



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Av. Rangel Pestana, 315 – Centro - CEP 01017-906 - São Paulo/SP-PABX: 3292-3226



ARTIGO

LEI COMPLEMENTAR Nº 147/14:

O fortalecimento do tratamento diferenciado dispensado às microempresas e às empresas de pequeno porte nas compras públicas

* *Claudine Corrêa Leite Bottesi*

Em 07 de agosto de 2014¹ foi promulgada a Lei Complementar nº 147, diploma que promoveu significativas modificações na Lei Complementar nº 123/2006 (Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte - MPE) e na Lei nº 8.666/1993 (Lei de Licitações).

O novo regramento teve como principal objetivo a diminuição de burocracias através da ampliação das simplificações comerciais e tributárias e, também, o fomento à participação das micro e pequenas empresas na economia regional e nacional, mediante a utilização do poder de compra governamental.

O presente texto concentra-se no específico exame das alterações que impactam nas aquisições públicas e tem como objetivo esboçar as principais alterações no Capítulo V - Do Acesso aos Mercados - Seção I - Das Aquisições Públicas da Lei Complementar nº 123/2006 e, bem assim, conceber breves comentários em relação à inclusão do artigo 5º-A na Lei nº 8.666/1993 e os parágrafos 14 e 15 ao artigo 3º do mesmo diploma.

Em linhas gerais a nova lei corrigiu lacunas da Lei Complementar nº 123/2006, eis que não se mostrou integralmente eficaz; quer porque deixava dúvidas a respeito da obrigatoriedade de aplicação de alguns benefícios, quer porque encontrou obstáculos na inércia dos legisladores locais na regulamentação no âmbito das diferentes esferas de governo.

¹ Entrou em vigor na data de sua publicação, em 08 de agosto de 2014, e, especificamente em relação a alguns artigos, como por exemplo, o artigo 49, I e outros mais orientados a temas tributários, entrou em vigor somente em 1º janeiro de 2015.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Av. Rangel Pestana, 315 – Centro - CEP 01017-906 - São Paulo/SP-PABX: 3292-3226



ARTIGO

Neste aspecto, o novel diploma pôs fim à incerteza que pairava a respeito da obrigatoriedade de alguns comandos, que antes se valiam do verbo nuclear “*poderá*”, passando a valer-se, agora, do verbo “*deverá*”, o que denota a imperatividade das regras. Além disso, passou a determinar a aplicação da legislação federal enquanto não houver a edição de regulamentos locais.

O tema se revela extremamente importante no contexto do desenvolvimento nacional: esse segmento de mercado é responsável por considerável percentual da renda e geração de emprego, representando 27% do Produto Interno Bruto, ou seja, mais de um quarto do PIB da nação, e 52%² dos empregos formais do país.

No Portal de Compras do Governo Federal, o Comprasnet, as micro e pequenas empresas já representam 57% do total de fornecedores cadastrados e, segundo o SEBRAE-SP, dentre as atividades que mais vendem para o governo destacam-se os serviços de consultoria, minimercados e mercearias, comércio de materiais de construção e manutenção de máquinas e equipamentos.

No âmbito local esse setor representa significativa alavanca na indução do desenvolvimento regional e desempenha papel fundamental na promoção da economia das cidades, gerando aumento de empregos e incremento na arrecadação de tributos que regressam à população em forma de melhorias na infraestrutura e nos serviços públicos.

Afora o relevante papel das MPEs na economia, o tratamento diferenciado e o desenvolvimento sustentável nacional são diretivas de alicerce constitucional. Destacam-se o artigo 170, IX³, que expressamente prevê o tratamento favorecido às MPEs; o artigo 179⁴ que dispõe que as três esferas da federação dispensarão tratamento jurídico diferenciado a

² Disponível em: <http://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/ufs/mt/noticias/Micro-e-pequenas-empresas-geram-27%25-do-PIB-do-Brasil> . Acesso em 25/06/15

³ 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. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995)

⁴ 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.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Av. Rangel Pestana, 315 – Centro - CEP 01017-906 - São Paulo/SP-PABX: 3292-3226



ARTIGO

MPEs por meio de lei; o artigo 3º, II e III⁵, que cuida dos objetivos fundamentais da República mencionando a redução das desigualdades regionais; o artigo 219⁶, que prevê que o mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado, nos termos de lei federal; o artigo 174, § 1º⁷, que trata do desenvolvimento nacional equilibrado; e, o artigo 43⁸, que prescreve que a União poderá articular sua ação em um mesmo complexo geoeconômico e social, visando a seu desenvolvimento e à redução das desigualdades regionais.

A utilização do poder de compra governamental para impulsionar os pequenos negócios não é prática inédita no mundo, sendo empregada por diversos países, a exemplo dos Estados Unidos⁹ (*Small Business Act*), Japão, Coréia, e diversos países integrantes da União Europeia¹⁰, da América Latina e do Reino Unido.

⁵ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

⁶ Art. 219. O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal.

⁷ Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

§ 1º - A lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento.

⁸ Art. 43. Para efeitos administrativos, a União poderá articular sua ação em um mesmo complexo geoeconômico e social, visando a seu desenvolvimento e à redução das desigualdades regionais.

§ 1º Lei complementar disporá sobre:

I - as condições para integração de regiões em desenvolvimento;

II - a composição dos organismos regionais que executarão, na forma da lei, os planos regionais, integrantes dos planos nacionais de desenvolvimento econômico e social, aprovados juntamente com estes.

§ 2º Os incentivos regionais compreenderão, além de outros, na forma da lei:

I - igualdade de tarifas, fretes, seguros e outros itens de custos e preços de responsabilidade do Poder Público;

II - juros favorecidos para financiamento de atividades prioritárias;

III - isenções, reduções ou diferimento temporário de tributos federais devidos por pessoas físicas ou jurídicas;

IV - prioridade para o aproveitamento econômico e social dos rios e das massas de água represadas ou represáveis nas regiões de baixa renda, sujeitas a secas periódicas.

§ 3º Nas áreas a que se refere o § 2º, IV, a União incentivará a recuperação de terras áridas e cooperará com os pequenos e médios proprietários rurais para o estabelecimento, em suas glebas, de fontes de água e de pequena irrigação.

⁹ Disponível em: http://www3.tesouro.fazenda.gov.br/Premio_TN/XPremio/financas/3tefpXPTN/3pemie_tefp.pdf. Acesso em 25/06/15

¹⁰ Disponível em: <http://www.ciglob.org/inicio/files/WP03%20-%20Solimano,%20Pollack,%20Wainer,%20Wurgaft%20-%20Micro%20Empresas,%20PyMEs%20y%20Desarrollo%20Econ.pdf>. Acesso em 25/06/15



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Av. Rangel Pestana, 315 – Centro - CEP 01017-906 - São Paulo/SP-PABX: 3292-3226



ARTIGO

Sob todos estes prismas revela-se imperiosa a necessidade de refletir sobre o tema e exigir o cumprimento das regras pelas Administrações Públicas, sempre tendo em mira princípios constitucionais que regem a matéria, e, evidentemente, dentro de limites e balizas legais.

Por outro lado, não se pode deixar de criticar o texto normativo, uma vez que em diversos momentos se mostra desprovido de lógica. Alguns comandos parecem até padecer de inconstitucionalidade, porquanto sobrepõem o interesse de uma fatia de mercado em face do interesse público, com severas restrições à competitividade e, por isso, será necessário um olhar atento aos limites legais e aos princípios constitucionais.

Não pretendendo esgotar o assunto ou discutir inconstitucionalidades ou excessos do legislador, este breve estudo objetiva traçar as principais alterações inauguradas pela Lei Complementar nº 147/2014, e, bem assim, levantar algumas celeumas no campo prático.

Para fins didáticos, o texto foi dividido em 04 (quatro) aspectos: **I) Noções introdutórias; II) Alterações na Lei nº 8.666/1993; III) Alterações na Lei Complementar nº 123/2006;** e, por fim, **IV) Síntese.**

I) Noções introdutórias

Antes de adentrar nas alterações levadas a efeito pela Lei Complementar nº 147/2014, é necessário retomar alguns conceitos essenciais.

Consoante o artigo 3º, I e II¹¹ da Lei Complementar nº 123/2006, microempresas (ME) são aquelas que empresas que auferem receita bruta anual de até R\$

¹¹ 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).

(...) (g.n.)



