

GRUPO I – CLASSE I – Plenário
TC 007.807/2022-8.

Natureza: Pedido de reexame (Representação).

Órgãos/Entidades: Comando do Exército – DF, Instituto de Tecnologia em Fármacos – MS – RJ, Laboratório Farmacêutico da Marinha – RJ, Laboratório Químico Farmacêutico do Exército – RJ, Comando da Marinha – DF e Comando da Aeronáutica – DF.

Responsável: Sulminas Suplementos e Nutrição Ltda. (22.528.133/0001-78).

Representação legal: Fabio Santos Macedo (OAB/RJ 143.718); Leonardo Barifouse de Souza (OAB/RJ 143.185), e Priscila da Silva Monção (OAB/RJ 228.502).

SUMÁRIO: PEDIDO DE REEXAME EM REPRESENTAÇÃO. USO INDEVIDO DA CONDIÇÃO DE MICROEMPRESA. FRAUDE À LICITAÇÃO. DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE. APELOS RECURSAIS INSUFICIENTES. CONHECIMENTO. NEGATIVA PROVIMENTO.

RELATÓRIO

Adoto como relatório, com ajustes de forma apenas, a instrução da Unidade de Auditoria Especializada em Recursos (AudRecursos), a seguir transcrita (peça 68), cujos encaminhamentos foram acompanhados pelo Auditor-chefe da unidade (peça 69):

INTRODUÇÃO

1. Trata-se de pedido de reexame interposto por Sulminas Suplementos e Nutrição Ltda. (peça 59) contra o Acórdão 2162/2022-TCU-Plenário (peça 54, Rel. Min. Benjamin Zymler).

1.1. A deliberação recorrida apresenta o seguinte teor:

9.1. conhecer da representação, com fulcro nos arts. 235 e 237, inciso VI, do Regimento Interno do TCU, para, no mérito, considerá-la procedente;

9.2. declarar a inidoneidade da empresa Sulminas Suplementos e Nutrição Ltda., com fundamento no art. 46 da Lei 8.443/1992, para participar de licitação e contratar com a Administração Pública Federal ou de certame no qual haja utilização de recursos federais, pelo prazo de 1 (um) ano;

9.3. dar ciência desta deliberação à referida empresa; e

9.4. arquivar os presentes autos, nos termos do art. 169, III, do Regimento Interno/TCU.

HISTÓRICO

2. Originam-se os autos de representação autuada de forma apartada ao TC 022.765/2020-4, para apurar possíveis fraudes cometidas pela empresa Sulminas Suplementos e Nutrição Ltda. ME, relativamente à sua participação em diversas licitações realizadas pelo Laboratório Químico Farmacêutico do Exército, pelo Laboratório Farmacêutico da Marinha/RJ, pelo Centro de Aquisições Específicas e pelo Instituto de Tecnologia em Fármacos – MS.

3. As irregularidades baseiam-se no fato de que o Sr. Marcelo Luis Mazzaro, possuía, respectivamente, 10% e 90% de cotas sociais das empresas Sulminas Suplementos e Nutrição Ltda. ME e Sul de Minas Ingredientes Ltda. ME, cuja soma das receitas brutas atingiu, nos anos de 2018, 2019 e 2020, os valores de R\$

5.271.676,62, R\$ 7.029.512,03 e R\$ 12.329.974,07, superando, portanto, o limite legal estabelecido para enquadramento como Empresa de Pequeno Porte (EPP).

4. Foi promovida realização de oitiva da Sulminas, nos seguintes termos:

“a.1) Irregularidade: Participação indevida com o usufruto do tratamento jurídico previsto na Lei Complementar 123/2006 nos pregões eletrônicos: 9/2019 e 4/2020 do Laboratório Químico Farmacêutico do Exército; 37 e 38/2018, 36/2019, 6/2020 e 5/2021, todos do Laboratório Farmacêutico da Marinha/RJ; 25/2019 do Centro de Aquisições Específicas, e 18, 59, 64, 83, 87, 111, 114, 116, 124 e 125/2019, 2, 3, 36, 83, 93 e 105/2020, 23 e 38/2021, todos do Instituto de Tecnologia em Fármacos, por apresentar as condições vedadas no art. 3º, § 4º, inciso IV da referida lei.

a.2) Conduta: a empresa Sulminas Suplementos e Nutrição Ltda ME, como licitante nos pregões acima listados, participou indevidamente de certames usufruindo o tratamento jurídico previsto na Lei Complementar 123/2006, mesmo apresentando as condições proibitivas estabelecidas no art. 3º, § 4º, inciso IV, da referida lei”.

5. Após a análise da manifestação da nominada, a SecexDefesa concluiu pela sua rejeição, posto que participou de diversos certames licitatórios, usufruindo da condição de empresa de pequeno porte, apesar de incorrer na vedação expressa do art. 3º, § 4º, inc. IV, da LC 123/2006, ao apresentar receita bruta, somada com a da empresa Sul de Minas Ingredientes Ltda. ME, que extrapolava o valor fixado na lei (R\$ 3.600.000,00 até 31/12/2017, e R\$ 4.800.000,00 a partir de 1/1/2018).

