

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.526.095 - RJ (2019/0180589-9)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
AGRAVANTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
AGRAVADO : **CAROLINE PINGUELLI MARTINS FERREIRA BARBOSA**
ADVOGADOS : **CARLO HUBERTH CASTRO CUEVA E LUCHIONE - RJ047698**
JULIANA VILLAS BOAS BORGES - RJ163806
NICOLAS DANTE DI IULIO - RJ189891
AGRAVADO : **KATIA MARIA AMORIM COSTA BARCELOS**
AGRAVADO : **FRANCISCO JOSE RIBEIRO DE BARCELOS**
ADVOGADOS : **MARCELLINO TOSTES PICANCO - RJ037311**
MARIA MARGARETE PEREIRA DA SILVA - RJ098971
MARIA COELI TOSTES PICANCO - RJ098245
MEYRIELLE DE OLIVEIRA LIMA BARBOSA - RJ198966

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FRAUDE EM LICITAÇÃO. DECLARAÇÃO FALSA QUANTO À CONDIÇÃO DE ME/EPP, PARA PARTICIPAR DE CERTAME LICITATÓRIO. POSTERIOR ELEVAÇÃO DOS LIMITES MÁXIMOS DE RECEITA BRUTA PARA ENQUADRAMENTO COMO ME/EPP PELA LEI COMPLEMENTAR 139/2011. APLICAÇÃO RETROATIVA, PARA TORNAR VERDADEIRAS AS DECLARAÇÕES. DESCABIMENTO. AGRAVO CONHECIDO E RECURSO ESPECIAL PROVIDO, A FIM DE AFASTAR A ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA.

1. A denúncia narra que os recorridos apresentaram declarações falsas para que suas empresas pudessem participar de licitação restrita a MEs/EPPs, mesmo sem se enquadrarem nesta condição, porque ultrapassavam os limites máximos de receita bruta anual à época previstos na Lei Complementar 123/2006.
2. Considerando a entrada em vigor da Lei Complementar 139/2011 (que elevou tais limites), a Corte local vislumbrou a ocorrência de *abolitio criminis*, uma vez que as sociedades empresárias se enquadravam a estes novos patamares, instituídos após a prática dos fatos.
3. Alterações legais posteriores não são capazes de modificar a dinâmica fática já ocorrida, porque a conduta delitiva imputada aos réus é a falsa declaração de uma situação fático-jurídica então inexistente. Uma modificação legislativa que dê novo enquadramento ao atual regime das empresas não muda o fato de que, em 2011, a informação prestada à Administração Pública foi, em tese, falsa.
4. As sucessivas revisões dos quantitativos máximos da Lei Complementar 123/2006, para fazer frente à inflação, não descaracterizam crimes cometidos anteriormente.
5. Agravo conhecido para dar provimento ao recurso especial, a fim de afastar a absolvição sumária e determinar que o processo tenha seguimento no primeiro grau.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do agravo e dar provimento ao recursal especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, João Otávio de Noronha e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.

Brasília (DF), 08 de junho de 2021 (data do julgamento)

MINISTRO RIBEIRO DANTAS

Relator



AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.526.095 - RJ (2019/0180589-9)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
AGRAVANTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
AGRAVADO : **CAROLINE PINGUELLI MARTINS FERREIRA BARBOSA**
ADVOGADOS : **CARLO HUBERTH CASTRO CUEVA E LUCHIONE - RJ047698**
JULIANA VILLAS BOAS BORGES - RJ163806
NICOLAS DANTE DI IULIO - RJ189891
AGRAVADO : **KATIA MARIA AMORIM COSTA BARCELOS**
AGRAVADO : **FRANCISCO JOSE RIBEIRO DE BARCELOS**
ADVOGADOS : **MARCELLINO TOSTES PICANCO - RJ037311**
MARIA MARGARETE PEREIRA DA SILVA - RJ098971
MARIA COELI TOSTES PICANCO - RJ098245
MEYRIELLE DE OLIVEIRA LIMA BARBOSA - RJ198966

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

Trata-se de agravo contra a decisão que inadmitiu o recurso especial interposto pelo **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**, com fundamento na alínea "a" do permissivo constitucional, em oposição a acórdão proferido pelo TRF da 2ª Região, assim ementado:

"PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. FRAUDAR PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. ENQUADRAMENTO COMO MICROEMPRESA/EMPRESA DE PEQUENO PORTE. AUSÊNCIA DO EXPEDIENTE FRAUDULENTO. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO.