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Av. Rangel Pestana, 315 – Centro - CEP 01017-906 - São Paulo/SP-PABX: 3292-3226



ARTIGO

360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e Empresas de Pequeno Porte (EPP) são aquelas cuja receita bruta anual está acima de R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais), mas até R\$ 3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais).

Interessa anotar que consoante o disposto no artigo 18-E¹², especialmente os §§ 2º, 3º e 4º, incluídos pela Lei Complementar nº 147/2014, a figura do Microempreendedor Individual (MEI) é modalidade de microempresa e, dessa forma, lhes são estendidos todos os benefícios previstos no Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, incluindo aqueles previstos no Capítulo V - Do Acesso aos Mercados, sendo “vedado impor restrições ao MEI relativamente ao exercício de profissão ou participação em licitações, em função da sua respectiva natureza jurídica”.

Vale lembrar, ainda, que os MEIs são os pequenos empresários previstos nos artigos 966¹³ e 970¹⁴ do Código Civil e, conforme definido no § 2º, do artigo 1.179¹⁵ deste diploma, estão dispensados da escrituração contábil completa e da elaboração e apresentação do Balanço Patrimonial. Podem faturar até R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) e ter até 01 (um) empregado. Suas atividades são restritas conforme previsto no Anexo XIII da Resolução CGSN nº 94, de 29 de novembro de 2011, a exemplo de pedreiro, promotor de turismo, pintor, carpinteiro, colocador de revestimento, comerciante de bebidas e comerciante de embalagens.

¹² Art. 18-E. O instituto do MEI é uma política pública que tem por objetivo a formalização de pequenos empreendimentos e a inclusão social e previdenciária. (Incluído pela Lei Complementar nº 147, de 2014)
§ 1º A formalização de MEI não tem caráter eminentemente econômico ou fiscal. (Incluído pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

§ 2º Todo benefício previsto nesta Lei Complementar aplicável à microempresa estende-se ao MEI sempre que lhe for mais favorável. (Incluído pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

§ 3º O MEI é modalidade de microempresa. (Incluído pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

§ 4º É vedado impor restrições ao MEI relativamente ao exercício de profissão ou participação em licitações, em função da sua respectiva natureza jurídica. (Incluído pela Lei Complementar nº 147, de 2014) (g.n.)

¹³ Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

¹⁴ Art. 970. A lei assegurará tratamento favorecido, diferenciado e simplificado ao empresário rural e ao **pequeno empresário**, quanto à inscrição e aos efeitos daí decorrentes. (g.n.)

¹⁵ Art. 1.179. O empresário e a sociedade empresária são obrigados a seguir um sistema de contabilidade, mecanizado ou não, com base na escrituração uniforme de seus livros, em correspondência com a documentação respectiva, e a levantar anualmente o balanço patrimonial e o de resultado econômico.

§ 1º Salvo o disposto no art. 1.180, o número e a espécie de livros ficam a critério dos interessados.

§ 2º É dispensado das exigências deste artigo o pequeno empresário a que se refere o art. 970.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Av. Rangel Pestana, 315 – Centro - CEP 01017-906 - São Paulo/SP-PABX: 3292-3226



ARTIGO

Considerando essas premissas essenciais, indaga-se se as MPEs - conceito que abrange os MEIs - poderiam participar de certames de qualquer valor estimado usufruindo das prerrogativas da Lei Complementar nº 123/2006. Pergunta-se: poderiam as MPEs participar de certames que proporcionem receita bruta maior do que aqueles limites anuais para se manterem enquadrados?

Embora não haja norma expressa impondo valor máximo quanto ao objeto do certame, editais de licitação de maior vulto, cuja comprovação de capital social supere a capacidade financeira da MPE, e, da mesma maneira, determinadas comprovações de capacidade técnica que possam ir além de suas aptidões, configuram fatores que afastam, naturalmente, a participação em certames. Estas restrições espontâneas são ainda mais evidentes em relação aos MEI, que pode ter até 01 (um) empregado contratado, o que certamente limita sua capacidade operacional.

Embora ilações sejam possíveis, certo é que a norma *não* impôs impedimento algum quanto à participação de MPEs em certames cujo valor estimado da contratação superem os limites de receita bruta anual, de modo que, caso ocorra na prática, não me parece eivado de qualquer ilegalidade, mas desde que se obedeça todos os requisitos legais e balizas constitucionais.

Nesta circunstância, ao ser adjudicado objeto que proporcione receita bruta anual maior a uma MPE, é possível imaginar que no exercício seguinte acabe perdendo essa qualificação, ficando impedida de assumir novos contratos com as prerrogativas da Lei Complementar nº 123/2006, o que, de certo modo, não se distancia do objetivo da norma que é ver expandir pequenos negócios.

Em que pese não haver tal impedimento, é necessário ressaltar, de outro lado, que os editais deverão se cercar de garantias mínimas – quer financeiras, quer de qualificação técnica - para que a execução contratual não seja prejudicada por eventual desempenho deficitário, sempre pautadas em justificativas técnicas.



ARTIGO

Esta questão ganha corpo ao se observar recente artigo publicado na revista internacional *Public Money & Management*¹⁶, onde se concluiu, através de pesquisas realizadas no âmbito federal, que embora o programa brasileiro de tratamento diferenciado não tenha afetado os preços contratados em licitações - ou seja, os contratos administrativos com MPES estão dentro da média de mercado - verificou-se que estão mais propensas a uma baixa *performance* contratual, ou seja, um maior número de rescisões contratuais.

II) ALTERAÇÕES NA LEI Nº 8.666/1993

A Lei Complementar nº 147/2014 acrescentou os parágrafos 14¹⁷ e 15¹⁸ ao artigo 3º da Lei de Licitações e, bem assim, instituiu o artigo 5º-A¹⁹, dispositivos que, de modo geral, objetivam consolidar a obrigatoriedade de aplicação dos benefícios às MPES e reforçar o seu peso no âmbito das contratações públicas.

A primeira evidência destas vertentes se verifica no novel § 14, inserto no artigo 3º da Lei de Licitações, que determina que todas as normas da Lei de Licitações devem privilegiar o tratamento favorecido às MPES.

Retomando a matéria, lembro que o artigo 3º²⁰ da Lei de Licitações estabelece as finalidades da licitação - isonomia, seleção da proposta mais vantajosa e a promoção do

¹⁶ REIS, Paulo R. C., CABRAL, Sandro. Public Procurement Strategy: The Impacts of a Preference Programme For Small and Micro Businesses. *Public Money & Management*. Inglaterra: Janeiro, 2015. Disponível em: <https://dx.doi.org/10.1080/09540962.2015.1007704>. Acesso em 25/06/15.

¹⁷ § 14. As preferências definidas neste artigo e nas demais normas de licitação e contratos devem privilegiar o tratamento diferenciado e favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte na forma da lei. (Incluído pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

¹⁸ § 15. As preferências dispostas neste artigo prevalecem sobre as demais preferências previstas na legislação quando estas forem aplicadas sobre produtos ou serviços estrangeiros. (Incluído pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

¹⁹ Art. 5º-A. As normas de licitações e contratos devem privilegiar o tratamento diferenciado e favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte na forma da lei.

²⁰ 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. (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010)

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou



ARTIGO

distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5o a 12 deste artigo e no art. 3o da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991; (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010)

II - estabelecer tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra, entre empresas brasileiras e estrangeiras, inclusive no que se refere a moeda, modalidade e local de pagamentos, mesmo quando envolvidos financiamentos de agências internacionais, ressalvado o disposto no parágrafo seguinte e no art. 3o da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991.

§ 2o Em igualdade de condições, como critério de desempate, será assegurada preferência, sucessivamente, aos bens e serviços:

I - (Revogado pela Lei nº 12.349, de 2010)

II - produzidos no País;

III - produzidos ou prestados por empresas brasileiras.

IV - produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

§ 3o A licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis ao público os atos de seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura.