6. Desse modo, a Unidade Técnica propôs o conhecimento e a procedência desta representação, a fim de que, nos termos do art. 46 da Lei 8.443/1992, fosse declarada a inidoneidade para participar de licitação e contratar com a administração pública federal ou de certame no qual haja utilização de recursos federais, pelo prazo de 1 (um) ano, no que foi acompanhada pelo Plenário desta Corte (Acórdão 2162/2022-TCU-Plenário de peça 54).

7. Neste momento, a empresa insurge-se contra a Deliberação condenatória, opondo o pedido de reexame de peça 59.

ADMISSIBILIDADE

8. Reitera-se a proposta de conhecimento do recurso, nos termos da análise de admissibilidade de peça 60 e do despacho de peça 63.

EXAME DE MÉRITO

9. Delimitação

9.1. O presente exame contempla as seguintes questões:

- a) necessidade de comprovação da existência de dolo para a caracterização da conduta fraudulenta e para a condenação pelo TCU;
- b) violação da regra fixada no art. 3º, § 4º, inc. IV, da Lei Complementar 123/2006;
- c) efeitos da evidenciação da boa-fé na elisão da ilicitude ou na redução da sanção cominada;
- d) proporcionalidade e razoabilidade na gradação da penalidade;
- e) ocorrência ou não da prescrição para o exercício da pretensão punitiva do TCU.

10. Em resumo, a empresa apresenta os argumentos abaixo discriminados (peça 59):

a) sua atuação não caracterizou fraude à licitação, mas um mero equívoco, pois estava imbuída de boa-fé. Como a aplicação da penalidade prevista no art. 46 da Lei 8.443/92 pressupõe a presença do elemento fraude na conduta do licitante: (i) é imprescindível que exista um ato intencional, consubstanciado na má-fé do agente, conforme conceito delimitado pelo Manual de Referencial de Combate à Fraude e Corrupção, aplicável a Órgãos e Entidades da Administração Pública (Norma ISA 240 da Iaasb): “*ato intencional praticado por um ou mais indivíduos, entre gestores, responsáveis pela governança, empregados ou terceiros, envolvendo o uso de falsidade para obter uma vantagem injusta ou ilegal*”, e (ii) compete ao TCU a comprovação da intenção fraudulenta, inexistente nestes autos (p. 4/5);

b) o erro cometido, ainda que possa ter causado prejuízo, decorreu unicamente da manifestação equivocada de sua assistência contábil, pois sua atuação em processos licitatórios foi pautada pela lisura e obediência à legislação, (p. 5 e 7);

c) não violou o art. 3º, § 4º, inc. IV, da Lei Complementar 123/2006, pois, apesar de o sócio deter 90% da participação em outra empresa, possuía apenas 10% de participação na empresa Sulminas Suplementos e Nutrição Ltda ME, na qual não tinha qualquer poder de influência (p. 6);

d) sua boa-fé é evidenciada porque: (i) não infligiu qualquer prejuízo ao Erário; (ii) todos os contratos sociais eram públicos e conhecidos pela Administração Federal; (iii) os sócios nunca esconderam a participação nas empresas mediante pessoas interpostas (laranjas); (iv) nunca foi excluída do Simples Nacional, mesmo sendo de conhecimento da Fazenda o seu faturamento e corpo social, não tendo sido por ela alertada sobre as irregularidades, o que reforçava a confiança na sua conduta; (v) logo que foi cientificada pelo TCU acerca da possibilidade de interpretação em sentido contrário, tratou de solucionar a questão com a exclusão do sócio; e (vi) atuou nos certames com lisura e obediência à legislação (p. 6/7);

e) a Deliberação atacada não se dedicou suficientemente à análise da dosimetria da pena. Sequer considerou: (i) os elementos que ratificam a sua boa-fé; (ii) a ausência de sanção anterior perante o TCU, mesmo tendo realizado atividade de intensa investigação pelas autoridades (fornecimento de matéria prima para a produção de fármacos), muito antes da pandemia de Covid-19; (iii) a inexistência de prejuízo à Administração Pública que se beneficiou do menor preço alcançado; (iv) as atenuantes mencionadas pelo art. 13 da Norma Operacional DIRAD nº 02/2017 (condutas decorrentes: de falha escusável; da apresentação de documentação que contenham vícios de difícil verificação; e do não atendimento às exigências do edital, desde que evidenciado equívoco e ausência de dolo); (v) que a empresa não se beneficiou da suposta fraude; e (vi) as consequências do delito, o que impõe a redução da pena aplicada (p. 8/13);

f) a fixação da pena em 1 (um) ano, além de ser desnecessária e ferir os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, foi excessiva ao impor restrição tão ferrenha que pode violar o princípio da preservação da empresa, ainda mais quando: (i) sempre atuou em observância aos princípios da impessoalidade, moralidade, publicidade e probidade administrativa; e (ii) não se sagrou vencedora em todas as licitações nas quais apresentou declaração de MEE/EPP. Já nos certames que obteve êxito, é de se destacar que vários dos itens licitados nem mesmo exigiam participação exclusiva de microempresa e empresa de pequeno porte, a exemplo dos pregões de nº 9/19 (itens 48 e 54, respectivamente na pasta nº 6, p. 122-124); nº 36/19 (itens 15, 16 e 19, respectivamente pasta nº 21, p. 65 e 66); nº 6/20 (item 10, na pasta 22, p. 87) e nº 5/21 (item 1, pasta 23, p. 48) – (p. 9/10).

