenquadramento.

Art. 6º Quando a sociedade empresária ou o empresário não tiver interesse em continuar enquadrado na condição de microempresa ou empresa de pequeno porte, promoverá o arquivamento, pela Junta Comercial, de declaração de desenquadramento.

19 Instrução Normativa nº 103/2007/DNRC: Art. 8º A comprovação da condição de microempresa ou empresa de pequeno porte pelo empresário ou sociedade será efetuada mediante certidão expedida pela Junta Comercial.

e regional, ampliação da eficiência das políticas públicas e incentivo à inovação tecnológica, entre outros), não se podendo admitir sejam elas direcionadas a empresas que não detêm efetivamente a condição exigida pela lei, sob pena de violar-se frontalmente o espírito da legislação e desvirtuar-se, inclusive, a norma constitucional incidente.

De tal forma, a situação assim desenhada demanda enquadramento legal rigoroso.

É bem verdade que a situação fraudulenta pode configurar-se em variadas situações, seja quando, valendo-se da condição de microempresas ou empresas de pequeno porte, a licitante é destinatária dos benefícios de comprovação tardia da regularidade fiscal ou de desempate ficto de propostas, seja quando concorre em certame destinado exclusivamente às microempresas e empresas de pequeno porte sem ostentar efetivamente essa condição.

E assim ocorre porque a disciplina legal atualmente vigente, sem sombra de dúvidas, é propícia à atuação fraudulenta, que encontra brecha, entre outros, na forma como se comprova o enquadramento, mediante certidão expedida pela Junta Comercial²⁰, documento este que, por sua vez, funda-se na declaração prestada pela própria parte interessada, conforme anotado acima.

Nesse sentido, ao não atualizar a sua situação perante a Junta Comercial competente, vale dizer, ao não requerer o desenquadramento, e lançar-se em licitação ostentando a condição indevida, a empresa comete fraude, nos termos em que prevista criminalmente pelo artigo 90 da Lei n.º. 8.666/93:

Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação:

Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Nessa linha de raciocínio, lastreado no entendimento de que a responsabilidade pela exatidão, atualização e veracidade dessas declarações é exclusivamente das empresas licitantes que as fornecem à Administração, em recente julgado o Tribunal de Contas da União houve

20 Acórdão n.º 3.381/2010-Plenário, Relator Walton Alencar Rodrigues, D.O.U. de 16/12/2010.

por julgar fraudulenta a participação de empresa cujo faturamento no ano anterior ao da realização do certame havia ultrapassado os limites estabelecidos pelo artigo 3º da LC 123/2006²¹. Confira-se o seguinte trecho da manifestação da unidade técnica da Corte:

[...] 26. No caso em tela, constatou-se, com base nas pesquisas realizadas nos sistemas informatizados da Administração Pública (Siafi, Siasg, ComprasNet), que a empresa Vencini, apesar de ter faturamento bruto superior ao limite estabelecido pela Lei Complementar 123/2006 (R\$ 2.400.000,00), venceu licitações na qualidade de EPP (item 20 desta instrução), tendo, portanto, se beneficiado indevidamente dessa condição, desvirtuando, com isso, o espírito da citada lei. Tal fato é fundamentado na apuração feita com base no somatório de Ordens Bancárias (OBs) recebidas pela empresa no ano anterior ao das licitações em que se sagrou vencedora (R\$ 3.519.524,08 em 2007 - ver quadro nas fls. 68/83).

27. Essa constatação indica fraude à licitação, conforme previsão do art. 90 da Lei 8.666/93: [...]

Posição idêntica foi acolhida pelo Tribunal ao prolatar o Acórdão 3217/2010-Plenário, em que constatou-se que a empresa CEFA 3 Comércio e Prestação de Serviços Ltda. (CNPJ 05.575.863/0001-00), além de ter recebido de órgãos federais, no ano de 2007, a quantia equivalente a R\$6.242.705,97, no ano seguinte, além de não formular, perante a Junta Comercial competente, o devido pedido de desenquadramento da situação de empresa de pequeno porte, logrou êxito em inúmeras licitações, restritas à participação de ME e EPP.

Diante dessa situação, o Tribunal julgou que:

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

[...]”Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação:

Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.”

21 Acórdão nº 3.381/2010-Plenário, Relator Walton Alencar Rodrigues, D.O.U. de 16/12/2010.

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

Igual postura foi adotada pelo Plenário da Corte de Contas Federal em diversos outros julgamentos²², sinalizando consolidação de entendimento nesse sentido.