§ 4º (Vetado). (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 5o Nos processos de licitação previstos no caput, poderá ser estabelecido margem de preferência para produtos manufaturados e para serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras. (Incluído pela Lei nº 12.349, de 2010)

§ 6o A margem de preferência de que trata o § 5o será estabelecida com base em estudos revistos periodicamente, em prazo não superior a 5 (cinco) anos, que levem em consideração: (Incluído pela Lei nº 12.349, de 2010) (Vide Decreto nº 7.546, de 2011) (Vide Decreto nº 7.709, de 2012) (Vide Decreto nº 7.713, de 2012) (Vide Decreto nº 7.756, de 2012)

I - geração de emprego e renda; (Incluído pela Lei nº 12.349, de 2010)

II - efeito na arrecadação de tributos federais, estaduais e municipais; (Incluído pela Lei nº 12.349, de 2010)

III - desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no País; (Incluído pela Lei nº 12.349, de 2010)

IV - custo adicional dos produtos e serviços; e (Incluído pela Lei nº 12.349, de 2010)

V - em suas revisões, análise retrospectiva de resultados. (Incluído pela Lei nº 12.349, de 2010)

§ 7o Para os produtos manufaturados e serviços nacionais resultantes de desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no País, poderá ser estabelecido margem de preferência adicional àquela prevista no § 5o. (Incluído pela Lei nº 12.349, de 2010) (Vide Decreto nº 7.546, de 2011)

§ 8o As margens de preferência por produto, serviço, grupo de produtos ou grupo de serviços, a que se referem os §§ 5o e 7o, serão definidas pelo Poder Executivo federal, não podendo a soma delas ultrapassar o montante de 25% (vinte e cinco por cento) sobre o preço dos produtos manufaturados e serviços estrangeiros. (Incluído pela Lei nº 12.349, de 2010) (Vide Decreto nº 7.546, de 2011)

§ 9o As disposições contidas nos §§ 5o e 7o deste artigo não se aplicam aos bens e aos serviços cuja capacidade de produção ou prestação no País seja inferior: (Incluído pela Lei nº 12.349, de 2010) (Vide Decreto nº 7.546, de 2011)

I - à quantidade a ser adquirida ou contratada; ou (Incluído pela Lei nº 12.349, de 2010)

II - ao quantitativo fixado com fundamento no § 7o do art. 23 desta Lei, quando for o caso. (Incluído pela Lei nº 12.349, de 2010)

§ 10. A margem de preferência a que se refere o § 5o poderá ser estendida, total ou parcialmente, aos bens e serviços originários dos Estados Partes do Mercado Comum do Sul - Mercosul. (Incluído pela Lei nº 12.349, de 2010) (Vide Decreto nº 7.546, de 2011)

§ 11. Os editais de licitação para a contratação de bens, serviços e obras poderão, mediante prévia justificativa da autoridade competente, exigir que o contratado promova, em favor de órgão ou entidade integrante da administração pública ou daqueles por ela indicados a partir de processo isonômico, medidas de compensação comercial, industrial, tecnológica ou acesso a condições vantajosas de financiamento, cumulativamente ou não, na forma estabelecida pelo Poder Executivo federal. (Incluído pela Lei nº 12.349, de 2010) (Vide Decreto nº 7.546, de 2011)

§ 12. Nas contratações destinadas à implantação, manutenção e ao aperfeiçoamento dos sistemas de tecnologia de informação e comunicação, considerados estratégicos em ato do Poder Executivo federal, a licitação poderá ser restrita a bens e serviços com tecnologia desenvolvida no País e produzidos de acordo com o processo produtivo básico de que trata a Lei no 10.176, de 11 de janeiro de 2001. (Incluído pela Lei nº 12.349, de 2010) (Vide Decreto nº 7.546, de 2011)

§ 13. Será divulgada na internet, a cada exercício financeiro, a relação de empresas favorecidas em decorrência do disposto nos §§ 5o, 7o, 10, 11 e 12 deste artigo, com indicação do volume de recursos destinados a cada uma delas. (Incluído pela Lei nº 12.349, de 2010)



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Av. Rangel Pestana, 315 – Centro - CEP 01017-906 - São Paulo/SP-PABX: 3292-3226



ARTIGO

desenvolvimento nacional sustentável – e, bem assim, os princípios mais relevantes a que se subordina – legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, probidade, vinculação ao instrumento convocatório, julgamento objetivo e outros correlatos – além de inúmeras regras que, dispostas em seus incisos e parágrafos, possibilitam não só a satisfação imediata da Administração Pública, mas também consagram objetivos de ordem constitucional.

Dessa forma, a inclusão do § 14 no rol de finalidades, princípios e regras do artigo 3º, indica que o tratamento favorecido às MPEs está em idêntico patamar às principais diretrizes que regem o procedimento licitatório.

No tocante à inclusão do § 15 ao artigo 3º da Lei de Licitações, é importante lembrar o contexto ao qual se insere: os parágrafos 5º ao 13º do artigo 3º cuidam da margem de preferência a produtos manufaturados e serviços nacionais e do Mercosul, procedimento que possibilita contratação com preços superiores aos do vencedor que oferecer produto estrangeiro, respeitados determinados percentuais.

Com a inclusão do § 15 estabeleceu-se uma ordem na sistemática de aplicação de benefícios nos certames, sendo que primeiro devem ser aplicadas as benesses relativas às MPEs e, depois, aquelas relativas à margem de preferência.

Na prática o procedimento já caminhava neste sentido, porquanto em certames onde havia margem de preferência concomitantemente com os benefícios a MPEs, utilizava-se como norte a ordem prevista no artigo 4º²¹ e, especialmente, no artigo 8º²² do

§ 14. As preferências definidas neste artigo e nas demais normas de licitação e contratos devem privilegiar o tratamento diferenciado e favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte na forma da lei. (Incluído pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

§ 15. As preferências dispostas neste artigo prevalecem sobre as demais preferências previstas na legislação quando estas forem aplicadas sobre produtos ou serviços estrangeiros. (Incluído pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

²¹ Art. 4º Os instrumentos convocatórios para contratação de bens e serviços de informática e automação deverão conter regra prevendo a aplicação das preferências previstas no Capítulo V da Lei Complementar nº 123, de 2006, observado o disposto no art. 8º deste Decreto.

²² Art. 8º O exercício do direito de preferência disposto neste Decreto será concedido após o encerramento da fase de apresentação das propostas ou lances, observando-se os seguintes procedimentos, sucessivamente:

I - aplicação das regras de preferência para as microempresas e empresas de pequeno porte dispostas no Capítulo V da Lei Complementar nº 123, de 2006, quando for o caso;

II - aplicação das regras de preferência previstas no art. 5º, com a classificação dos licitantes cujas propostas finais estejam situadas até dez por cento acima da melhor proposta válida, conforme o critério de julgamento, para a comprovação e o exercício do direito de preferência;



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Av. Rangel Pestana, 315 – Centro - CEP 01017-906 - São Paulo/SP-PABX: 3292-3226



ARTIGO

Decreto Federal nº 7.174/2010, que regulamentou a contratação de bens e serviços de informática e automação pela Administração Pública Federal, e que determina que devam ser aplicados, primeiramente, os benefícios previstos na Lei Complementar nº 123/2006.

Por fim, a Lei Complementar nº 147/2014 acrescentou o artigo 5º-A à Lei de Licitações, cujo texto determina que as normas de licitações e contratos privilegiem o tratamento favorecido às MPEs na forma da lei, o que vem reforçar o prestígio do tratamento diferenciado no bojo das compras públicas.

III) ALTERAÇÕES NA LEI COMPLEMENTAR Nº 123/2006

Obrigatoriedade de aplicação dos benefícios às MPEs nas contratações públicas

O artigo 47 da Lei Complementar nº 123/2006, alterado pela Lei Complementar nº 147/2014, condensa dois mandamentos de magnitude constitucional, quais sejam o tratamento favorecido às MPEs e o desenvolvimento da economia local e regional, concebendo, portanto, o raciocínio nuclear que impera em todas as aquisições públicas.

Reza o artigo 47:

III - convocação dos licitantes classificados que estejam enquadrados no inciso I do art. 5o, na ordem de classificação, para que possam oferecer nova proposta ou novo lance para igualar ou superar a melhor proposta válida, caso em que será declarado vencedor do certame;

IV - caso a preferência não seja exercida na forma do inciso III, por qualquer motivo, serão convocadas as empresas classificadas que estejam enquadradas no inciso II do art. 5o, na ordem de classificação, para a comprovação e o exercício do direito de preferência, aplicando-se a mesma regra para o inciso III do art. 5o, caso esse direito não seja exercido; e

V - caso nenhuma empresa classificada venha a exercer o direito de preferência, observar-se-ão as regras usuais de classificação e julgamento previstas na Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, e na Lei no 10.520, de 17 de julho de 2002.

§ 1o No caso de empate de preços entre licitantes que se encontrem na mesma ordem de classificação, proceder-se-á ao sorteio para escolha do que primeiro poderá ofertar nova proposta.