Análise

11. Percebe-se que a suplicante, apesar de não negar a ocorrência dos fatos, intenta inicialmente afastar as ilicitudes fundando-se em interpretações equivocadas da lei ou em conceitos incompatíveis com o entendimento firmado por este Tribunal. Na tentativa de infundir convicção acerca da necessidade de prova de incidência de vontade intencional para configurar a existência de fraude, vale-se da Norma ISA 240 da Iaasb, desconsiderando que o referido normativo não vincula o posicionamento do TCU. Olvida, assim, que a jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que, em se tratando da sanção prevista no art. 46, da Lei 8.443/92, é desnecessária a caracterização da ocorrência de dolo ou boa-fé. Basta que se configure única e exclusivamente a participação indevida em certame federal, na condição de Microempresa ou Empresa de Pequeno Porte, para que a fraude à licitação seja consubstanciada:

Acórdão 1702/2017-TCU-Plenário (relator Ministro Walton Alencar Rodrigues)

"A mera participação de licitante como microempresa ou empresa de pequeno porte, amparada por declaração com conteúdo falso, configura fraude à licitação e enseja a aplicação das penalidades da lei, não sendo necessário, para a configuração do ilícito, que a autora da fraude obtenha a vantagem esperada."

Acórdão 61/2019-TCU-Plenário (relator Ministro Bruno Dantas)

"A mera participação de licitante como microempresa ou empresa de pequeno porte, ou ainda como cooperativa (art. 34 da Lei 11.488/2007), amparada por declaração com conteúdo falso de enquadramento nas condições da LC 123/2006, configura fraude à licitação e enseja a aplicação da penalidade do art. 46

da Lei 8.443/1992, não sendo necessário, para a configuração do ilícito, que a autora da fraude obtenha a vantagem esperada."

Acórdão 2891/2019-TCU-Plenário (relator Ministro-Substituto André de Carvalho)

"Constitui fraude à licitação, ensejando a declaração de inidoneidade do fraudador, a mera participação em certames licitatórios de pessoa jurídica autodeclarada como microempresa ou empresa de pequeno porte, visando os benefícios concedidos pela LC 123/2006, que tenha participação societária em outra pessoa jurídica, fato que contraria o art. 3º, § 4º, inciso VII, dessa lei, bem como sua finalidade."

11.1 Dessarte, não compete ao TCU provar a existência ou, ainda, compactuar com erro cometido pelo escritório de contabilidade e com a ideia de que o objetivo colimado pela Lei Complementar 123/2006 foi atingido, simplesmente por conta da inexistência de poder de influência do sócio minoritário, situação não comprovada e não foi acolhida pela lei como causa de extinção de punibilidade. Aliás, no que tange à condenação, não interessa ao deslinde dos autos a presença dos fatores elencados pela implicada em seu favor, a título de configuração de boa-fé, tais como: (i) ausência de dano ao Erário; (ii) publicidade de contratos sociais que não contemplam "laranjas"; (iii) permanência no cadastro do Simples Nacional; (iv) exclusão posterior de sócio; e (v) participação em licitações pautada pelo respeito às normas.

11.2 Na verdade, não importa discutir se agiu ou não com má-fé, mas se pode afirmar que não restou evidenciada a boa-fé da empresa porquanto, *"...No âmbito do TCU, é considerado de boa-fé o responsável que, embora tenha concorrido para o dano ao erário ou outra irregularidade, seguiu as normas pertinentes, os preceitos e os princípios do direito. A análise, portanto, é feita sob o ponto de vista objetivo, sem que seja necessária a comprovação de má-fé (dolo), mas apenas da ausência de boa-fé objetiva"* (Acórdão 13732/2019-TCU-Primeira Câmara, rel. Ministro Walton Alencar Rodrigues).

11.3 Aliás, é bom que se diga que a recorrente apresentou declaração falsa no sentido de que estava apta a usufruir o tratamento diferenciado destinado a microempresas e empresas de pequeno porte. Tal irregularidade caracteriza a violação não somente da regra fixada no art. 3º, § 4º, inc. IV, da Lei Complementar 123/2006, mas também de vários princípios que regem a Administração Pública, entre eles, os da moralidade, impessoalidade, efetividade e superveniência do interesse público.