I - Declaração de enquadramento como microempresa/empresa de pequeno porte de acordo com os parâmetros estabelecidos pela Lei Complementar nº 139/2011, cuja alteração legislativa foi publicada ainda no curso da fase de lances do pregão realizado.

II - Ausência de fraude para frustração do caráter competitivo do certame.

III - Recurso ministerial não provido" (e-STJ, fls. 169-176).

Na origem, o *Parquet* ofereceu denúncia (e-STJ, fls. 3-7) em face dos recorridos, sócios das empresas CBPR MATERIAIS E SERVIÇO LTDA. e VINIPEL COMERCIAL LTDA., imputando-lhes a prática do delito previsto no art. 90 da Lei 8.666/1993. A exordial narra que as sociedades empresárias apresentaram declarações falsas, para que pudessem participar de licitação restrita a microempresas e empresas de pequeno porte (ME/EPP), mesmo sem se enquadrarem nesta condição. O certame licitatório - na modalidade de pregão eletrônico -, por sua vez, foi iniciado em 8/11/2011 e concluído em 14/11/2011.

Após o recebimento da denúncia, em (e-STJ, fls. 20-21), os réus apresentaram suas respostas à acusação (e-STJ, fls. 62-67 e 83-92). Na fase do art. 397 do CPP, o magistrado singular os absolveu sumariamente (e-STJ, fls. 96-102), por entender que a Lei Complementar 139/2011, ao elevar os valores máximos para fins de caracterização como ME ou EPP, têm eficácia retroativa. Deste modo, como as receitas brutas das duas sociedades empresárias eram inferiores aos novos limites legais, restaria superada a anterior falsidade de suas declarações.

Interposta apelação pelo MPF (e-STJ, fls. 103-113), a Corte de origem negou-lhe

Superior Tribunal de Justiça

provimento, no acórdão cuja ementa transcrevi acima.

Os embargos de declaração opostos contra esse aresto foram rejeitados (e-STJ, fls. 195-202).

O recurso especial do órgão acusador (e-STJ, fls. 205-223) aponta violação dos arts. 397, III, do CPP; 2º, parágrafo único, do CP; 90 da Lei 8.666/1993; e 3º, II, da Lei Complementar 123/2006. Na ótica do *Parquet*, a Lei Complementar 139/2011 não tem natureza penal, tampouco serve para complementar o sentido do art. 90 da Lei 8.666/1993, o qual não veicula norma penal em branco. A acusação argumenta, nesse sentido, que intenção do legislador ao alterar as cifras para enquadramento como ME ou EPP não foi a de abolir eventuais fraudes antes cometidas, mas apenas adequar tais montantes à pressão inflacionária.

Outrossim, mesmo considerando os novos limites legais de receita bruta, as verbas que as duas empresas receberam do governo federal já chegariam próximas aos tetos então vigentes, o que recomendaria o prosseguimento da instrução para avaliar se, de fato, foram respeitados os quantitativos elencados no art. 3º da Lei Complementar 123/2006.

Pede, ao final, o provimento do recurso, "a fim de afastar a absolvição sumária e determinar a retomada da instrução criminal em primeiro grau de jurisdição" (e-STJ, fl. 223).

FRANCISCO JOSÉ RIBEIRO DE BARCELOS (e-STJ, fls. 226-228) e CAROLINE PINGUELLI MARTINS FERREIRA (e-STJ, fls. 229-234) apresentaram contrarrazões.