§ 2o Nas licitações do tipo técnica e preço, a nova proposta será exclusivamente em relação ao preço e deverá ser suficiente para que o licitante obtenha os pontos necessários para igualar ou superar a pontuação final obtida pela proposta mais bem classificada.

§ 3o Para o exercício do direito de preferência, os fornecedores dos bens e serviços de informática e automação deverão apresentar, junto com a documentação necessária à habilitação, declaração, sob as penas da lei, de que atendem aos requisitos legais para a qualificação como microempresa ou empresa de pequeno porte, se for o caso, bem como a comprovação de que atendem aos requisitos estabelecidos nos incisos I, II e III do art. 5o.

§ 4o Nas licitações na modalidade de pregão, a declaração a que se refere o § 3o deverá ser apresentada no momento da apresentação da proposta.

§ 5o Nas licitações do tipo técnica e preço, os licitantes cujas propostas não tenham obtido a pontuação técnica mínima exigida não poderão exercer a preferência (g.n.)



ARTIGO

Art. 47. Nas contratações públicas da administração direta e indireta, autárquica e fundacional, federal, estadual e municipal, **deverá** ser concedido tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte objetivando a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica. (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014). (g.n.)

A primeira novidade inserta no artigo 47 cuida do alcance das regras, uma vez que o texto legal, antes omissivo, agora passou a prever que nas contratações públicas o tratamento diferenciado se aplica à *Administração Direta, Indireta, Autárquica e Fundacional*.

Mas a mudança mais robusta neste dispositivo se traduz na alteração do verbo contido no texto anterior “*nas contratações públicas (...) poderá ser concedido tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte (...)*”, e que, modificado pela Lei Complementar nº 147/2014, passou a ser “**deverá**”.

Vê-se, portanto, que a alteração objetivou tornar imperativa e efetiva a política de favorecimento, de modo que não mais repousa nas mãos da Administração Pública a faculdade de se conferir as benesses da lei. Trata-se de mandamento que implica verdadeira mudança de comportamento nas contratações públicas.

Mas essa conclusão não é irrestrita e impõe inúmeras balizas, já que a aplicação deste preceito será obrigatória tão somente se presentes as específicas circunstâncias previstas nos dispositivos seguintes, artigos 48 e 49, que se examinará a seguir.

Em relação à promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional prevista no *caput*, certamente demandará regulamentação para que se especifique a delimitação geográfica. De todo modo, vale destacar que essa regra se coaduna com o comando do artigo 3º da Lei de Licitações, que, dentre outros, determina que a licitação destina-se a garantir a promoção do desenvolvimento nacional sustentável.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Av. Rangel Pestana, 315 – Centro - CEP 01017-906 - São Paulo/SP-PABX: 3292-3226



ARTIGO

Sobre esta questão interessa anotar que ao artigo 3º da Lei nº 8.666/1993 foi regulamentado pelo Decreto Federal nº 7.746/2012, que estabeleceu critérios, práticas e diretrizes para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável nas contratações realizadas pela Administração pública federal. O aspecto que chama atenção diz respeito à menção, dentre as diretrizes de sustentabilidade, da preferência para materiais, tecnologias e matérias-primas de origem *local*²³, cujos critérios, conforme os artigos 2º e 3º²⁴ do mesmo diploma, deverão ser veiculados como especificação técnica do objeto ou como obrigação da contratada e desde que se preserve o caráter competitivo do certame, o que se coaduna com a regra do desenvolvimento econômico e social no âmbito *municipal e regional* prevista no *caput* do artigo 47 em exame. **Embora restrito àquela esfera governamental, mencionado decreto federal poderá servir de norte para a regulamentação da questão em outras esferas de governo.**

Aplicação do regulamento federal

Vislumbrando eventual inércia dos legisladores na regulamentação da matéria no âmbito dos estados e municípios, o legislador excluiu a expressão “*desde que previsto e regulamentado na legislação do respectivo ente*” do texto anterior²⁵, e criou o parágrafo único, **que prevê que se aplica a legislação federal enquanto não for editado regulamento local:**

Parágrafo único. No que diz respeito às compras públicas, enquanto não sobrevier legislação estadual, municipal ou regulamento específico de cada

²³ Art. 4º São diretrizes de sustentabilidade, entre outras:

II – preferência para materiais, tecnologias e matérias-primas de **origem local**; (g.n.)

²⁴ Art. 2º A administração pública federal direta, autárquica e fundacional e as empresas estatais dependentes poderão adquirir bens e contratar serviços e obras considerando critérios e práticas de sustentabilidade objetivamente definidos no instrumento convocatório, conforme o disposto neste Decreto.

Parágrafo Único. A adoção de critérios e práticas de sustentabilidade deverá ser justificada nos autos e preservar o caráter competitivo do certame.

Art. 3º Os critérios e práticas de sustentabilidade de que trata o art. 2º serão veiculados como especificação técnica do objeto ou como obrigação da contratada.

²⁵ **Redação anterior:**

~~Art. 47. Nas contratações públicas da União, dos Estados e dos Municípios, poderá ser concedido tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte objetivando a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica, desde que previsto e regulamentado na legislação do respectivo ente. (g.n.)~~



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Av. Rangel Pestana, 315 – Centro - CEP 01017-906 - São Paulo/SP-PABX: 3292-3226



ARTIGO

órgão mais favorável à microempresa e empresa de pequeno porte, aplica-se a legislação federal. (Incluído pela Lei Complementar nº 147, de 2014).

Com efeito, a Lei Complementar nº 123/2006 delegou determinados poderes regulamentares aos estados-membros e municípios ao prever que caberá aos entes da federação a edição de leis e atos visando assegurar o tratamento diferenciado às MPEs, consoante o disposto nos § 1º e 2º do artigo 77²⁶.

Assim, embora a maioria dos dispositivos da nova lei sejam autoaplicáveis, na inexistência de regulamento do ente, estados e municípios deverão aplicar o regulamento federal, que atualmente é o Decreto Federal nº 6.204, de 05 de setembro de 2007. Tal decreto deverá sofrer ajustes por força da Lei Complementar nº 147/2014, de modo que, por ora, sua aplicação se aproveita naquilo que em que não for contrário aos novos preceitos.

É de suma importância ressaltar que, embora a lei determine a aplicação do decreto federal no âmbito de outras esferas governamentais, a edição de regramentos locais será imprescindível não só para efetivamente implementar o que dispõe a lei de caráter nacional, mas também, e especialmente, porque confere segurança no processamento dos certames.

Apresentada a ideia central do *caput* do artigo 47, os artigos seguintes tratam dos mecanismos propriamente ditos, e que podem ser divididos em 07 (sete) espécies, a saber:

1. Empate Ficto
2. Regularidade fiscal postergada

²⁶ Art. 77. Promulgada esta Lei Complementar, o Comitê Gestor expedirá, em 30 (trinta) meses, as instruções que se fizerem necessárias à sua execução.

§ 1º O Ministério do Trabalho e Emprego, a Secretaria da Receita Federal, a Secretaria da Receita Previdenciária, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão editar, em 1 (um) ano, as leis e demais atos necessários para assegurar o pronto e imediato tratamento jurídico diferenciado, simplificado e favorecido às microempresas e às empresas de pequeno porte.

§ 2º A administração direta e indireta federal, estadual e municipal e as entidades paraestatais acordarão, no prazo previsto no § 1º deste artigo, as providências necessárias à adaptação dos respectivos atos normativos ao disposto nesta Lei Complementar.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Av. Rangel Pestana, 315 – Centro - CEP 01017-906 - São Paulo/SP-PABX: 3292-3226



ARTIGO

3. Licitações exclusivas até R\$ 80.000,00
4. Subcontratação compulsória no caso de obras e serviços
5. Cotas reservadas de até 25% no caso de aquisição de bens divisíveis
6. Prioridade de contratação de MPEs sediadas local ou regionalmente
7. Prioridade nas “compras diretas”

Empate Ficto

É importante lembrar que o “**empate ficto**”, previsto nos artigos 44 e 45²⁷, foi o único benefício que não sofreu qualquer alteração pela Lei Complementar nº 147/2014 e, por esta razão, não será objeto de análise mais aprofundada neste texto. Porém, para que se compreenda toda a gama de mecanismos, é válido retomar brevemente seu conceito.

²⁷ É o que rezam os artigos 44 e 45:

Art. 44. Nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte.

§ 1º Entende-se por empate aquelas situações em que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 10% (dez por cento) superiores à proposta mais bem classificada.