12. Quanto à dosimetria da pena, não merece guarida a assertiva de que este Tribunal deixou de se debruçar adequadamente sobre o tema. Isso porque, os itens 17/19 do Voto constante da Decisão vergastada estabeleceram claramente as balizas que fundamentaram a definição do prazo de 1 (um) ano, a saber:

a) como circunstância atenuante, pontuou a existência de vários precedentes no TCU, a exemplo dos Acórdãos 1.797/2014, 740/2014 e 1.853/2014, todos do Plenário, nos quais houve o abrandamento da pena para empresas que não usufruíram indevidamente de benefícios com a apresentação de declaração fraudulenta, com sanções estipuladas entre 3 e 6 meses, consoante os Acórdãos 1.677/2018, 2.549/2019, 930/2022 e 1.488/2022, todos do Plenário;

b) como circunstância agravante, assinalou que a empresa praticou diversas fraudes entre 2018 e 2021, em licitações promovidas pelo Laboratório Químico Farmacêutico do Exército, pelo Laboratório Farmacêutico da Marinha/RJ, pelo Centro de Aquisições Específicas e pelo Instituto de Tecnologia em Fármacos;

c) graduou a penalidade em consonância com casos similares julgados pelo Tribunal, nos quais foi identificado o caráter reiterado do comportamento irregular da empresa.

12.1 Como se vê, esta Corte buscou modular a sanção com base na equidade e na isonomia, sem deixar de levar em conta os indícios de ausência de usufruto de benefícios, observado nos casos em que a implicada não venceu as licitações de que participou, em consonância com o disposto no parágrafo segundo do art. 22 da Lei 13.655/2018 (LINDB).

12.3 E mais, como as razões que motivaram a aplicação das sanções se encontram suficientemente descritas no Voto da Deliberação atacada, não há por que questionar a ausência de proporcionalidade e razoabilidade no estabelecimento do *quantum* aplicado quando: (i) não se indicam julgados desta Corte, relativos a situações análogas, em que houve tratamento diferenciado; e (ii) inexistente obrigação legal deste Tribunal em explicitar ou fundamentar, detalhadamente, o cálculo do período da sanção. A propósito, segundo o Acórdão 2391/2018TCU-Plenário, rel. Min. Benjamin Zymler, a *"...inexistência de norma que estabeleça, de modo objetivo, que aspectos devem ser sopesados e quais circunstâncias atenuantes e agravantes devem ser*

consideradas para fixação da pena permite ampla discricionariedade na apreciação dos fatos pelo julgador...”

12.4 Nessa perspectiva, não se pode arguir a exorbitância da pena a partir, tão-somente, da boa-fé e dos elementos mencionados à alínea “e” do item 10 desta Instrução, tais como a ausência de sanção anterior aplicada pelo TCU e as atenuantes aventadas na Norma Operacional DIRAD nº 02/2017, sendo relevante destacar que o juízo de valor a respeito da gravidade das irregularidades não sanadas e da conduta dos responsáveis é que orienta a determinação da sanção (Acórdão 3544/2014-TCU-Segunda Câmara, rel. Min. Ana Arraes).

13. Prescrição para o exercício da pretensão punitiva do TCU

14. Embora a recorrente não tenha alegado a prescrição para o exercício da pretensão punitiva do TCU, por se tratar de matéria de ordem pública, o exame da matéria se impõe, consoante disposto no art. 10 da Resolução TCU 344/2022.

Análise

15. É prescritível o exercício das pretensões punitiva e ressarcitória do TCU, nos termos dos arts. 37, §5º, da Constituição Federal e 1º da Lei 9.873/1999, regulamentada, no âmbito do TCU, pela sobredita norma.

15.1. O exame da prescrição para o exercício da pretensão punitiva será realizado com base na Resolução TCU 344/2022, que regulamenta a Lei 9.873/1999 quanto a essa matéria (art. 1º da Resolução TCU 344/2022).

15.2. De acordo com os elementos constantes dos autos, o marco inicial ocorreu em 22/6/2020, com o recebimento de representação que deu origem ao presente processo pelo Tribunal, nos termos do art. 4º, inc. III, da Resolução TCU 344/2022 (TC 022.765/2020-4, peça 1).

15.3. Conforme dispõe o art. 2º da Resolução TCU 344/2022, a prescrição para o exercício das pretensões punitiva e ressarcitória do TCU ocorre após cinco anos do marco inicial, estabelecido nos termos do art. 4º da citada norma.

15.4. Segundo o art. 8º da referida resolução, incide, também, a prescrição intercorrente se o processo ficar paralisado por mais de três anos, pendente de julgamento ou despacho, cujo termo inicial será o primeiro marco interruptivo da prescrição principal (Acórdão 534/2023/TCU-Plenário, Relator Ministro Benjamin Zymler).

15.5. No caso, a prescrição para o exercício das pretensões ressarcitória e punitiva foi interrompida nas seguintes datas:

a) em **30/6/2022**, com a oitiva da responsável, cuja ciência materializou-se com a juntada da procuração de peça 41, nos termos do inc. I, art. 5º da Resolução 344/2022;

b) em **5/10/2022**, com o acórdão condenatório, nos termos do inc. IV, art. 5º da Resolução 344/202 (peça 54).