O apelo nobre foi inadmitido na origem, com espeque nas Súmulas 7 e 83/STJ (e-STJ, fls. 240-242), ao que se seguiu a interposição de agravo (e-STJ, fls. 246-255), no qual a acusação combate a incidência dos óbices sumulares.

Remetidos os autos a esta Corte Superior, o MPF sugeriu o provimento do recurso, nos termos da seguinte ementa:

"AGRAVO CONTRA DECISÃO QUE NEGOU SEGUIMENTO A RECURSO ESPECIAL. DOCUMENTO FALSO. ARTIGOS 304, CAPUT, C/C ARTIGO 71 E 69, TODOS DO CÓDIGO PENAL. REVALORAÇÃO DE PROVAS. NÃO INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. PROVAS SUFICIENTES PARA ENSEJAR A CONDENAÇÃO. PROVIMENTO DO AGRAVO E DO RECURSO ESPECIAL" (e-STJ, fls. 276-283).

É o relatório.

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.526.095 - RJ (2019/0180589-9)

RELATOR : **MINISTRO RIBEIRO DANTAS**
AGRAVANTE : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
AGRAVADO : **CAROLINE PINGUELLI MARTINS FERREIRA BARBOSA**
ADVOGADOS : **CARLO HUBERTH CASTRO CUEVA E LUCHIONE - RJ047698**
JULIANA VILLAS BOAS BORGES - RJ163806
NICOLAS DANTE DI IULIO - RJ189891
AGRAVADO : **KATIA MARIA AMORIM COSTA BARCELOS**
AGRAVADO : **FRANCISCO JOSE RIBEIRO DE BARCELOS**
ADVOGADOS : **MARCELLINO TOSTES PICANCO - RJ037311**
MARIA MARGARETE PEREIRA DA SILVA - RJ098971
MARIA COELI TOSTES PICANCO - RJ098245
MEYRIELLE DE OLIVEIRA LIMA BARBOSA - RJ198966

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FRAUDE EM LICITAÇÃO. DECLARAÇÃO FALSA QUANTO À CONDIÇÃO DE ME/EPP, PARA PARTICIPAR DE CERTAME LICITATÓRIO. POSTERIOR ELEVAÇÃO DOS LIMITES MÁXIMOS DE RECEITA BRUTA PARA ENQUADRAMENTO COMO ME/EPP PELA LEI COMPLEMENTAR 139/2011. APLICAÇÃO RETROATIVA, PARA TORNAR VERDADEIRAS AS DECLARAÇÕES. DESCABIMENTO. AGRAVO CONHECIDO E RECURSO ESPECIAL PROVIDO, A FIM DE AFASTAR A ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA.

1. A denúncia narra que os recorridos apresentaram declarações falsas para que suas empresas pudessem participar de licitação restrita a MÊs/EPPs, mesmo sem se enquadrarem nesta condição, porque ultrapassavam os limites máximos de receita bruta anual à época previstos na Lei Complementar 123/2006.
2. Considerando a entrada em vigor da Lei Complementar 139/2011 (que elevou tais limites), a Corte local vislumbrou a ocorrência de *abolitio criminis*, uma vez que as sociedades empresárias se enquadravam a estes novos patamares, instituídos após a prática dos fatos.
3. Alterações legais posteriores não são capazes de modificar a dinâmica fática já ocorrida, porque a conduta delitativa imputada aos réus é a falsa declaração de uma situação fático-jurídica então inexistente. Uma modificação legislativa que dê novo enquadramento ao atual regime das empresas não muda o fato de que, em 2011, a informação prestada à Administração Pública foi, em tese, falsa.
4. As sucessivas revisões dos quantitativos máximos da Lei Complementar 123/2006, para fazer frente à inflação, não descaracterizam crimes cometidos anteriormente.
5. Agravo conhecido para dar provimento ao recurso especial, a fim de afastar a absolvição sumária e determinar que o processo tenha seguimento no primeiro grau.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RIBEIRO DANTAS (Relator):

1. Considerações preliminares

O agravo combate de maneira específica os fundamentos utilizados pela Corte de origem (quais sejam, as Súmulas 7 e 83/STJ) para obstar a tramitação do apelo nobre, de maneira que deve ser conhecido.