§ 2º Na modalidade de pregão, o intervalo percentual estabelecido no § 1º deste artigo será de até 5% (cinco por cento) superior ao melhor preço.

Art. 45. Para efeito do disposto no art. 44 desta Lei Complementar, ocorrendo o empate, proceder-se-á da seguinte forma:

I - a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada poderá apresentar proposta de preço inferior àquela considerada vencedora do certame, situação em que será adjudicado em seu favor o objeto licitado;

II - não ocorrendo a contratação da microempresa ou empresa de pequeno porte, na forma do inciso I do **caput** deste artigo, serão convocadas as remanescentes que porventura se enquadrem na hipótese dos §§ 1º e 2º do art. 44 desta Lei Complementar, na ordem classificatória, para o exercício do mesmo direito;

III - no caso de equivalência dos valores apresentados pelas microempresas e empresas de pequeno porte que se encontrem nos intervalos estabelecidos nos §§ 1º e 2º do art. 44 desta Lei Complementar, será realizado sorteio entre elas para que se identifique aquela que primeiro poderá apresentar melhor oferta.

§ 1º Na hipótese da não-contratação nos termos previstos no **caput** deste artigo, o objeto licitado será adjudicado em favor da proposta originalmente vencedora do certame.

§ 2º O disposto neste artigo somente se aplicará quando a melhor oferta inicial não tiver sido apresentada por microempresa ou empresa de pequeno porte.

§ 3º No caso de pregão, a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada será convocada para apresentar nova proposta no prazo máximo de 5 (cinco) minutos após o encerramento dos lances, sob pena de preclusão.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Av. Rangel Pestana, 315 – Centro - CEP 01017-906 - São Paulo/SP-PABX: 3292-3226



ARTIGO

Este benefício é aquele que possibilita as MPEs apresentarem nova proposta, após o encerramento da disputa, caso os preços sejam iguais ou até 10 % superiores a proposta do licitante melhor classificado. No caso dos pregões a possibilidade de efetuar um lance de desempate se verifica quando essa margem for igual ou até 5% superior à proposta de melhor preço.

Na prática, após a abertura de propostas de preço, ou no final de etapa de lances, a Administração Pública deverá verificar se alguma MPE está no intervalo de valor que lhe garante o benefício, devendo ser conferida oportunidade para que apresente oferta de menor valor.

Regularidade fiscal postergada

A Lei Complementar nº 147/2014 alterou o texto do §1º²⁸ do artigo 43 da Lei Complementar nº 123/2006, concedendo maior prazo para comprovação da regularidade fiscal da MPE, passando de 02 (dois) dias úteis para *05 (cinco) dias úteis*, prorrogável por igual período, a critério da Administração Pública, com termo inicial no momento em que o proponente for declarado vencedor do certame.

Esta regra se conforma com o artigo 42²⁹, que reza que a comprovação de regularidade fiscal das MPEs somente será exigida para efeito de assinatura do contrato.

No campo prático, a MPE, no momento da habilitação, ainda que disponha de documentos fiscais com alguma restrição, deverá apresentá-los, devendo, todavia, saneá-los

²⁸ **Redação atual:** Art. 43. As microempresas e empresas de pequeno porte, por ocasião da participação em certames licitatórios, deverão apresentar toda a documentação exigida para efeito de comprovação de regularidade fiscal, mesmo que esta apresente alguma restrição.

§ 1º Havendo alguma restrição na comprovação da regularidade fiscal, será assegurado o prazo de **5 (cinco) dias úteis**, cujo termo inicial corresponderá ao momento em que o proponente for declarado o vencedor do certame, prorrogável por igual período, a critério da administração pública, para a regularização da documentação, pagamento ou parcelamento do débito e emissão de eventuais certidões negativas ou positivas com efeito de certidão negativa. (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

Redação anterior:

~~§ 1º - Havendo alguma restrição na comprovação da regularidade fiscal, será assegurado o prazo de 2 (dois) dias úteis, cujo termo inicial corresponderá ao momento em que o proponente for declarado o vencedor do certame, prorrogáveis por igual período, a critério da Administração Pública, para a regularização da documentação, pagamento ou parcelamento do débito, e emissão de eventuais certidões negativas ou positivas com efeito de certidão negativa.~~

²⁹ Art. 42. Nas licitações públicas, a comprovação de regularidade fiscal das microempresas e empresas de pequeno porte somente será exigida para efeito de assinatura do contrato.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Av. Rangel Pestana, 315 – Centro - CEP 01017-906 - São Paulo/SP-PABX: 3292-3226



ARTIGO

(pagar ou parcelar débitos) no prazo de 05 (cinco) dias úteis, prorrogável por até igual período conforme critério da Administração Pública, depois de declarado vencedor, ou seja, para efeito de assinatura do contrato.

Não demonstrada a regularização fiscal neste prazo, o direito de contratação da MPE decairá, sendo facultado à Administração convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, ou revogar a licitação.

Em todas as licitações deve ser conferida a possibilidade de se aplicar tanto o benefício da regularização fiscal postergada (artigo 43) quanto o empate ficto (artigos 44 e 45). Os outros mecanismos previstos nos artigos 48 e 49 se impõem em circunstâncias mais específicas, a depender ora da natureza do objeto, ora do valor, ora do local da MPE, dentre outras condições a seguir examinadas.

Licitações exclusivas

A nova lei tornou imperativa a contratação exclusiva de MPEs quando o valor da licitação for igual ou abaixo de R\$ 80.000,00.

É importante salientar que essa regra deve ser aplicada tendo em mira tão somente o critério *valor*, ou seja, independentemente da modalidade licitatória e da natureza do objeto.

É o que dispõe o inciso I do artigo 48 que, adotando o verbo “*deverá*”³⁰, destinou uma fatia das compras públicas exclusivamente para MPEs:

Art. 48. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública: (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

³⁰ Redação anterior: Art. 48. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública poderá realizar processo licitatório: I – destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nas contratações cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais);



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Av. Rangel Pestana, 315 – Centro - CEP 01017-906 - São Paulo/SP-PABX: 3292-3226



ARTIGO

I - **deverá** realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nos **itens de contratação** cujo **valor** seja de **até R\$ 80.000,00** (oitenta mil reais); (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014) (g.n.)

De sua leitura emergem algumas reflexões.

A primeira é que, conquanto não esteja expresso, é possível inferir que a partir de então em todos os Convites para *compras de bens e contratação de serviços que não os de engenharia* - a Administração Pública obrigatoriamente deverá convidar tão somente MPEs. Isto porque, o limite de R\$ 80.000,00 é o mesmo daquele previsto inciso II, "a"³¹, do Artigo 23 da Lei nº 8.666/1993.

A regra visa fomentar a participação de pequenos comerciantes na economia, a exemplo de pequenos produtores de hortifrúteis, minimercados, diminutas lojas de materiais de construção e papelerias. Na verdade o legislador nada mais fez do que positivar o que se verificava rotineiramente na prática, já que muitas Administrações Municipais direcionavam seus Convites a MPEs, especialmente de sua região.

Importante salientar que esse raciocínio só é válido no tocante a Convites para compras de bens e contratação de serviços que não os de engenharia.

No caso de serviços de engenharia, cuja margem de valor para o Convite é de até R\$ 150.000,00, essa ideia se aplica tão somente se o valor do objeto não ultrapassar R\$ 80.000,00. Cito como exemplo a contratação de um projeto de engenharia para a construção de um novo prédio para a Câmara Municipal que não ultrapasse referido valor.

Em tese, também é possível vislumbrar a utilização de licitação do tipo *melhor técnica e preço* e até *melhor técnica* para contratação de serviços de engenharia que, embora de pequeno valor - até R\$ 80.000,00 - se revelem de natureza predominantemente

³¹ Art. 23. As modalidades de licitação a que se referem os incisos I a III do artigo anterior serão determinadas em função dos seguintes limites, tendo em vista o valor estimado da contratação:

II - para **compras e serviços** não referidos no inciso anterior: (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

a) convite - até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais); (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Av. Rangel Pestana, 315 – Centro - CEP 01017-906 - São Paulo/SP-PABX: 3292-3226



ARTIGO

intelectual, nos termos do “caput” artigo 46³² da Lei de Licitações, e, na qual participarão, obrigatoriamente, tão somente MPEs.

No tocante à expressão “itens de contratação” prevista no dispositivo, emergem inúmeras indagações.

