

## ORIENTAÇÃO N.º 190/2023

INIDONEIDADE. ME E EPP E BENEFÍCIOS LICITATÓRIOS. SÓCIO NÃO DEVE PARTICIPAR COM MAIS DE DEZ POR CENTO DO CAPITAL DE OUTRA EMPRESA NÃO BENEFICIADA

### Orientação

Sabe-se que a Lei complementar nº 123/06, que Instituiu o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, estabeleceu diversos benefícios às MEs e EPPs nos processos licitatórios. O tratamento diferenciado encontra balizas na própria Constituição Federal de 1988, isso em seus artigos 146, III, alínea “d”<sup>1</sup> e 179<sup>2</sup>.

Rony Charles<sup>3</sup> ensina que:

Esse estatuto teve como escopo regulamentador o tratamento favorecido às empresas de pequeno porte, previsto como um dos princípios constitucionais gerais da atividade econômica, no texto do inciso IX do artigo 170, da Constituição Federal. Portanto, do ponto de vista normativo, esse dispositivo constitucional é o arcabouço que serve de inspiração positivada e fortalece algumas das medidas adotadas pelo legislador ordinário, ou seja, o tratamento diferenciado tem como diretriz o favorecimento para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

[...]

Os benefícios dirigidos às microempresas e empresas de pequeno porte, pela aludida lei complementar, evidentemente se chocam com o anseio de igualdade de condições para todos os concorrentes, previsto no texto constitucional. Essa situação não é inédita, uma vez que debilitam a isonomia formal (*prestigiando o sentido material de igualdade*), conforme permitido pela norma da Constituição, que admitiu as ressalvas legais.

De maneira geral, são os artigos 42 a 49, todos da LC 123/06, que dispõem sobre o tratamento diferenciado nas compras públicas.

---

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> Art. 179. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.

<sup>3</sup> TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Leis de Licitações Públicas Comentadas**. 14 ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2023. p 968

Acontece que, em seu art. 3º, §4º, inciso IV, a LC 123/06, estabeleceu, logo após definir o enquadramento de MEs e EPPs, restrição aos benefícios do tratamento diferenciados às pessoas jurídicas que possuam titular ou sócio que participe com mais de 10% (dez por cento) do capital de outra empresa não beneficiada:

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 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).

[...]

§ 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;

Com base nesse aspecto de desenquadramento, o Tribunal de Contas da União, no **Acórdão 1.607/2023**<sup>4</sup>, entendeu que se constitui “fraude à licitação, ensejando a declaração inidoneidade”, a participação de pessoa jurídica em licitações, declarante da condição de ME ou EPP e pleiteando os benefícios do tratamento diferenciado, cujo sócio participe com mais de 10% do capital de outra empresa não beneficiada:

**Acórdão 1607/2023 Plenário** (Pedido de Reexame, Relator Ministro Vital do Rêgo) Responsabilidade. Declaração de inidoneidade. Tratamento diferenciado. Fraude. Cota social. Extrapolação. Microempresa. Pequena empresa. Sócio. 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, cujo sócio participe com mais de 10% do capital de outra empresa não beneficiada, fato que contraria o art. 3º, § 4º, inciso IV, dessa lei, bem como sua finalidade,

---

<sup>4</sup> Disponível em: [https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/\\*/NUMACORDAO%253A1607%2520ANOACORDAO%253A2023%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc/0/sinonimos%253Dfalse](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1607%2520ANOACORDAO%253A2023%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc/0/sinonimos%253Dfalse). Acessado no dia 13 de setembro de 2023.

não sendo necessário, para a configuração do ilícito, que a autora da fraude obtenha a vantagem esperada.

Destaca-se que o Tribunal esclarece não ser necessária a obtenção efetiva de vantagem, a mera participação da pessoa jurídica declarante já é suficiente para configurar afronta à regra do art. 3º, § 4º, inciso IV. No caso em vertente, entendeu-se se tratar de fraude à licitação, com aplicação da sanção de declaração de inidoneidade. Isso fica claro em outros trechos da decisão:

“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.

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)

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.

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.”

A declaração de inidoneidade é sanção prevista na Lei Federal nº 8.666/93, em seus artigos 87 e 88:

Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

[...]

IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.

[...]

§ 2º As sanções previstas nos incisos I, III e IV deste artigo poderão ser aplicadas juntamente com a do inciso II, facultada a defesa prévia do interessado, no respectivo processo, no prazo de 5 (cinco) dias úteis.

§ 3º A sanção estabelecida no inciso IV deste artigo é de competência exclusiva do Ministro de Estado, do Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso, facultada a defesa do interessado no respectivo processo, no prazo de 10 (dez) dias da abertura de vista, podendo a reabilitação ser requerida após 2 (dois) anos de sua aplicação.

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

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

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

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

## Conclusão

**Ante o exposto, S.M.J.**, conclui-se que o TCU tem interpretado que a mera declaração de enquadramento como ME ou EPP, visando o aproveitamento dos benefícios do tratamento diferenciado em licitações, quando a empresa possuir sócio detentor de participação maior do que 10% em outra empresa não enquadrada, é motivo suficiente para ensejar em declaração de inidoneidade, por desrespeito ao art. 3º, §4º, inciso IV, da Lei Complementar nº 123/06.

O Tribunal, no Acórdão **Acórdão 1.607/2023**, entendeu que não é necessária a demonstração de dolo ou má-fé para aplicação da sanção, nem mesmo é preciso que a empresa seja declarada vencedora do certame, ou obtenha alguma vantagem, bastando a sua participação para configuração do ilícito. Também foi destacado que o poder de influência do cotista não é fator de avaliação, uma vez que a LC 123/06, não adota esse tipo de parâmetro para estabelecer a vedação.

Adamantina/SP, 14 de setembro de 2023.

**Leonardo Vieira de Souza**

Consultor Responsável pela Elaboração

**José Carlos Pacheco de Almeida**

Responsável pela Revisão e Aprovação