Ainda sobre o agravo, penso que os referidos enunciados sumulares realmente são inaplicáveis ao caso dos autos, como defende o agravante.

O recurso especial do *Parquet* defende a ausência de retroatividade da Lei Complementar 139/2011 para fins penais, fundamentado em sua interpretação dos arts. 90 da Lei 8.666/1993, 2º, parágrafo único, do CP e 3º, II, da Lei Complementar 123/2006.

Este argumento tem natureza estritamente jurídica, podendo ser avaliado à luz do quadro fático acima delineado; além disso, a específica questão apresentada pelo MPF ainda não foi enfrentada por esta Corte Superior, inexistindo jurisprudência sobre o tema - tanto que o TRF da 2ª Região, ao inadmitir o recurso especial, não citou qualquer precedente do STJ.

Atendidos os demais requisitos de admissibilidade, passo ao julgamento meritório do apelo nobre, conforme a permissão do art. 1.042, § 5º, do CPC/2015.

2. Irretroatividade da Lei Complementar 139/2011

O princípio da legalidade estrita no direito penal, em sua formulação atual, deve muito ao trabalho de PAUL JOHANN ANSELM RITTER VON FEUERBACH, responsável pela reforma do Código Criminal da Baviera de 1813. Embora a concepção de legalidade lhe seja anterior, é inegável a contribuição de FEUERBACH para a sistematização, em seu *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts* (Giessen: Georg Friedrich Heyer Verlag, 1847, p. 41) dos brocardos *nulla poena sine lege*, *nulla poena sine crimine* e *nullum crimen sine poena legali*.

A legalidade guarda, também, uma dimensão temporal, cujos corolários são os princípios da anterioridade (art. 5º, XXXIX, da CF/1988 e 1º, *caput*, do CP) e retroatividade da lei penal mais benéfica (art. 5º, XL, da CF/1988 e 2º, *caput* e parágrafo único, do CP), que excepciona o primeiro. A própria fragmentariedade do direito penal, a propósito, se relaciona com esta específica exceção à regra geral do *tempus regit actum*. Com efeito,

"Se o direito penal regula somente as situações excepcionais, em que o Estado deve intervir para a reeducação social do autor, a sucessão de leis que alteram a ingerência do Estado no círculo de bens jurídicos do autor denota uma modificação na desvalorização de sua conduta. Essa modificação significa que a lei considera desnecessária uma ingerência da mesma intensidade nos bens jurídicos do autor, ou que diretamente é dispensável qualquer ingerência. Disso resulta que já não tem sentido a intervenção do Estado, por desnecessária, não se podendo sustentar apenas no fato de que foi considerada necessária no momento em que o autor cometeu o delito" (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro - parte geral*. 4. ed. São Paulo: Thomsom Reuters Brasil, 2020, capítulo VI, 95).

A questão a ser respondida no presente caso é, portanto, definir se ocorreu *abolitio criminis* quanto à conduta imputada aos réus. Em outras palavras: a (possível) inserção de informação falsa em documento público, para fins de participação em procedimento licitatório,

Superior Tribunal de Justiça

deixou de ser sancionada pelo direito penal brasileiro, em decorrência da Lei Complementar 139/2011?

Penso que a resposta a essa pergunta é negativa, estando a razão com o *Parquet*.

Como se depreende do acórdão, a licitação na qual competiram as sociedades empresárias era restrita àquelas enquadráveis como ME ou EPP, nos termos da Lei Complementar 123/2006, segundo os limites de receita bruta indicados no art. 3º do referido diploma. O dispositivo, à época dos fatos, tinha a seguinte redação:

"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)".