Por exemplo, surge a dúvida: numa mesma licitação cujo valor total some R\$ 800.000,00 (oitocentos mil), mas composta por 10 lotes de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), cada lote deverá ser exclusivo para MPEs?

Em meu pessoal entendimento a resposta é negativa. Ora, o legislador previu no inciso III do artigo 48 a possibilidade de se reservar um percentual da contratação para as MPEs – trata-se da denominada cota reservada de até 25% que se examinará a seguir - de modo que não haveria lógica em se impor diversos tipos de cotas e percentuais num mesmo certame, o que, a toda evidencia, configuraria reserva de mercado a MPEs, em prejuízo à competitividade. E neste sentido a expressão “itens de contratação” me parece indicar que se trata do valor do contrato em si, da licitação propriamente dita, até o valor máximo de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais).

Ainda no tocante à expressão “itens de contratação”, também pode denotar a priorização da decomposição do objeto em várias licitações de até R\$ 80.000,00, ou seja, diversas licitações com agrupamento de produtos de natureza semelhante ou famílias de despesas (elemento e subelemento de despesa) que somem no máximo R\$ 80.000,00, ou seja, o denominado fracionamento de licitações. Essa ideia deve ser vista com extrema parcimônia, afinal não é todo e qualquer objeto que admite o fracionamento sem perda da economia de escala ou que não cause prejuízo ao certame.

Neste aspecto, é de rigor a obediência às balizas descritas no artigo 15, IV³³ e no artigo 23, § 1º³⁴ e § 5º³⁵ da Lei de Licitações. Em outras palavras, há de se demonstrar a

³² Art. 46. Os tipos de licitação "melhor técnica" ou "técnica e preço" serão utilizados exclusivamente para serviços de natureza predominantemente intelectual, em especial na elaboração de projetos, cálculos, fiscalização, supervisão e gerenciamento e de engenharia consultiva em geral e, em particular, para a elaboração de estudos técnicos preliminares e projetos básicos e executivos, ressalvado o disposto no § 4o do artigo anterior. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

³³ Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão:
IV - ser subdivididas em tantas parcelas quantas necessárias para aproveitar as peculiaridades do mercado, visando **economicidade**;(g.n.)



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Av. Rangel Pestana, 315 – Centro - CEP 01017-906 - São Paulo/SP-PABX: 3292-3226



ARTIGO

viabilidade técnica e econômica do fracionamento, fazendo constar tais justificativas dos autos do processo administrativo, o que certamente será objeto de extrema atenção por parte dos órgãos de controle externo. E, conforme se verá em seguida, os limites impostos pelo artigo 49 também deverão ser avaliados.

Feitas estas reflexões, o cenário que se inaugura reclama o devido planejamento das compras. E, no caso de diversas licitações por conjuntos de itens o administrador público deverá evidenciar, nos autos do processo administrativo, que a divisão não resultou em *prejuízo à economia de escala, à competitividade e à própria utilização do objeto*.

Subcontratação de MPEs

A lei faculta ao órgão licitante exigir, no edital do certame, a subcontratação de MPEs no caso de obras e serviços.

Com efeito, o inciso II do artigo 48 empregou o verbo “*poderá*”, de modo que reservou ao campo discricionário a possibilidade de se exigir a subcontratação de MPEs:

Art. 48. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública: (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014) (...)

II - **poderá**, em relação aos processos licitatórios destinados à aquisição de obras e serviços, exigir dos licitantes a subcontratação de microempresa ou empresa de pequeno porte; (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014). (g.n.)

³⁴ § 1º As obras, serviços e compras efetuadas pela Administração serão divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem **técnica e economicamente viáveis**, procedendo-se à licitação com vistas ao **melhor aproveitamento dos recursos** disponíveis no mercado e à **ampliação da competitividade sem perda da economia de escala**. (g.n.)

³⁵ § 5º É vedada a utilização da modalidade "convite" ou "tomada de preços", conforme o caso, para parcelas de uma mesma obra ou serviço, ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente, sempre que o somatório de seus valores caracterizar o caso de "tomada de preços" ou "concorrência", respectivamente, nos termos deste artigo, exceto para as parcelas de natureza específica que possam ser executadas por pessoas ou empresas de especialidade diversa daquela do executor da obra ou serviço. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994). (g.n.)



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Av. Rangel Pestana, 315 – Centro - CEP 01017-906 - São Paulo/SP-PABX: 3292-3226



ARTIGO

Ressalte-se que a subcontratação fica adstrita a *obras e serviços*, e não objetiva a aquisição de bens.

Na prática, caberá aos licitantes a busca por MPEs parceiras beneficiárias quando o edital impuser a subcontratação.

De outra senda, o preceito, que antes impunha quantitativo máximo a ser subcontratado no percentual de 30%³⁶ do total licitado, na redação atual não impôs qualquer limite. Mas essa questão deverá ser vista com extrema parcimônia, afinal subcontratações da totalidade do objeto poderão configurar fuga ao procedimento licitatório.

No §2º deste artigo previu-se, também, que empenhos e pagamentos poderão ser destinados diretamente às MPEs subcontratadas. Reza o §2º:

§ 2º Na hipótese do inciso II do caput deste artigo, os empenhos e pagamentos do órgão ou entidade da administração pública poderão ser destinados diretamente às microempresas e empresas de pequeno porte subcontratadas.

O preceito objetiva evitar subtração ou atraso no pagamento por parte da contratada principal, além de impedir dupla tributação (que ocorria no momento do pagamento da contratada principal e, depois, quando do repasse de valores à subcontratada).

É importante salientar os possíveis impactos contábeis desta regra, afinal poderão ser emitidas notas de empenhos distintas, relativas à liquidação do objeto por uma ou outra contratada, devendo ser observadas as regras da Lei nº 4.320/1964.

Cota de até 25% reservada para aquisição de bens divisíveis

Uma das mais importantes previsões do novo regramento consiste na *obrigatoriedade* de se estabelecer cota de até 25% destinada às MPEs, no caso de aquisição

³⁶ Redação anterior: II — em que seja exigida dos licitantes a subcontratação de microempresa ou de empresa de pequeno porte, desde que o percentual máximo do objeto a ser subcontratado não exceda a 30% (trinta por cento) do total licitado;



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Av. Rangel Pestana, 315 – Centro - CEP 01017-906 - São Paulo/SP-PABX: 3292-3226



ARTIGO

de bens de *natureza divisível*, porquanto no campo prático são inúmeras as compras que poderão recair nesta hipótese. Pode-se citar como exemplo a compra de copos plásticos, resmas de papel, alguns gêneros alimentícios e pneus para a frota de veículos.

Assim prevê o inciso III do artigo 48:

Art. 48. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública: (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014) (...)

III - **deverá** estabelecer, em certames para aquisição de bens de natureza divisível, cota de **até 25%** (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte. (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014). (g.n.)

Desta forma, quando a Administração Pública pretender adquirir objeto divisível, independentemente do valor e da modalidade licitatória, obrigatoriamente uma parcela *até 25%* do quantitativo será destinada a MPEs - “cota reservada” - e, o restante, deverá ser destinado a outros participantes - “cota principal”.

Embora o comando tenha caráter obrigatório, é fato que o vocábulo *até 25%* acaba por alçar ao administrador público a escolha do percentual. Por esta razão será essencial a presença de justificativas técnicas nos autos do processo administrativo do certame, eis que cotas reservadas em montantes ínfimos poderão configurar fuga ao comando da lei e, conseqüentemente, suscetível de crítica pelos órgãos de controle externo.

Interessante anotar que o dispositivo *excluiu*³⁷ cotas reservadas a *serviços* divisíveis, permanecendo apenas *bens* de natureza divisível.

Certamente surgirão inúmeras dúvidas a respeito do conceito de “bens de natureza divisível”, razão pela qual se faz necessário esboçar seu significado ao menos no campo teórico, pois somente na prática será possível examinar detidamente as características de cada objeto posto em disputa.

³⁷ Redação anterior: III – em que se estabeleça cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte, em certames para a aquisição de bens e serviços de natureza divisível.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Av. Rangel Pestana, 315 – Centro - CEP 01017-906 - São Paulo/SP-PABX: 3292-3226



ARTIGO

Tal conceito não me parece ser exatamente aquele previsto no artigo 87³⁸ do Código Civil, servindo muito mais de norte o texto do § 7º do artigo 23 da Lei nº 8.666/1993, que cuida do popularmente denominado “parcelamento de compras”:

Art. 23. As modalidades de licitação a que se referem os incisos I a III do artigo anterior serão determinadas em função dos seguintes limites, tendo em vista o valor estimado da contratação:

(...)

