

ORIENTAÇÃO N.º 056/2021

DECLARAÇÃO FALSA DE ENQUADRAMENTO NAS CONDIÇÕES DA LEI COMPLEMENTAR N.º 123/06

Resumo

A Lei Complementar n.º 123, de 2006, ao inaugurar um novel marco regulatório para as microempresas e empresas de pequeno porte, estabeleceu, em seus artigos 42 e seguintes, uma série de medidas diferenciadas com o escopo de beneficiar aquelas empresas num importante seguimento de mercado: as contratações realizadas pelos órgãos e entidades da Administração Pública. O Estatuto Nacional das Pequenas Empresas e Empresas de Pequeno Porte, ao priorizar o acesso privilegiado às licitações públicas, reconhece nas pequenas empresas o seu importante papel social. A existência de tratamento diferenciado não impede, por outro lado, práticas fraudulentas, que além de danosas para os licitantes que nessa qualidade podem se beneficiar, também são prejudiciais ao interesse público, especialmente por violar os princípios da isonomia, da competitividade e da seleção da proposta mais vantajosa. Não é raro deparar-se com empresas que se declaram, fraudulenta ou falsamente, microempresários ou pequenos empresários, apenas para beneficiar-se do tratamento diferenciado previstos na Lei Complementar n.º 123/2006. Atentos a essas declarações, os órgãos de controle externo, a exemplo do Tribunal de Contas da União, têm sólida e robusta jurisprudência, tal como a que circulou no Informativo n.º 361, de 2019, em que restou deliberado que comete fraude à licitação o pequeno empresário que se vale desse subterfúgio para gozar do tratamento diferenciado, independentemente da obtenção da vantagem esperada.

Introdução

Com o intuito de garantir tratamento diferenciado às empresas de pequeno porte, a **Constituição Federal de 1988**, com posteriores alterações pelas **Emendas Constitucionais de n.º 06, de 1995, e n.º 42 de 2003**, em seus **artigos 146, inciso III, alínea “d” e 170, inciso IX**, estabelecem que:

“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.



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.”

Em decorrência das previsões constitucionais, foi aprovada a **Lei Complementar n.º 123/2006**, que instituiu o Estatuto Nacional de Microempresa e Empresa de Pequeno Porte, conferindo vantagens às mencionadas espécies empresárias.

Questiona-se, com frequência, se esse o tratamento diferenciado não violaria o princípio da isonomia, que está previsto no **artigo 37, inciso XXI da Constituição Federal**¹ e no artigo 3º da **Lei Federal n.º 8.666/1993**².

O tratamento desigual que favorece essas empresas ocorre através de ações afirmativas do Estado, que consistem em políticas públicas voltadas para grupos considerados desiguais, na tentativa de minimizar as diferenças entre os pequenos empresários, se comparados às grandes empresas.

Com efeito, há que se mencionar ainda o fato de que essas medidas previstas pelos **artigos 146, inciso III, alínea “d” e 170, inciso IX Constituição Federal de 1988** se tratam de garantias ao desenvolvimento nacional, considerando que as pequenas empresas, além de gerarem empregos e distribuição de renda no país, movimentam a economia.

Introduzido o tema, registre-se que, nos termos do **artigo 3º da Lei Complementar n.º 123/2006**, a definição de microempresa e empresa de pequeno porte consiste:

“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

¹ Art. 37 da Constituição Federal de 1988.

[...]

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”

² Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.



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).”

Assim, nota-se que o parâmetro para a aplicação dos benefícios previstos na LC 123/06 ancora-se na receita bruta anual auferida pela empresa. Tais benefícios consistem, a título de exemplo, na possibilidade de regularizar, mesmo que tardiamente, a regularidade fiscal e trabalhista, como também, o empate ficto.

Ocorre que, não raras vezes, pequenos empresários apresentam, para os fins de habilitação, e, portanto, para usufruir do tratamento diferenciado, declaração falsa de enquadramento, com manifesta e inequívoca vontade de fraudar o caráter competitivo do prélio público.

A participação, nessas circunstâncias, reputa-se fraudulenta, e, como tal, sujeita-se à apuração e responsabilização dos envolvidos, sem prejuízo da aplicação da sanção de declaração de inidoneidade.

Orientação

O tratamento diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte é fundamental para que a contratação de bens e serviços pela Administração Pública não se dê somente com grandes empresas, o que desestimularia o empreendedorismo e, conseqüentemente, a geração de emprego e renda no país.

Desse modo, de forma preventiva, a fim evitar a utilização fraudulenta das licitantes das prerrogativas conferidas pela LC 123/06, orienta-se incluir a previsão nos editais de licitação das penalidades que podem ser aplicadas aos licitantes que falsamente se enquadrem como microempreendedores ou empresas de pequeno porte.