O texto normativo foi alterado pela Lei Complementar 139/2011 (já revogada neste ponto, atualmente, pela Lei Complementar 155/2016), nos seguintes termos:

"Art. 2º. Os arts. 1º, 3º, 17, 18, 18-A, 19, 20, 25, 30, 31, 41 e 68 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, passam a vigorar com as seguintes alterações:

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:

I - no caso da microempresa, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais); e

II - no caso da empresa de pequeno porte, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais)".

Para o MPF, há indícios de que a receita das sociedades empresárias CBPR e VINIPEL superou o teto instituído na redação originária da Lei Complementar 123/2006. A Corte de origem, por outro lado, entendeu que a elevação deste limite, em 2011, afastaria a tipicidade da apresentação de declarações falsas pelos recorrentes, porque, antes de terminado o pregão, a Lei Complementar 139/2011 admitiria o enquadramento das empresas no regime diferenciado da Lei Complementar 123/2006.

Esta argumentação, todavia, contém dois equívocos.

Primeiramente, é verdade que, como verificou o TRF, a Lei Complementar

Superior Tribunal de Justiça

139/2011 foi publicada em 11/11/2011, enquanto a licitação foi concluída no dia 14/11/2011 (e-STJ, fl. 174). Ocorre que a alteração dos quantitativos do art. 3º da Lei Complementar 123/2006 pelo art. 2º da Lei Complementar 139/2011 não entrou em vigor naquela data, mas somente em 1/1/2012. É o que se colhe do art. 7º da lei modificadora:

"Art. 7º. Esta Lei Complementar entra em vigor na data de sua publicação, **exceto quanto aos arts. 2º a 4º**, os quais produzirão efeitos a partir de 1º de janeiro de 2012".

O dispositivo faz sentido, inclusive, porque a classificação como ME ou EPP produz efeitos tributários significativos, de modo que, para os tributos com fato gerador complexo (como o IRPJ), a vigência imediata desta nova regra enquanto ainda não finalizado o ano-calendário (que é justamente a base temporal da incidência tributária) traria grandes dificuldades práticas. É que

"O Estatuto, neste contexto, despreza os exercícios contábeis e se atém ao ano civil, a quem denomina ano-calendário. Dessa forma, independentemente do exercício contábil estabelecido no estatuto, atentar-se-á ao período entre 1º de janeiro a 31 de dezembro (ano-calendário)" (MAMEDE, Gladston. *Empresa e atuação empresarial*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 102).

Assim, ao contrário que afirmou o TRF, os limites originais da Lei Complementar 123/2006 ainda eram aplicáveis quando terminado o prego, em 14/11/2011.

A segunda fragilidade da tese adotada na origem diz respeito à interpretação do art. 2º, parágrafo único, do CP propriamente dito.

O que a denúncia imputou aos réus foi a falsidade na declaração de que, **no ano-calendário de 2011**, as pessoas jurídicas das quais eram sócios se enquadravam nos limites de receita bruta da Lei Complementar 123/2006. Como relata a exordial, a VINIPEL extrapolou o teto das EPPs, nos anos de 2009 e 2010 e das MEs em 2011, enquanto a CBPR faturou acima do limite das EPPs em 2011 e das MEs em 2009 e 2010 (e-STJ, fl. 4). Este exame, ressalte-se, analisou apenas as verbas recebidas pelas empresas em contratos com a Administração Pública federal, de modo que os faturamentos respectivos poderiam ser ainda maiores (algo a ser apurado na instrução processual).