§ 7º Na compra de **bens de natureza divisível** e desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo, é permitida a cotação de quantidade inferior à demandada na licitação, com vistas a ampliação da competitividade, podendo o edital fixar quantitativo mínimo para preservar a economia de escala. (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998). (g.n.)

Também serve de baliza o entendimento consolidado na **Súmula 247 do TCU**:

“É obrigatória a admissão da adjudicação por item e não por preço global, nos editais das licitações para a contratação de obras, serviços, compras e alienações, cujo objeto seja divisível, desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo ou perda de economia de escala, tendo em vista o objetivo de propiciar a ampla participação de licitantes que, embora não dispondo de capacidade para a execução, fornecimento ou aquisição da totalidade do objeto, possam fazê-lo com relação a itens ou unidades autônomas, devendo as exigências de habilitação adequar-se a essa divisibilidade”.

Valendo-se dessas ideias, bens de natureza divisível são aqueles passíveis de compra item a item, ou seja, separadamente, sem que isso afete o resultado do certame ou a qualidade, utilização ou uniformidade final do produto e, ainda, sem que resulte em prejuízo à economicidade, à economia de escala ou mesmo quando imponha restrições de ordem logística. Em outras palavras, deve ser demonstrada a viabilidade técnica e econômica caso a caso.

³⁸ Art. 87. Bens divisíveis são os que se podem fracionar sem alteração na sua substância, diminuição considerável de valor, ou prejuízo do uso a que se destinam.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Av. Rangel Pestana, 315 – Centro - CEP 01017-906 - São Paulo/SP-PABX: 3292-3226



ARTIGO

Tendo em vista a obrigatoriedade da aplicação do preceito, e sob pena de sofrer críticas por parte dos órgãos de controle, é primordial que a Administração justifique tecnicamente a natureza do bem, especialmente quando houver incertezas na classificação como “bem divisível” ou não.

Feitas essas considerações iniciais, sobrevêm inúmeras dúvidas no campo prático.

A primeira diz respeito a possibilidade do mesmo objeto ser adjudicado com preços distintos na cota reservada a MPEs e, depois, na cota principal.

Para examiná-la sirvo-me do quanto disposto no § 3º do artigo 8º³⁹ do Decreto Federal nº 6.204/07, que prescreve que nas licitações para a aquisição de bens de natureza divisível, se a mesma empresa vencer a cota reservada e a cota principal, a contratação da cota reservada deverá ocorrer pelo preço da cota principal, caso este tenha sido menor do que o obtido na cota reservada.

Verifica-se que a regra aborda uma situação onde à *mesma empresa* foram adjudicadas a cota reservada e a cota principal, de modo que preço idêntico deve prevalecer para ambas as cotas. Neste caso, evidente que o bem da cota reservada deve ser idêntico ao da cota principal.

Pergunta-se: e no caso de empresas diversas, ou seja, quando uma determinada empresa vence a cota principal e uma outra MPE vence a cota reservada; os preços a serem praticados devem ser os mesmos? O menor preço vincula o preço da outra cota?

Embora este entendimento não seja unânime, penso que a norma só vinculou preços idênticos no caso de se tratar das mesmas empresas que adjudicaram as cotas

³⁹ Art. 8º Nas licitações para a aquisição de bens, serviços e obras de natureza divisível, e desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo do objeto, os órgãos e entidades contratantes poderão reservar cota de até vinte e cinco por cento do objeto, para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte.

§ 3º Se a mesma empresa vencer a cota reservada e a cota principal, a contratação da cota reservada deverá ocorrer pelo preço da cota principal, caso este tenha sido menor do que o obtido na cota reservada.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Av. Rangel Pestana, 315 – Centro - CEP 01017-906 - São Paulo/SP-PABX: 3292-3226



ARTIGO

reservada e principal. Caso trate-se de empresas distintas, não parece haver outra conclusão senão a de que poderão ser adjudicados preços distintos.

Isto porque não caberia discriminar onde a norma não impôs discrimine, de modo que, caso empresas diferentes adjudiquem as cotas reservada e principal, entendo ser possível que os preços sejam diversos, mas desde que dentro do valor de orçamento constante do processo administrativo do certame, ou seja, dentro da média de mercado obtida através de pesquisas de preço.

Este raciocínio também decorre da própria ideia de favorecimento, de modo que não haveria lógica em se adotar, obrigatoriamente, idêntico preço de empresas em geral, o que equivaleria a mitigar as prerrogativas que a lei conferiu às MPEs. Porém, vale lembrar que diferenças de preços exorbitantes poderão ser questionadas pelos órgãos de controle externo, e, por isso, é imprescindível a existência de pesquisas de preços amplas que sirvam de parâmetro seguro.

Interessante prever que haverá casos em que o objeto será 100% adjudicado a uma MPE; por exemplo quando, depois de vencer a cota reservada, oferecer melhor proposta na cota principal, concorrendo com as demais empresas em geral, inclusive com a possibilidade do empate ficto previsto no artigo 44.

Outro questionamento diz respeito aos procedimentos nos casos em que a licitação restar deserta na cota reservada, ou seja, não se apresentar nenhuma MPE no certame.

Neste caso, não havendo vencedor para a cota reservada, poderá ser adjudicada ao vencedor da cota principal, ou, diante de sua recusa, aos licitantes remanescentes, desde que pratiquem o preço do primeiro colocado. Essa sistemática obedece a lógica do artigo 8º, § 2º⁴⁰ do Decreto Federal nº 6.204/07. Porém, é essencial que os editais prevejam as sistemáticas em prol da segurança jurídica dos procedimentos.

⁴⁰ § 2º O instrumento convocatório deverá prever que, não havendo vencedor para a cota reservada, esta poderá ser adjudicada ao vencedor da cota principal, ou, diante de sua recusa, aos licitantes remanescentes, desde que pratiquem o preço do primeiro colocado.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Av. Rangel Pestana, 315 – Centro - CEP 01017-906 - São Paulo/SP-PABX: 3292-3226



ARTIGO

Quando os bens da cota reservada não tenham a mesma natureza dos bens da cota principal, e não acudirem MPEs interessadas na cota reservada, entendo que a disputa passará às empresas em geral.

Por exemplo, numa licitação para compras de gêneros alimentícios, ao se reservar um lote de hortifrúti para MPEs e carnes e enlatados para empresas em geral, caso não compareçam MPES, a cota reservada de hortifrúti deverá ser declarada deserta, passando a disputa às empresas em geral.

Também se pergunta a respeito da cumulação de vários benefícios a MPEs no mesmo certame.

Embora só a prática possa revelar as peculiaridades, essa situação não é só possível, como também imperativa em determinadas circunstâncias. Por exemplo, no caso do benefício da cota reservada até 25% para compras de bens divisíveis deverá ser conferida, também, a possibilidade do empate ficto na cota principal, previsto nos artigos 44 e 45.

Por fim, questiona-se como equacionar a questão do percentual eleito para MPEs no caso de registros de preços, eis que não há obrigatoriedade de aquisição dos bens registrados em ata.

Neste caso entendo que o administrador público deverá planejar suas aquisições de modo que preserve o percentual eleito para a cota reservada, comprando um pouco de cada ata de registro de preços – da MPE e da empresa em geral - mas sempre verificando se os percentuais previstos no edital estão sendo mantidos. Será ainda mais prudente adquirir primeiramente os bens da cota reservada, esgotando-os, para então depois adquirir aqueles registrados na ata de registros de preços da cota principal.

Prioridade de contratação de MPEs sediadas local ou regionalmente

Aliando duas diretivas de cunho constitucional, quais sejam os benefícios as MPEs e o fomento da economia local e regional, o legislador previu, no §3º do artigo 48, a possibilidade de se estabelecer prioridade àquelas MPEs que estejam sediadas local ou regionalmente.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Av. Rangel Pestana, 315 – Centro - CEP 01017-906 - São Paulo/SP-PABX: 3292-3226



ARTIGO

Consoante este dispositivo a Administração Pública poderá pagar preços superiores a melhor proposta para as microempresas e empresas de pequeno porte que estejam *sediadas local ou regionalmente*, desde que no limite máximo de 10% do melhor preço válido. Trata-se de vantagem competitiva criada para fomentar a economia local.