15.6. Portanto, a partir das causas interruptivas acima e tendo em vista o disposto nos arts. 2º e 8º da Resolução-TCU 344/2022, observa-se que não ocorreu a prescrição principal, tampouco a intercorrente, uma vez que não houve transcurso temporal superior a cinco anos, entre o marco inicial e a primeira causa interruptiva, muito menos, na sequência, paralisação do processo por mais de três anos.

CONCLUSÃO

16. Do exame, é possível concluir que:

a) os argumentos ofertados pela Sulminas Suplementos e Nutrição Ltda. ME não foram suficientes para elidir as irregularidades que motivaram a declaração de sua inidoneidade para participar de licitação e contratar com a Administração Pública Federal ou de certame no qual haja utilização de recursos federais, pelo prazo de 1 (um) ano, tendo em vista a incidência na vedação consignada no art. 3º, § 4º, inciso IV da Lei Complementar 123/2006 que prevê o usufruto do tratamento jurídico diferenciado às MMEs e EPPs, relativamente aos pregões eletrônicos: 9/2019 e 4/2020 do Laboratório Químico Farmacêutico do Exército; 37 e 38/2018, 36/2019, 6/2020 e 5/2021, todos do Laboratório Farmacêutico da Marinha/RJ; 25/2019 do Centro de Aquisições Específicas, e 18, 59, 64, 83, 87, 111, 114, 116, 124 e 125/2019, 2, 3, 36, 83, 93 e 105/2020, 23 e 38/2021, todos do Instituto de Tecnologia em Fármacos;

- b) a condenação pelo TCU, com fulcro no art. 46 da Lei 8.443/92, não carece de comprovação da existência de dolo na conduta fraudulenta da empresa licitante;
- c) não restou evidenciada a boa-fé da recorrente, uma vez que, no âmbito do TCU, é considerado de boa-fé o responsável que, embora tenha concorrido para a irregularidade, seguiu as normas pertinentes, os preceitos e os princípios do direito;
- d) a pena cominada não se mostrou excessiva, irrazoável ou desproporcional;
- e) não ocorreu prescrição da pretensão punitiva do TCU.

16.1 Com efeito, mister se faz conhecer do apelo para, no mérito, negar-lhe provimento.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

17. Ante o exposto, submetem-se os autos à consideração superior, propondo-se, com fundamento no art. 48 da Lei 8.443/1992:

- a) conhecer do pedido de reexame para, no mérito, negar-lhe provimento.
- b) informar à recorrente do acórdão a ser proferido, destacando que o relatório e o voto que o fundamentam podem ser acessados por meio do endereço eletrônico www.tcu.gov.br/acordaos.

É o relatório.

VOTO

Trata-se de pedido de reexame interposto por Sulminas Suplementos e Nutrição Ltda. ME contra o Acórdão 2.162/2022-TCU-Plenário, por meio do qual este Tribunal, com fundamento no art. 46 da Lei 8.443/1992, declarou a inidoneidade da empresa para participar de licitação e contratar com a Administração Pública Federal ou de certame no qual haja utilização de recursos federais, pelo prazo de um ano.

2. Originalmente, os autos cuidam de representação autuada para apurar possíveis fraudes cometidas pela recorrente, relativamente à sua participação com o usufruto indevido do tratamento jurídico previsto na Lei Complementar 123/2006, que estabelece 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.

3. Em síntese, a empresa apresentava condições estipuladas no § 4º do art. 3º da referida lei complementar, que a vedavam de se beneficiar do tratamento diferenciado dado a empresas de pequeno porte. Isso porque um dos seus sócios teria 10% de cotas sociais da empresa Sulminas Suplementos e Nutrição Ltda. ME e 90% de cotas sociais da empresa Sul de Minas Ingredientes Ltda. ME, sendo que a soma da receita bruta dessas duas empresas era superior ao valor fixado na lei, conforme detalharei adiante.

4. Ainda assim, a Sulminas Suplementos e Nutrição Ltda participou como empresa de pequeno porte nos pregões eletrônicos: 9/2019 e 4/2020, do Laboratório Químico Farmacêutico do Exército; 37 e 38/2018, 36/2019, 6/2020 e 5/2021, todos do Laboratório Farmacêutico da Marinha/RJ; 25/2019, do Centro de Aquisições Específicas, e 18, 59, 64, 83, 87, 111, 114, 116, 124 e 125/2019, 2, 3, 36, 83, 93 e 105/2020, 23 e 38/2021, todos do Instituto de Tecnologia em Fármacos.

5. Por tal razão, a empresa foi condenada por fraude à licitação e recebeu a mencionada pena de declaração de inidoneidade por um ano.

6. Nesta fase processual, a recorrente apresenta pedido de reexame, alegando que sua atuação não caracterizou fraude à licitação, mas um mero equívoco, decorrente unicamente da manifestação errada de sua assistência contábil, pois estava imbuída de boa-fé. Reclama que caberia ao TCU comprovar a intenção fraudulenta.