Não se pode ignorar que, na atual sistemática da Lei Complementar 123/2006, a perda da condição de ME/EPP é automática, bastando para tanto o descumprimento das condições ali exigidas, como explica ANDRÉ LUIZ SANTA CRUZ RAMOS:

“Segundo o disposto na antiga legislação, a perda da condição de ME ou de EPP, em decorrência de a receita bruta anual extrapolar os limites legais, somente ocorreria se esse excesso se verificasse: (i) durante dois anos consecutivos ou (ii) em três anos alternados, em um período de cinco anos. A nova Lei Geral, todavia, optou justamente por um sistema que prevê o reenquadramento e o desenquadramento automáticos, voltando, pois, à sistemática que era adotada na Lei 8.864/1994” (RAMOS, André Luiz Santa Cruz. *Direito empresarial*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 922).

Por conseguinte, ultrapassado o máximo de faturamento permitido pela legislação para o tratamento diferenciado das MEs e EPPs, fica de pronto efetuada a exclusão deste

Superior Tribunal de Justiça

regime benéfico. Se as sociedades empresárias dos recorrentes readquiriram seu enquadramento à Lei Complementar 123/2006 no ano de 2012, em virtude das mudanças introduzidas pela Lei Complementar 139/2011, isto em nada afeta ou altera os fatos ocorridos em 2011. O que importa definir é se, quando apresentadas as declarações para participação no processo licitatório, as duas empresas faziam jus, realmente, à titulação de MEs ou EPPs, podendo desfrutar dos benefícios respectivos; ou se, como diz o MPF, não integravam o regime próprio da Lei Complementar 123/2006.

Ou seja: a acusação não diz que as duas empresas não são, hoje, MEs ou EPPs, mas sim que, **no específico ano-calendário de 2011**, não tinham essa qualificação, falsamente atestada por seus dirigentes. Como se percebe, alterações legais posteriores são incapazes de modificar a dinâmica *fática* já ocorrida, porque a conduta delitativa imputada aos réus é a falsa declaração de uma situação *fático-jurídica* então inexistente. Uma modificação legislativa que dê novo enquadramento ao *atual* regime das empresas não muda *o fato* de que, em 2011, a informação prestada à Administração Pública foi, em tese, falsa.

Como a fase instrutória não chegou a ser realizada, não há definição concreta do que efetivamente aconteceu. Não se pode dizer, neste momento processual, se as declarações firmadas eram falsas, tampouco, em caso afirmativo, qual a extensão do eventual dolo dos recorrentes. Todas essas questões deverão ser enfrentadas a tempo e modo pelas instâncias ordinárias. Inobstante, à luz da imputação formulada pelo MPF, a mera superveniência da Lei Complementar 139/2011 não afasta o desvalor das condutas narradas na exordial.

É necessário lembrar que a previsão de tratamento mais benéfico às MEs e EPPs tem a finalidade constitucional (*ex vi* dos arts. 146, III, "d", 170, IX, e 179 da CF/1998) de criar um ambiente jurídico favorável aos empreendimentos que, por seu tamanho reduzido, não detém a estrutura para competir em condições de igualdade com todos os gigantes do mercado.

A forma encontrada pela legislação para tornar objetiva esta condição foi a fixação de um limite de receita bruta, em dinheiro, e como tal suscetível às variações inflacionárias. A propósito, a atualização do teto de receita bruta das EPPs, dos R\$ 2.400.000,00 fixados em 2006 para os R\$ 3.600.000,00 da Lei Complementar 139/2011, corresponde a pouco mais do que a inflação acumulada no período (30,78%, conforme o IPCA).

Esta constatação é fundamental, porque demonstra que as sucessivas revisões dos quantitativos máximos da Lei Complementar 123/2006, para fazer frente à inflação, não se aplicam a anos anteriores - ainda que para fins criminais -, sob pena de instituir uma grave distorção concorrencial e atentar contra os próprios objetivos do Estatuto. Afinal, a obtenção de uma receita bruta de R\$ 3.600.000,00 no ano de 2012 representa, na prática, um poder aquisitivo *menor* do que o auferimento, em 2011, do mesmo montante.