Por outro lado, como já se sabe, estando determinada licitante irregular com sua situação fiscal, deverá de qualquer maneira se regularizar com o fisco, pois senão terão como consequência a não contratação e ainda poderão sofrer as penalidades dispostas no art. 87 da Lei nº 8.666/93, conforme estabelece o art. 43, § 2º da LC nº 123/08.

No edital, ao tratar das penalidades e sanções aos licitantes e contratados, deve-se incluir, como comportamento inidôneo, entre outros, a declaração falsa quanto ao enquadramento como ME/EPP. Dessa forma, de ofício ou mediante provocação de qualquer interessado ou cidadão, o Município deve requisitar a apresentação de documentos atualizados, como a declaração de compromissos firmados, comprovação da opção tributária, ou outro documento que comprove sua receita bruta. Poderá também o Município realizar diligências nos portais governamentais de pesquisas de transparência para verificar a renda bruta dessas microempresas.



Isso porque, caso a empresa licitante tenha declarado falsamente o seu enquadramento, terá cometido ato ilícito e por ele tem de ser responsabilizada, tendo ou não se sagrado vencedora, usufruído ou não de quaisquer dos benefícios previstos no Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte.

Caberá, assim, a responsabilização da licitante por fraude à licitação, face à flagrante lesão aos princípios da licitação, contidos no **artigo 3º da Lei Federal n.º 8.666/1993**, podendo ser declarada sua inidoneidade, em conformidade com o **art. 87, inciso IV**, desta Lei. Outrossim, cabível, ainda, a comunicação do fato para o Ministério Público, em razão da fraude à licitação [uso de documentação falsa].

No caso de pregões, a **Lei 10.520/2002** prevê no **artigo 7º** o descredenciamento no SICAF – Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores, ou em outro sistema de credenciamento de fornecedores a que se refere o **inciso XIV do artigo 4º** da mesma lei, bem como ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios.

Vale destacar que a nova **Lei de Licitações, de nº 14.133/2021**, prevê sanções administrativas em caso de irregularidades neste caso, contidas no **Título IV**, bem como já revogou os crimes previstos na **Lei 8.666/1993**, de forma que somente os crimes previstos pela lei nova estão em vigor, tais como: crime de Fraude em Licitação ou contrato - **artigo 377-L** - do novo diploma legal.

Outro ponto que merece destaque é a disposição contida no **§2º do artigo 4º da Lei nº 14.133/2021** [Nova Lei de Licitações e Contratos], a qual condiciona a aplicação dos benefícios previstos pelos artigos **42 a 49 da Lei Complementar nº 123/2006** somente às licitantes que, no ano-calendário da realização da licitação que participem, não tenham celebrado contratos com a Administração Pública, cujos valores somados extrapolem a receita bruta máxima admitida para fins de enquadramento como empresa de pequeno porte.

Assim, aconselhamos que os órgãos ou entidades da Administração Pública devem exigir no edital das licitações que promoverem a declaração nos moldes estabelecidos pelo **§2º do artigo 4º da Lei nº 14.133/2021**, sob pena de responsabilização por fraude à licitação.

Nesse sentido, o Tribunal de Contas da União, conforme Acórdão nº 61/2019-Plenário, entendeu que 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 **Lei Complementar nº 123/2006**, configura fraude à licitação e enseja a aplicação da penalidade do **art. 46 da Lei 8.443/1992** [que dispõe sobre a lei orgânica do TCU], o qual se aplica nos casos de licitações promovidas pela Administração Pública Federal. Segundo o Relator, inclusive, não se mostra necessário, para a configuração do ilícito, que a autora da fraude tenha obtido a vantagem esperada.



Conclusão

Pelo exposto, a empresa licitante que declare falsamente enquadrar-se nas condições da **Lei Complementar n.º 123/2006**, que prevê tratamento diferenciado para as microempresas e empresas de pequeno porte, bem como às sociedades cooperativas, nos termos **do artigo 34 da Lei n.º 11.488/2007**, comete ato ilícito, mesmo que não tenham usufruído de quaisquer dos tratamentos diferenciados dispensados às microempresas e empresas de pequeno porte e, tampouco, obtido vantagem esperada.

Assim, sempre que órgão licitante, de ofício ou mediante provocação, deparar-se com licitantes que, objetivando usufruir do tratamento diferenciado previsto na **Lei Complementar n.º 123/2006**, apresentaram declaração falsa de enquadramento na condição de microempresa ou empresa de pequeno porte, deve o órgão promotor da licitação requisitar a apresentação de documentos atualizados, como a declaração de compromissos firmados, comprovação da opção tributária, ou outro documento que comprove sua receita bruta. Sendo constatada a fraude, deverá ser instaurado o procedimento de imputação de responsabilidade e de sancionamento, sendo adequada a punição nos moldes do **art. 87, inc. IV, da Lei n.º 8.666/93**.

Adamantina - SP, 11 de junho de 2021.



Henrico Queçada Pereira
Consultor



Rafael Antonio Shimada
Consultor

Revisada e aprovada por:



Antonio Francisco Moreno
Sócio Diretor