7. Afirma que não violou o art. 3º, § 4º, inciso IV, da Lei Complementar 123/2006, pois, apesar de o sócio deter 90% da participação em outra empresa, possuía apenas 10% de participação na empresa Sulminas Suplementos e Nutrição Ltda ME, na qual não tinha qualquer poder de influência.

8. Acrescenta que, tão logo foi cientificada pelo TCU acerca da possibilidade de interpretação em sentido contrário, tratou de solucionar a questão com a exclusão do sócio e que atuou nos certames com lisura e obediência à legislação.

9. Por último, questiona a dosimetria da pena e afirma que ela teria sido excessiva. Esclarece que não se sagrou vencedora em todas as licitações nas quais apresentou declaração de MEE/EPP e que, nos certames que obteve êxito, vários dos itens licitados nem mesmo exigiam participação exclusiva de microempresa e empresa de pequeno porte, a exemplo dos pregões de 9/19 (itens 48 e 54, respectivamente na pasta 6, p. 122-124); 36/19 (itens 15, 16 e 19, respectivamente pasta 21, p. 65 e 66); 6/20 (item 10, na pasta 22, p. 87) e 5/21 (item 1, pasta 23, p. 48).

10. Suas alegações foram analisadas pela Unidade de Auditoria Especializada em Recursos (AudRecursos). Ao cabo, a unidade técnica concluiu que os argumentos trazidos aos autos são insuficientes para modificar o julgado de origem, com base nas proposições seguintes:

- f) a condenação pelo TCU, com fulcro no art. 46 da Lei 8.443/92, não carece de comprovação da existência de dolo na conduta fraudulenta da empresa licitante;

- g) não restou evidenciada a boa-fé da recorrente, uma vez que, no âmbito do TCU, é considerado de boa-fé o responsável que, embora tenha concorrido para a irregularidade, seguiu as normas pertinentes, os preceitos e os princípios do direito;
- h) a pena cominada não se mostrou excessiva, irrazoável ou desproporcional; e
- i) não ocorreu prescrição da pretensão punitiva do TCU.

11. Por tais razões, a AudRecursos, em propostas uníssonas, sugere conhecer do pedido de reexame, para, no mérito, negar-lhe provimento.

II

12. Inicialmente, reitero o exame preliminar de admissibilidade (peças 60 e 63), devendo o recurso ser conhecido nos termos do art. 48 Lei 8.443/1992. Quanto ao mérito, antecipo que acompanho as propostas uniformes da AudRecursos, cujas análises adoto como minhas razões de decidir.

13. Relembro que a jurisprudência desta Corte de Contas está consolidada quanto ao fato de que, para a aplicação da penalidade prevista no art. 46 da Lei 8.443/1992, não é necessária a caracterização de ocorrência de dolo ou má-fé por parte da empresa. Basta que se configure a participação irregular da licitante em certame federal, na condição indevida de Microempresa ou Empresa de Pequeno Porte, para que a fraude à licitação seja consubstanciada.

14. Entre tantos outros, seguem nessa linha os Acórdãos 1.702/2017, 61/2019, 2.891/2019, 2.549/2019 e 1.488/2022, todos do Plenário. Do Acórdão 61/2019-TCU-Plenário, destaco o seguinte trecho:

A mera participação de licitante como microempresa ou empresa de pequeno porte, ou ainda como cooperativa (art. 34 da Lei 11.488/2007), amparada por declaração com conteúdo falso de enquadramento nas condições da LC 123/2006, configura fraude à licitação e enseja a aplicação da penalidade do art. 46 da Lei 8.443/1992, não sendo necessário, para a configuração do ilícito, que a autora da fraude obtenha a vantagem esperada.

(grifo acrescido)

15. Da transcrição, percebe-se que não é necessária a demonstração de dolo ou má-fé para a aplicação da declaração de inidoneidade. Não é preciso nem mesmo que a empresa seja declarada vencedora do certame ou tenha alguma vantagem para a configuração do ilícito, basta sua participação.

16. Desse modo, não merecem acolhida seus argumentos de que se trata de “mero equívoco” ou de que “estava imbuída de boa-fé”. E é também indiferente para a condenação o fato de que não se sagrou vencedora em todas as licitações nas quais apresentou declaração de MEE/EPP, ou de que vários dos itens licitados nem mesmo exigiam participação exclusiva de microempresa e empresa de pequeno porte. Como dito, a simples participação já é indevida.

17. Quanto à irregularidade em si, mantenho o entendimento do Tribunal de que houve ofensa à Lei Complementar 123/2006. O art. 3º, § 4º, inciso IV, do normativo prescreve o seguinte:

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

[...]

II - no caso de empresa de pequeno porte, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais). (Redação dada pela Lei Complementar nº 155, de 2016)

[...]

§ 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:

[...]