Apenas para contextualizar a discussão, a variação do IPCA entre janeiro de 2011 e janeiro de 2012 (quando entrou em vigor o art. 2º da Lei Complementar 139/2011) foi de 6,5%. Com uma receita de R\$ 3.600.000,00, em 2011, o legislador entendia que uma empresa nacional tinha condições suficientes de se organizar e competir, de maneira isonômica, com os demais agentes de mercado. A mesma receita, no ano seguinte, lhe dava 6,5% menos recursos para investir em sua estrutura e tornar-se competitiva, o que justificou, na visão do Poder Legislativo, a extensão do tratamento diferenciado. Esta nítida distinção entre os cenários econômicos de cada ano, num país que lida com um fenômeno de inflação relevante, não permite que se utilizem valores previstos em outro contexto para fazer uma espécie de enquadramento retroativo das empresas como MEs ou EPPs.

Imagine-se, por exemplo, um crime de sonegação fiscal cometido no ano de 2000, em que uma contribuinte omitiu receitas para aderir indevidamente ao regime do antigo SIMPLES, das Leis 9.317/1996 e 9.841/1999. Se fosse procedente o argumento do acórdão recorrido, seria possível, por exemplo, empregar os novos patamares do art. 3º da Lei

Complementar 123/2006 (elevados novamente em 2016) para desconstituir a constituição anterior. Isto ignoraria que, em 2000, uma empresa que faturou R\$ 4.800.000,00, que é o teto atual para caracterização como EPP, conseguiu um aporte financeiro muito maior do que se tivesse auferido a mesma quantia no ano de 2021.

É certo que a retroatividade da lei penal mais benéfica não se restringe às hipóteses de *abolitio criminis*, abrangendo também os casos de alteração do "tipo penal incriminador, variando a descrição da conduta, de forma a excluir certas maneiras de execução, bem como modificando a sanção penal, conferindo-lhe abrandamento ou concedendo-lhe benefícios penais antes inexistentes" (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 40). Nada disso ocorreu no caso dos autos, em que a "maneira de execução" do delito de fraude à licitação supostamente adotada pelos réus não foi descriminalizada pela Lei Complementar 139/2011.

3. Dispositivo

Ante o exposto, **conheço do agravo e dou provimento** ao recursal especial, para afastar a absolvição sumária dos réus e determinar o retorno dos autos à primeira instância, a fim de que o processo tenha regular seguimento.

É o voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUINTA TURMA**

Número Registro: 2019/0180589-9 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AREsp 1.526.095 / RJ**
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 05057733820164025101 0508503-56.2015.4.02.5101 05085035620154025101 086720151
2015.51.01.508503-0 201551015085030 5085035620154025101

EM MESA

JULGADO: 08/06/2021

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RIBEIRO DANTAS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **JOEL ILAN PACIORNIK**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **MÔNICA NICIDA GARCIA**

Secretário

Me. **MARCELO PEREIRA CRUVINEL**

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
AGRAVADO : CAROLINE PINGUELLI MARTINS FERREIRA BARBOSA
ADVOGADOS : CARLO HUBERTH CASTRO CUEVA E LUCHIONE - RJ047698
JULIANA VILLAS BOAS BORGES - RJ163806
NICOLAS DANTE DI IULIO - RJ189891
AGRAVADO : KATIA MARIA AMORIM COSTA BARCELOS
AGRAVADO : FRANCISCO JOSE RIBEIRO DE BARCELOS
ADVOGADOS : MARCELLINO TOSTES PICANCO - RJ037311
MARIA MARGARETE PEREIRA DA SILVA - RJ098971
MARIA COELI TOSTES PICANCO - RJ098245
MEYRIELLE DE OLIVEIRA LIMA BARBOSA - RJ198966

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes Previstos na Legislação Extravagante - Crimes da Lei de licitações

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, conheceu do agravo e deu provimento ao recursal especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, João Otávio de Noronha e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.