



Sumário

1. INTRODUÇÃO	2
2. SÍNTESE E ANÁLISE DO RECURSO ORDINÁRIO APRESENTADO PELA EMPRESA MÁXIMA AMBIENTAL.....	3
2.1. Síntese das razões do recurso ordinário atinentes à ausência de razoabilidade e proporcionalidade na decretação da medida mais gravosa	3
2.2. Análise da defesa.....	4
3. DAS CONTRARRAZÕES	10
4. PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO	10





PROCESSO Nº	211.729/2018
PRINCIPAL	SECRETARIA DE SEGURANÇA PÚBLICA DE MATO GROSSO
RECORRENTE	MÁXIMA AMBIENTAL SERVIÇOS GERAIS E PARTICIPAÇÕES LTDA
ASSUNTO	RECURSO ORDINÁRIO
RELATOR	CONSELHEIRO SUBSTITUTO JOÃO BATISTA DE CAMARGO JÚNIOR
AUDITOR	VALESCA OLAVARRIA DE PINHO

1. INTRODUÇÃO

Exm^o. Senhor Conselheiro Relator,

Trata-se de RECURSO ORDINÁRIO interposto pela empresa Máxima Ambiental Serviços Gerais e Participações Ltda., representada devidamente por sua sócia, Sr^a. Mirela Maria Macedo, contra o Acórdão nº 225/2019 - TP¹, o qual julgou procedente a presente Representação de Natureza Externa, cujo objeto consistiu na apuração de irregularidades no Pregão Eletrônico nº 105/2017/SESP/MT.

Entre as decisões exaradas no referido Acórdão, houve a decretação de inidoneidade da empresa recorrente, empresa Máxima Ambiental, pelo período de 1 (um) ano, para participar de licitações promovidas pela Administração Pública.

Contudo, insurgindo-se contra a penalidade aplicada, a recorrente busca demonstrar, por meio de decisões emanadas do Tribunal de Contas da União – TCU, em decisões análogas, que a sanção aplicada por esta Corte de Contas não foi razoável e proporcional para o caso sob discussão.

Em seus pedidos, a recorrente requer a substituição da penalidade de inabilitação aplicada por outra menos gravosa. Ainda, como pedido subsidiário, a

¹ Doc. Digital nº 114507/2019.





requerente solicita a diminuição da penalidade aplicada de 1 (um) ano para 3 (três) meses, conforme jurisprudência do TCU colacionada no recurso.

Consigna-se que a matéria impugnada no Recurso Ordinário **não está relacionada ao mérito da decisão, mas sim ao *quantum* da penalidade aplicada** por esta Corte de Contas.

2. SÍNTESE E ANÁLISE DO RECURSO ORDINÁRIO APRESENTADO PELA EMPRESA MÁXIMA AMBIENTAL

2.1. Síntese das razões do recurso ordinário atinentes à ausência de razoabilidade e proporcionalidade na decretação da medida mais gravosa

Em sua argumentação sobre esse item, a Recorrente informa que em nenhum momento agiu com propósito inescusáveis da legislação em vigor, informando que desconhecia a necessidade de haver pedido de reenquadramento da Defendente perante a Junta Comercial do Estado de Mato Grosso – Jucemat/MT, após se verificar a extrapolação da receita bruta máxima permitida pela Lei Complementar nº 123/2006.

Alega que a falta de habilidade dos sócios para este tema fez com que a empresa transferisse toda a prestação de contas e registros junto aos órgãos fiscais à pessoa do Contador, o Sr. Olívio José Sella.

Argumenta, ainda, que o Conselho Federal de Contabilidade, por meio da Resolução de nº 960/2003, atribui responsabilidade técnica exclusiva ao Contador no caso em apreço, haja vista ser deste profissional o dever de solicitar o reenquadramento ou não da Empresa Máxima Ambiental perante a Jucemat/MT.

A Recorrente alega que os autos do processo não sinalizam que a empresa Máxima Ambiental tenha praticado crime tipificado no art. 90 da Lei de Licitações, porquanto a responsabilidade penal se afigura legítima apenas quando lastreada em conjunto probatório de juízo de certeza atinente à materialidade e autoria do crime.