E, uma vez configurada a fraude ao certame, a sanção que tem sido aplicada reiteradamente pelo Plenário do TCU tem sido a declaração de inidoneidade prevista no artigo 87, inciso IV, da Lei nº. 8.666/93, como se colhe dos trechos de recentes julgamentos:

[...] A informação da perda da condição de ME ou EPP, por ser ato declaratório, era responsabilidade da empresa Sanda que, por não a ter feito e por ter auferido indevidamente dos benefícios da LC 123/2006, ação que caracteriza fraude à licitação, ato grave que enseja declaração de inidoneidade para participar de licitações da administração pública federal, cujo prazo fixo em um ano, com fulcro no art. 46 da Lei nº 8.443/1992. [...] Acórdão 1.972/2010, Relator Ministro Walton Alencar Rodrigues, D.O.U. de 19/08/2010.

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

declarar, com fundamento no art. 46 da Lei nº 8.443/1992 e no inciso IV do art. 87, c/c o inciso III do art. 88 da Lei nº 8.666/1993, a inidoneidade da empresa Rub Car Comércio de Autopeças e Fundação Ltda. (CNPJ 59.350.124/0001-40) para licitar e contratar com a Administração Pública, por período de até cinco anos, por ter vencido licitações destinadas exclusivamente à participação de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, sendo que seu faturamento bruto no ano anterior ao dos certames era superior ao limite previsto no art. 3º da Lei Complementar nº 123/2006 (item 33 desta instrução);

²² Nesse sentido: Acórdão nº 1.972/2010-Plenário/ Acórdão nº 2.846/2010-Plenário/Acórdão 2.578/2010-Plenário.

com fundamento nos arts. 33 e 34 da Resolução-TCU nº 191/2006, apensar definitivamente o presente processo à representação que lhe deu origem (TC 027.230/2009-3); [...] Acórdão 2.578/2010-Plenário, Relator Ministro Walton Alencar Rodrigues, D.O.U. de 04/10/2010.

[...] 9.2 declarar, com fundamento no art. 46 da Lei nº 8.443/1992 e no inciso III do art. 88 da Lei nº 8.666/1993, a inidoneidade da empresa Premier Produtos Alimentícios Ltda. (CNPJ 01.392.601/0001-50), para licitar e contratar com a Administração Pública, pelo período de seis meses, por ter vencido licitações destinadas exclusivamente à participação de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, não obstante ostentar faturamento bruto superior ao limite previsto no art. 3º da Lei Complementar nº 123/2006; [...] Acórdão 2.846/2010-Plenário, Relator Ministro Walton Alencar Rodrigues, D.O.U. de 01/11/2010.

Como visto, a Corte fundamenta a aplicação de sanção desse porte na disposição contida no artigo 46 da Lei nº. 8.443/92²³, segundo o qual “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 Supremo Tribunal Federal, a propósito, já manifestou-se no sentido de que a previsão contida no artigo 46 citado não se confunde com aquela do artigo 87 da Lei nº. 8.666/93, conforme se vê da ementa do seguinte julgado²⁴:

EMENTA: Conflito de atribuição inexistente: Ministro de Estado dos Transportes e Tribunal de Contas da União: áreas de atuação diversas e inconfundíveis. 1. A atuação do Tribunal de Contas da União no exercício da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial das entidades administrativas não se confunde com aquela atividade fiscalizatória realizada pelo próprio órgão administrativo, uma vez que esta atribuição decorre da de controle interno insito a cada Poder e aquela, do controle externo a cargo do Congresso Nacional (CF, art. 70). 2. O poder outorgado pelo legislador ao TCU, de declarar, verificada a ocorrência de fraude comprovada à licitação, a inidoneidade do licitante fraudador para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública

23 Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União.

24 AgRg na Pet. nº 3.606, Plenário, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 27/10/2006.

Federal (art. 46 da L. 8.443/92), não se confunde com o dispositivo da Lei das Licitações (art. 87), que - dirigido apenas aos altos cargos do Poder Executivo dos entes federativos (§ 3º) - é restrito ao controle interno da Administração Pública e de aplicação mais abrangente. 3. Não se exige, sob essa perspectiva, a autoridade administrativa sujeita ao controle externo de cumprir as determinações do Tribunal de Contas, sob pena de submeter-se às sanções cabíveis. 4. Indiferente para a solução do caso a discussão sobre a possibilidade de aplicação de sanção - genericamente considerada - pelo Tribunal de Contas, no exercício do seu poder de fiscalização, é passível de questionamento por outros meios processuais

A posição seguida pela Corte é alvo de críticas na doutrina de Marçal Justen Filho²⁵, para quem:

A orientação consagrada pelo STF não se afigura como a mais correta, com todo o respeito. Os pressupostos de aplicação do dispositivo são necessariamente os mesmos. A decisão do STF poderia conduzir ao resultado despropositado de dupla punição imposta a um mesmo sujeito, em virtude da prática do mesmo ato. Basta considerar que a aplicação da sanção por parte do TCU apenas pode ser cogitada se o referido sancionamento não foi aplicado no âmbito da Administração contratante. O máximo que se poderia cogitar seria uma interpretação integrativa, que reconhecesse que a competência para impor a sanção em questão é atribuída não apenas às autoridades referidas na Lei nº 8.666, mas também ao TCU - tornando a competência sancionatória exercitável quando a apuração da conduta reprovável ocorrer no curso da atividade desempenhada pelo dito Tribunal.