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;

18. Para melhor esclarecimento, retomo trecho do relatório que fundamentou que acórdão recorrido (peça 47). Sobre o tema, o auditor assim expôs:

96. A Lei Complementar 123/2006, art. 3º, § 4º, inciso IV, (...), estipula duas condições simultâneas que **proíbem uma pessoa jurídica de auferir os benefícios legais** por ela regulados. **A primeira é ter um sócio com participação em mais de 10% no capital social de outra empresa não beneficiada pela lei complementar, e a segunda seria que a receita bruta somada das empresas do referido sócio fosse superior a R\$ 3.600.000,0 até 31/12/2017, ou acima de R\$ 4.800.000,00 a partir de 1/12/2018.**

97. Quanto à primeira condição, a empresa Sulminas Suplementos e Nutrição Ltda ME (CNPJ 22.528.133/0001-78), segundo o contrato social constante do Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores (Sicaf), possui o capital social no valor de R\$ 30.000,00 e tem como sócios o Sr. Marcelo Luis Mazzaro (CPF 833.254.256-15) e a Sra. Roseana Mazuchi dos Santos Mazzaro (CPF 031.405.558-49), o primeiro com 10% de participação e a segunda com 90% de participação (peça 413, p. 3).

98. Ocorre que, ainda segundo dados extraídos do Sicaf, uma outra empresa de nome muito semelhante, Sul de Minas Ingredientes Ltda ME (CNPJ 02.678.215/0001-91), também possui o capital social no valor de R\$ 30.000,00 e com os mesmos sócios, porém com participação societária diferente. Nesta empresa o Sr. Marcelo Luis Mazzaro (CPF 833.254.256-15) possui 90% de participação e a Sra. Roseana Mazuchi dos Santos Mazzaro (CPF 031.405.558-49) possui 10% de participação (peça 412, p. 2-3).

99. Portanto, o Sr. Marcelo Luis Mazzaro é sócio da empresa Sulminas Suplementos e Nutrição Ltda ME (peça 413, p. 3) e possui participação de 90 % no capital social de outra empresa, no caso a empresa Sul de Minas Ingredientes Ltda ME (peça 412, p. 3), isto é, superior a 10%. Assim, verifica-se que há o atendimento da primeira condição para aplicação da restrição legal da Lei Complementar 123/2006, art. 3º, § 4º inciso IV.

(...)

104. No ano de 2017, o limite era de R\$ 3.600.000,00, enquanto a receita bruta soma das empresas foi de R\$ 3.885.384,59. Já nos anos de 2018, 2019 e 2020, o limite era de R\$ 4.800.000,00, enquanto a receita bruta oriunda da soma das receitas das empresas foi no valor de R\$ 5.271.676,62, R\$ 7.029.512,03 e R\$ 12.329.974,07, respectivamente.

105. Assim, verifica-se que há o atendimento da segunda condição para aplicação da restrição legal da Lei Complementar 123/2006, art. 3º, § 4º inciso IV. 106. Portanto, segundo a Lei Complementar 123/2006, art. 3º, § 4º inciso IV, a empresa não poderia auferir os benefícios desta norma.

(grifos acrescidos)

19. No caso, o Sr. Marcelo Luis Mazzaro possuía 90% de cotas sociais da empresa Sul de Minas Ingredientes Ltda. ME e 10% de cotas sociais da empresa Sulminas Suplementos e Nutrição Ltda. ME, enquanto a outra sócia, Roseana Mazuchi dos Santos Mazzaro, possuía os percentuais invertidos em cada empresa.

20. Além disso, a soma das receitas brutas das duas empresas ultrapassava o limite definido pelo inciso II, do art. 3º. Conforme verificado pela unidade técnica, a soma das receitas brutas das duas empresas atingiu, nos anos de 2018, 2019 e 2020, os valores de R\$ 5.271.676,62, R\$ 7.029.512,03 e R\$ 12.329.974,07, superando, portanto, o limite legal estabelecido para enquadramento como Empresa de Pequeno Porte (EPP), que era de R\$ 4.800.000,00 a partir de 1º/1/2018.

21. Por esse motivo, a Sulminas Suplementos e Nutrição Ltda ME não poderia se beneficiar do tratamento jurídico diferenciado previsto na Lei Complementar, mas participou dos certames citados nessa condição.

22. Dessa forma, não merece acolhimento o argumento da recorrente de que o sócio Marcelo Luis Mazzaro não tinha qualquer poder de influência na Sulminas Suplementos e Nutrição. Não é esse o parâmetro adotado pela Lei Complementar 123/2006, em seu art. 3º, § 4º, inciso IV.

23. Segundo o normativo, a simples participação desse sócio com mais de 10% do capital de outra empresa não beneficiada por esta Lei Complementar já impede a obtenção do tratamento diferenciado dado a pequenas empresas. E no caso, o Sr. Marcelo Luis Mazzaro detinha 90% de cotas sociais da empresa Sul de Minas Ingredientes Ltda. ME.

24. Ademais, o afastamento dele da empresa seria o mínimo necessário para o não cometimento de novas irregularidades, caso a concorrente tivesse a intenção de continuar se beneficiando do tratamento diferenciado dado pela Lei Complementar 123/2006 a empresas de pequeno porte.