Considerando esses argumentos, a Recorrente considera que sua culpa foi *in*





elegendo e in vigilando, ou seja, sem intenção de provocar qualquer dano intencional à Administração Pública.

Por esses motivos, a Recorrente entende que “(...) a expedição da declaração de inidoneidade acabou por ser mostrar uma medida demasiadamente severa para a conduta incorrida (...)”.

Além desses argumentos, a defesa alega que sua declaração de inidoneidade para licitar pode levar à falência e à demissão de muitos “pais de família”, pois suas atividades principais estão atreladas às contratações com órgãos públicos.

Por fim, a Recorrente postula a substituição da penalidade aplicada, pelo emprego de advertência e/ou multa como forma de atingir o princípio da proporcionalidade no âmbito do processo administrativo.

2.2. Análise da defesa

Preliminarmente, sobre as alegações expostas pela Recorrente, cabe salientar que tais razões de fato e de direito foram objeto de análise no Relatório Técnico Conclusivo. Logo, as alegações apresentadas pela Recorrente serão refutadas conforme os mesmos argumentos apresentados no relatório técnico conclusivo (Doc. Digital nº 8139/2019).

Como se percebe dos argumentos expostos, a Representada não adentra ao mérito da conduta a ela imputada. Ao revés, o recurso apresentado tenta, mais uma vez, transferir a responsabilidade pelos ilícitos praticados à pessoa do Contador da empresa Máxima Ambiental, Srº. Olívio José Sella.

Entretanto, essa argumentação não merece prosperar, pois o Código Civil – CC elenca o profissional contábil e seus auxiliares como preposto da empresa contratante. Nesses casos, todos assentos lançados nos livros ou fichas pelo preposto produzem os mesmos efeitos como se o fossem realizados pelo preponente, salvo se o preposto houver procedido de má-fé (artº. 1.177 do Código Civil).





Em seu parágrafo único, o artº. 1.177 do Código Civil prevê que “No exercício de suas funções, os prepostos são pessoalmente responsáveis, perante os preponentes, pelos atos culposos; e, perante terceiros, solidariamente com o preponente, pelos atos dolosos”.

A partir dos dispositivos mencionados, identifica-se que a responsabilidade primária pelos atos praticados pelos prepostos é da empresa contratante, exceto se ficar comprovada a má-fé do preposto em prejudicar o preponente, o que, de fato, não ficou demonstrado pela empresa Máxima Ambiental em seu recurso.

Passada essa questão, **não resta dúvida de que a responsabilidade para a declaração de desenquadramento é da sociedade empresária/empresário, sob as penas da lei.** A redação prevista na Instrução Normativa DREI nº 36/2017 deixa cristalino esse entendimento, *ipsis litteris*:

Art. 1º O enquadramento, reenquadramento e **desenquadramento de microempresa e empresa de pequeno porte serão efetuados mediante declaração sob as penas da lei**, de que a empresa se enquadra na situação de microempresa ou empresa de pequeno porte, nos termos do art. 3º, caput e parágrafos, da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, (...)

Importante frisar, ainda, como base em uma interpretação sistemática, o que determina o art. 13, § 1º, do Decreto Federal nº 8.538, de 6 de outubro de 2015, ao regulamentar, no âmbito da administração pública federal, a Lei Federal nº 123/2006, *litteris*:

§ 1º **O licitante é responsável por solicitar seu desenquadramento** da condição de microempresa ou empresa de pequeno porte quando houver ultrapassado o limite de faturamento estabelecido no art. 3º da Lei Complementar nº 123, de 2006, no ano fiscal anterior, **sob pena de ser declarado inidôneo para licitar e contratar com a administração pública, sem prejuízo das demais sanções, caso usufrua ou tente usufruir indevidamente dos benefícios previstos neste Decreto.** (Grifou-se)

Como se observa, o Decreto Federal nº 8.538/2015 atribui ao licitante a responsabilidade por solicitar o seu desenquadramento como EPP quando houver ultrapassado o limite de faturamento no ano fiscal anterior.