Discussão à parte, certo é que o entendimento do TCU, no que se refere ao porte da sanção aplicada em casos que tais, encontra abrigo também no artigo 88, inciso III, da Lei nº 8.666/93, que reza ser possível a aplicação da declaração de inidoneidade às empresas que demonstrem não possuir idoneidade para contratar com a Administração em virtude de atos ilícitos praticados²⁶.

25 JUSTEN FILHO, op.cit., p.859, 2007.

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

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

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

E, não bastasse a existência das previsões legais elencadas, a aplicação da declaração de inidoneidade às falsas microempresas ou empresas de pequeno porte coaduna-se certamente com o escopo dessa penalidade, direcionada àqueles que cometem infrações dotadas de maior reprovabilidade.

Com efeito, evidentemente o rol das penalidades descritas no artigo 87 da Lei de Licitações e Contratos está organizado em ordem crescente de gravidade, de modo que²⁷

[...] para as pequenas infrações que não tenham causado qualquer dano, a Administração deve aplicar a pena de advertência. Para a eventualidade de reincidência no cometimento de pequenas infrações mais rigorosas, mas que não justifiquem a rescisão do contrato, a pena indicada é a multa. Sempre que houver violação de cláusula do contrato que justifique sua rescisão, deve ser aplicada a pena de suspensão temporária. *Em hipótese de fraude praticada pelo contratado*, de que seria exemplo a juntada ao processo de declarações falsas com o propósito de receber pagamento por serviços não executados, deve ser aplicada a pena mais rigorosa, a declaração de inidoneidade. (grifos nossos).

Porém, as conseqüências da participação fraudulenta em licitações não se resumem à aplicação da declaração de inidoneidade. Do ato ilícito praticado também decorre o envio de comunicação ao Ministério Público Federal para apuração de eventuais responsabilidades e à Secretaria da Receita Federal do Brasil/MF para as providências cabíveis, medidas estas que igualmente vêm sendo adotadas pelo TCU em seus julgados.

4 CONCLUSÃO

Em síntese, a atual jurisprudência do Plenário do Tribunal de Contas da União aponta no sentido de que a participação de falsas microempresas e empresas de pequeno porte em licitações levadas a efeito pelo Poder Público configura fraude ao certame, na forma como prevista pelo artigo 90 da Lei nº. 8.666/93, ensejando a aplicação de declaração de inidoneidade.

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

27 FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Licitações e Contratos Administrativos*. 2.ed. rev e ampl. Belo Horizonte: Fórum, p.460, 2009.

REFERÊNCIAS

BIANCHI, Lucimara. Reflexões sobre as alterações promovidas pela Lei Complementar nº 123/2006 nas licitações públicas. In: *Fórum de Contratação e Gestão Pública*, v.8, n.87, p.7-45, mar.2009.

BITTENCOURT, Sidney. O Tratamento diferenciado dado às microempresas e empresas de pequeno porte no pregão (Lei Complementar nº 123/2006). In: *Fórum de Contratação e Gestão Pública*. Editora Fórum, ano 9, n.97, p.51/54, jan.2010.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 15/032011.

DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 26. ed. rev.e atual. Malheiros, 2006.

FERNANDES, Jacoby. *Vade-mécum de licitações e contratos: legislação selecionada e organizada com jurisprudência, notas e índices*. 3. ed. rev., atual., e ampl. 5. reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Licitações e Contratos Administrativos*. 2.ed. rev e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. *O Estatuto da Microempresa e as licitações públicas: (comentários aos artigos da lei complementar nº 123 atinentes a licitações públicas)*. São Paulo: Dialética, p.20, 2007.

JUSTEM FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de licitações e contratos administrativos*. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres, RESTELLATO DOTTI, Marinês. *O tratamento diferenciado às microempresas, empresas de pequeno porte e sociedades cooperativas nas contratações públicas, segundo as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados acolhidos na Lei Complementar n.123/06 e no Decreto Federal n.6.204/07*. In: BCL: Boletim de licitações e Contratos, v.21, n.7, p.667-682, jul.2008.