25. Quando a dosimetria da pena, não a considero excessiva. Conforme debatido no voto que fundamenta o Acórdão 2.162/2022-TCU-Plenário, a pena mostra-se coerente e proporcional a casos semelhantes:

17. Com relação à dosimetria, existem vários precedentes no âmbito deste Tribunal, a exemplo dos Acórdãos 1.797/2014, 740/2014 e 1.853/2014, todos do Plenário, nos quais houve o abrandamento da pena para empresas que não usufruíram indevidamente de benefícios com a apresentação de declaração fraudulenta. Observo, inclusive, certa convergência no quantum da sanção em 3 e 6 meses, consoante os Acórdãos 1.677/2018, 2.549/2019, 930/2022 e 1.488/2022, todos do Plenário.

18. No caso, verifico que a empresa praticou diversas fraudes entre 2018 e 2021, em licitações promovidas pelo Laboratório Químico Farmacêutico do Exército, pelo Laboratório Farmacêutico da Marinha/RJ, pelo Centro de Aquisições Específicas e pelo Instituto de Tecnologia em Fármacos.

19. Considerando o caráter reiterado do comportamento irregular da empresa e a dosimetria usada pelo Tribunal em casos similares, fixo o valor da sanção em 1 (um) ano.

26. Por fim, acerca de uma eventual prescrição da pretensão punitiva deste Tribunal, acompanho a conclusão da AudRecursos, após análise feita com base na Resolução-TCU 344/2022, por sua inocorrência. Nos termos do art. 4º, inciso III, do normativo, o prazo prescricional teria iniciado em 22/6/2020, com o recebimento de representação que deu origem ao presente processo pelo Tribunal (TC 022.765/2020-4, peça 1), sendo na sequência interrompido, ao menos, em 5/10/2022, com o acórdão condenatório (peça 54).

27. Portanto, a partir da causa interruptiva e tendo em vista o disposto nos arts. 2º e 8º da Resolução-TCU 344/2022, observa-se que não ocorreu a prescrição principal, tampouco a intercorrente, uma vez que não houve transcurso temporal superior a cinco anos, entre o marco inicial e a primeira causa interruptiva, nem mesmo a paralisação do processo por mais de três anos.

28. Concluo, portanto, que as razões apresentadas não se mostram suficientes para afastar os fundamentos da decisão recorrida ou alterá-la. Proponho, por conseguinte, conhecer do recurso para, no mérito, negar-lhe provimento.

Diante do exposto, voto para que seja adotada a minuta de deliberação que ora trago ao exame deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões, em 9 de agosto de 2023.

Ministro VITAL DO RÊGO
Relator

ACÓRDÃO Nº 1607/2023 – TCU – Plenário

1. Processo TC 007.807/2022-8.
2. Grupo I – Classe de Assunto: I – Pedido de reexame (Representação).
3. Recorrente: Sulminas Suplementos e Nutrição Ltda. (22.528.133/0001-78).
4. Órgãos/Entidades: Comando do Exército – DF, Instituto de Tecnologia em Fármacos – MS – RJ, Laboratório Farmacêutico da Marinha – RJ, Laboratório Químico Farmacêutico do Exército – RJ, Comando da Marinha – DF e Comando da Aeronáutica – DF.
5. Relator: Ministro Vital do Rêgo.
- 5.1. Relator da deliberação recorrida: Ministro Benjamin Zymler.
6. Representante do Ministério Público: não atuou.
7. Unidade Técnica: Unidade de Auditoria Especializada em Recursos (AudRecursos).
8. Representação legal: Leonardo Barifouse de Souza (OAB-RJ 143.185), Priscila da Silva Monção (OAB/RJ 228.502) e outros.

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de pedido de reexame interposto por Sulminas Suplementos e Nutrição Ltda., contra o Acórdão 2.162/2022-TCU-Plenário, que a declarou inidônea para participar de licitação e contratar com a Administração Pública Federal ou de certame no qual haja utilização de recursos federais, pelo prazo de um ano;

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

9.1. conhecer do pedido de reexame, consoante art. 48 da Lei 8.443/1992, para, no mérito, negar-lhe provimento;

9.2. notificar a recorrente da presente decisão.

10. Ata nº 32/2023 – Plenário.

11. Data da Sessão: 9/8/2023 – Ordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-1607-32/23-P.

13. Especificação do quórum:

13.1. Ministros presentes: Bruno Dantas (Presidente), Walton Alencar Rodrigues, Benjamin Zymler, Vital do Rêgo (Relator), Jorge Oliveira, Antonio Anastasia e Jhonatan de Jesus.

13.2. Ministro-Substituto convocado: Marcos Bemquerer Costa.

13.3. Ministros-Substitutos presentes: Augusto Sherman Cavalcanti e Weder de Oliveira.

(Assinado Eletronicamente)

BRUNO DANTAS

Presidente

(Assinado Eletronicamente)

VITAL DO RÊGO

Relator

Fui presente:

(Assinado Eletronicamente)

CRISTINA MACHADO DA COSTA E SILVA

Procuradora-Geral