Ainda, conforme debatido nesses autos, a jurisprudência do TCU atribui responsabilidade à empresa licitante para solicitar o seu desenquadramento como EPP juntos aos órgãos competentes, sob pena de ser declarada a sua inidoneidade para participar de licitações na Administração Pública.

O Acórdão nº 3.074/2011-Plenário do TCU contribui para uma melhor compreensão do tema (no mesmo sentido são os Acórdãos do TCU nº 568/2017; 1702/2017; 1797/2014; 1104/2014; 2858/2013/1607/2013, todos do Plenário):

A omissão da empresa em informar que não mais se encontra na condição de empresa de pequeno porte, associada à obtenção de tratamento favorecido em licitações, justifica a sua inabilitação para participar de licitação na Administração Pública Federal

Representação efetuada por empresa interessada apontou possíveis irregularidades praticadas por empresa que participou de licitações públicas na condição de empresa de pequeno porte (EPP), sem atender aos requisitos legais para tanto. O relator do feito, ao endossar as conclusões da unidade técnica, ressaltou, com suporte nos elementos contidos nos autos, que **‘o faturamento bruto da empresa objeto da representação era, já ao final de 2009, superior ao limite estabelecido para o enquadramento como EPP’. Acrescentou que tal empresa ‘não solicitou a alteração de seu enquadramento e participou em 2010 de procedimentos licitatórios reservados para micro e pequenas empresas, vencendo certames e beneficiando-se de sua própria omissão’.** Acrescentou ainda que: **‘Ao não declarar a mudança de enquadramento legal, a entidade descumpriu o art. 3º, § 9º, da Lei Complementar nº 123/2006, o art. 11 do Decreto nº 6.204/2007 e o art. 1º da Instrução Normativa do Departamento Nacional de Registro do Comércio nº 103/2007’. E mais: ‘Enquanto a empresa não firmar a ‘Declaração de Desenquadramento’, a Junta Comercial expedirá, sempre que solicitada, a ‘Certidão Simplificada’, a qual viabilizará sua participação em licitações públicas exclusivas para ME ou EPP’.** Concluiu, em face desses elementos, que a empresa se beneficiou indevidamente das prerrogativas previstas na Lei Complementar 123/2006 e **‘usufruiu do regime do Simples Nacional, pagando alíquotas menores de tributos, apesar de ter extrapolado o limite de receitas admissível para o enquadramento’.** Ao final, o relator, em consonância com sugestão da unidade técnica, propôs a declaração de inidoneidade da empresa para participar de licitação na Administração Pública Federal pelo período de seis meses, com suporte no art. 46 da Lei 8.443/1992. O Plenário, então, implementou essa providência. Precedentes mencionados pelo relator: Acórdãos nos 1.028/2010, 1.972/2010, 2.578/2010, 2.846/2010, 3.228/2010, 588/2011 e 970/2011, todos do Plenário. *Acórdão nº 3074/2011-Plenário, TC-012.545/2011-2, rel. Min. José Jorge, 23.11.2011.*

Conforme entendimento do TCU supratranscrito, a empresa deve informar que não mais se enquadra na condição jurídica de EPP junto aos órgãos competentes, sob pena de declaração de inidoneidade para participar de licitações na Administração Pública.





Entretanto, é de causar certa estranheza o argumento apresentado pela defesa de que a composição societária desconhecia a necessidade de solicitar o reenquadramento empresarial para empresa de grande porte.

Ora, o art. 3º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB determina, em seu art. 3º, que “Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”. No mesmo sentido, o art. 21 do Código Penal estabelece que “O desconhecimento da lei é inescusável.”.

Assim, é razoável admitir que a empresa Máxima Ambiental conhecia os limites máximos admitidos pela legislação² quando solicitou o seu enquadramento como EPP, no início de suas atividades empresariais.

Logo, deveria saber, também, que a extrapolação desse limite máximo desaguardaria em seu pedido de desenquadramento como EPP.

Entretanto, conforme acostados aos autos, entre os anos de 2014 a 2016, a empresa Máxima Ambiental auferiu receita bruta acima do permitido legalmente, sem, contudo, haver pedido de solicitação de seu desenquadramento da condição de EPP nos anos subsequentes.

Como consequência, a empresa Máxima Ambiental participou, venceu e celebrou contratos com a Administração Pública oriundos de licitações exclusivas para ME e EPP nos anos de 2015, 2017 e 2018 (documento digital 215083/2018, Item 3.4), **o que demonstra uma continuidade delitiva praticada pela empresa.**

Destaca-se que a Norma Operacional DIRAD/SE/MP nº 2, de 17 de março de 2017, preconiza, em seu art. 5º, que a apresentação de documentação falsa acarreta o impedimento do direito de licitar **pelo período de 24 meses**, sem considerar as agravantes e atenuantes previsto na Norma.

Por esse motivo, **é entendimento dessa unidade instrutória que a penalidade aplicada à empresa Máxima Ambiental não deve ser reduzida a patamares**

² R\$ 3.600.000,00 – art. 3º da Lei Federal nº 123/2006.





inferiores a 1 (um) ano, sob o risco de a penalidade administrativa imposta pelo TCE/MT ser absorvida pelos resultados econômicos auferidos pela Recorrente.

Em relação a esse tipo de fraude cometidas nas licitações exclusivas para ME ou EPP, o TCU tem o seguinte entendimento, conforme demonstrado no Acórdão nº 1.853/2014-TCU/Plenário, *in verbis*:

15. Fraudes da espécie tornam letra morta a Lei Complementar 123/2006 e os princípios nela inculpidos, transmutando em inócuos os dispositivos que objetivam possibilitar um maior ganho de competitividade às micro e pequenas empresas. Não se pode, portanto, considerar como mínima a ofensividade da conduta da empresa, ainda que não tenha sido necessário, ao final, o uso das prerrogativas conferidas pelo ordenamento jurídico. (Grifou-se)

Já no âmbito judicial, o Superior Tribunal de Justiça – STJ entende que, nesses casos, existe o dano *in re ipsa*, ou seja, dano vinculado a própria existência do fato ilícito, o que prescinde de comprovação de prejuízo econômico suportado pela administração pública, conforme citado em seguida:

PROCESSUAL CIVIL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DA CONDIÇÃO DE EPP PARA OBTENÇÃO DE TRATAMENTO FAVORECIDO NA LICITAÇÃO.

(...)

2. Ao efetuar declaração falsa sobre o atendimento às condições para usufruir dos benefícios previstos na Lei Complementar 123/2006, a impetrante passou a usufruir de uma posição jurídica mais vantajosa em relação aos demais licitantes, o que fere o princípio constitucional da isonomia e o bem jurídico protegido pelos arts. 170, IX, e 179 da Constituição e pela Lei Complementar 123/2006. 3. **A fraude à licitação apontada no acórdão recorrido dá ensejo ao chamado dano in re ipsa.**

(...)

Recurso em Mandado de Segurança nº 54.262-MG 2017/0132197-9, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, data de julgamento: 05.9.2017, T2 – SEGUNDA TURMA, data de Publicação: DJe 13.9.2017. (Grifou-se).

Por sua vez, como forma de inibir condutas desse tipo, o art. 7º da Lei Federal nº 10.520, de 17 de junho de 2002, estabelece que a apresentação de documentação falsa exigida para o certame ou comportamento de modo inidôneo das empresas participantes de procedimento licitatório enseja, como punição, no impedimento de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios.

Nesse sentido, ao não declarar a mudança de enquadramento legal, a empresa Máxima Ambiental procedeu, de forma omissiva, ao arrepio do que determina art.





3º, II e §§ 9º e 9º-A da Lei Complementar nº 123/2006 , assim como da Instrução Normativa DREI nº 36, de 3 de março de 2017 (documento digital 257327/2018) e da jurisprudência consolidada do TCU, beneficiando-se de forma ilegal dos privilégios concedidos pela Lei Complementar nº 123/2006.

Por sua vez, deve-se esclarecer que a declaração de inidoneidade da empresa máxima **não atingirá os contratos celebrados pela empresa até o trânsito em julgado deste processo** (Acórdão TCU nº 348/2016-Plenário). Isso porque os efeitos da declaração de inidoneidade produzem efeitos *ex-nunc*, não se desfazendo os atos jurídicos perfeitos já concretizados (Acórdão TCU nº 432/2014-Plenário).

Compulsando as informações disponíveis no Aplic, módulo cruzamento de dados, é possível constatar a existência de 51 contratos celebrados entre a empresa Máxima e diversos municípios do Estado de Mato Grosso, totalizando um montante de R\$ 4.132.273,00, os quais continuarão ativos caso a empresa Máxima seja declarada inidônea por 1 (um) ano.

Essa constatação refuta, portanto, o argumento apresentado pela defesa de que a declaração de inidoneidade acarretará sua “autofalência” e na consequente demissão de muitos “pais de família”.

Diante do exposto, os argumentos apresentados pela Recorrente não elidem os fatos imputados; pelo contrário, corrobora todas as irregularidades apontadas pela unidade instrutiva.

Pelas razões expostas, essa unidade instrutória recomenda pela **NÃO substituição ou redução da pena de inidoneidade aplicada à empresa Máxima Ambiental, para participar de licitações promovidas pela Administração Pública, pelo período de 1 (um) ano.**





3. DAS CONTRARRAZÕES

A empresa W.M. Serviços Ambientais LTDA-EPP, devidamente qualificada nos autos, impetrou contrarrazões para afastar os argumentos apresentados pela Máxima Ambiental.

Importante esclarecer que a argumentação fática e jurídica delineada nas contrarrazões foram debatidas durante o relatório técnico preliminar, relatório técnico de defesa e neste recurso ordinário. Nesse sentido, por questão de economia processual, uma reanálise dos fatos apresentados pela empresa W.M. Serviços Ambientais se torna desnecessária.

A única inovação fática apresentada nas contrarrazões consiste na informação de que a empresa Máxima Ambiental “(...) vem sendo frequentemente penalizada por vários órgãos da Administração Pública com seu direito de licitar e contratar com o Poder Público (**Doc. 02**), por demonstrar habitual desonestidade na participação dos certames, inclusive, tendo sofrido sanção de suspensão da sua licença de operação (**Doc.03**).”

Sobre esse fato, entende-se que as punições aplicadas pela Administração Pública à empresa Recorrente (Doc. 02 e 03) devem ser levadas em consideração na dosimetria da pena aplicada, pois referem-se às condutas ilícitas, sancionadas em razão da má prestação de serviços de coleta de resíduos hospitalares.

4. PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

Ante o exposto, submete-se o presente relatório à consideração superior com as seguintes propostas de encaminhamento:

- 1) No mérito, pelo **não provimento** do Recurso Ordinário apresentado em face dos Acórdãos nº 225 e 606/2019-TP, que julgou procedente a Representação de Natureza Externa, tendo em vista o cometimento de fraude à licitação perpetrada pela empresa Máxima Ambiental durante a participação no Pregão Eletrônico nº 105/2017/SESP/MT (**irregularidade GB13**);





- 2) Pela declaração de **inidoneidade** da empresa Máxima Ambiental LTDA, **para participar, por 01 (um) ano, de licitação na Administração Pública Federal Estadual e municipal**, com fundamento no artigo 41 da Lei Complementar nº 269/2007 e artigo 295 da Resolução nº 14/2007, tendo em vista a demonstração de fraude à licitação pela participação ilícita em processo licitatórios exclusivos para ME ou EPP.

É a análise do recurso ordinário que se submete à apreciação superior.

Secretaria de Controle Externo de Saúde e Meio Ambiente do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso, em Cuiabá, 7 de abril de 2020.

(Assinatura digital)³

Valesca Olavarria de Pinho
Auditor Público Externo

³ Documento firmado por assinatura digital, baseada em certificado digital emitido por Autoridade Certificadora credenciada, nos termos da Lei Federal nº 11.419/2006 e Resolução Normativa nº 9/2012 do TCE/MT.