É o que se depreende do texto:

Art. 48. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública:

§ 3º Os benefícios referidos no caput deste artigo poderão, justificadamente, estabelecer a prioridade de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte **sediadas local ou regionalmente**, até o limite de 10% (dez por cento) do melhor preço válido. (Incluído pela Lei Complementar nº 147, de 2014). (g.n.)

Parece-me que o alcance desta regra depende de regulamentação; no âmbito federal a questão ainda não foi regulamentada, e, no âmbito local os legisladores deverão editar seus próprios regulamentos ou, se inexistente, deverão adotar o decreto federal.

Na prática este benefício deverá obedecer a determinados requisitos mínimos, sem os quais restará difícil, senão impossível a sua aplicação.

Tais condições foram abordadas na decisão emanada pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo no bojo dos autos TC 18508/026/13⁴¹, voto de lavra do eminente Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo, onde se consignou a possibilidade de se estabelecer limites geográficos quando se objective fomentar MPEs sediadas local ou regionalmente, restando estabelecida a necessidade de comprovação de determinadas condições, que podem ser assim resumidas:

⁴¹ Antonio Carlos Da Silva – Prefeito Municipal De Caraguatatuba - Consulta a Respeito de Dispositivos da Lei Complementar Nº 123 de 2006 que instituiu o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte – Tribunal Pleno – Sessão de 06/08/2014



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Av. Rangel Pestana, 315 – Centro - CEP 01017-906 - São Paulo/SP-PABX: 3292-3226



ARTIGO

- a) O município deve editar legislação específica do ente promotor do certame delimitando a área: qual a delimitação geográfica local ou regional;
- b) Deve haver justificativa para a eleição do critério geográfico;
- c) Deve ser demonstrada a correlação entre o objeto licitado, a área geográfica delimitada, o tratamento diferenciado e simplificado às MEs e EPPs;
- d) Deve ser demonstrada a existência de pelo menos três MEs e EPPs no âmbito regional ou local aptas a atender o objeto predefinido.

Merecem especial atenção as justificativas para a eleição do critério geográfico. Podem ser atreladas a uma determinada vocação natural do Município, como aqueles que sobrevivem da agricultura, ou, ainda, quando se tem um artesanato local que possa suprir uma determinada necessidade da Administração Pública, ou mesmo quando um Município, vivenciando uma catástrofe de ordem natural, pretenda adquirir produtos de primeira necessidade de MPEs locais e, deste modo, possa alavancar a economia local desfavorecida em face da calamidade pública.

Além da indagação a respeito da abrangência geográfica, que ainda depende de regulamentação, da leitura do dispositivo também advém a seguinte dúvida: qual o significado de “melhor preço válido”?

Particularmente entendo que “melhor preço válido” consubstancia-se na melhor proposta de preço ofertada pelos licitantes, porém, desde que o preço esteja dentro da média de mercado, e seja exequível, ou seja, conforme os artigos 43, IV e 48, II da Lei de Licitações, e, evidentemente desde que o objeto atenda às condições exigidas no edital.

Então se pode dizer que a Administração Pública poderá pagar 10% a mais do que o melhor preço ofertado, mas somente quando este valor seja compatível com as pesquisas de preço (orçamento) e desde que exequível.

É importante salientar que o benefício do §3º do artigo 48 se aplica no bojo de qualquer benefício: na licitação exclusiva, na subcontratação e na cota reservada. Ou seja, em todas essas hipóteses é possível se estabelecer, ainda, como um “plus”, que MPEs



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Av. Rangel Pestana, 315 – Centro - CEP 01017-906 - São Paulo/SP-PABX: 3292-3226



ARTIGO

sediadas local ou regionalmente terão maior prioridade na contratação, pagando-se valor maior, no limite de 10% do melhor preço válido.

Por exemplo, numa licitação para compras de pneus para a frota municipal, com cotas reservadas de 25% para MPES e mais o benefício do §3º do artigo 48, tanto na cota principal como na cota reservada a Administração Pública poderá pagar 10% a mais àquela MPE que está sediada local ou regionalmente em relação a melhor proposta das outras MPES e empresas em geral.

Prioridade nas “compras diretas”

Conforme se verá posteriormente, objetivando evitar abusos o artigo 49 estabeleceu freios para a aplicação dos benefícios.

Todavia, embora não seja a melhor técnica legislativa, observa-se que o legislador acabou inserindo, no bojo destes limites, mais um mecanismo de preferência: a prioridade na contratação de MPES em dispensas de licitação, as rotineiramente denominadas “compras diretas”. É o que se verifica no inciso IV, *in fine*, do artigo 49:

Art. 49. Não se aplica o disposto nos arts. 47 e 48 desta Lei Complementar quando:

(...)

IV - a licitação for dispensável ou inexigível, nos termos dos arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, excetuando-se as dispensas tratadas pelos incisos I e II do art. 24 da mesma Lei, **nas quais a compra deverá ser feita preferencialmente de microempresas e empresas de pequeno porte, aplicando-se o disposto no inciso I do art. 48.** (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014). (g.n.)

Extrai-se do texto o entendimento no sentido de que as benesses previstas nos artigos 47 e 48 **não poderão ser concedidas quando a licitação for dispensável ou inexigível: trata-se da regra geral.**



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Av. Rangel Pestana, 315 – Centro - CEP 01017-906 - São Paulo/SP-PABX: 3292-3226



ARTIGO

Porém, conquanto confusa a redação, verifica-se que a real intenção do dispositivo está contida na *exceção* prevista em sua segunda parte, a que alude aos incisos I⁴² e II⁴³ do artigo 24 da Lei de Licitações: nas hipóteses de dispensa por valor, comumente denominadas “compras diretas” – compras e serviços até R\$ 8.000,00 e obras e serviços de engenharia até R\$ 15.000,00 – a compra deverá ser feita *preferencialmente* com MPEs.

No caso de consórcios públicos, sociedades de economia mista, empresas públicas e autarquias/fundações qualificadas como agências executivas, o § 1º⁴⁴ do artigo 24 da Lei nº 8.666/1993 estabeleceu limite 20% maior.

Sobre este dispositivo há que ser feita uma crítica sob o ponto de vista lógico.

O legislador houve por bem impor, como regra geral, a impossibilidade de se aplicar os benefícios às MPEs nas dispensas e inexigibilidades. Esse preceito visa evitar o fomento de licitações dispensáveis ou inexigíveis nos Municípios, porquanto não se trata de prática salutar; porém, acabou inserindo mais um mecanismo que beneficia a MPE no mesmo contexto, e pior: utilizou-se da expressão “*preferencialmente*” o que, a bem da verdade, revela que essa faceta do dispositivo tem caráter *obrigatório*.

Deste modo, quer me parecer que *deve* ser feita a compra direta com a MPE sempre que possível; caso não seja possível a contratação nesses moldes deverá ser tratada como *exceção*, acompanhada das devidas justificativas em autos administrativos.

Por fim, não se pode olvidar que uma fatia das aquisições, especialmente de pequenos Municípios, recai na hipótese das “compras diretas” e que, por sua vez, deverão estar atentos à *preferência* das MPEs.

⁴² Art. 24. É dispensável a licitação:

I - para obras e serviços de engenharia de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso I do artigo anterior, desde que não se refiram a parcelas de uma mesma obra ou serviço ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente; (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

⁴³ II - para outros serviços e compras de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso II do artigo anterior e para alienações, nos casos previstos nesta Lei, desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizada de uma só vez; (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

⁴⁴ § 1º Os percentuais referidos nos incisos I e II do caput deste artigo serão 20% (vinte por cento) para compras, obras e serviços contratados por consórcios públicos, sociedade de economia mista, empresa pública e por autarquia ou fundação qualificadas, na forma da lei, como Agências Executivas. (Incluído pela Lei nº 12.715, de 2012)



ARTIGO

Limites na Aplicação dos Benefícios às MPes

Se de um lado a lei materializou o espírito constitucional favorável às MPes, de outro, ao ponderar outros princípios de semelhante grandeza, não deixou de impor balizas; tais limites foram previstos no artigo 49⁴⁵ da Lei nº 123/2006, de modo que nenhuma benesse poderá ser concedida sem estas condições, a saber:

- 1. Se não houver um mínimo de 3 (três) fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório**
- 2. Se o tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte não for vantajoso para a administração pública ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado**
- 3. Se a licitação for dispensável ou inexigível, nos termos dos artigos 24 e 25 da Lei nº 8.666/1993**

Segue breve análise de cada uma das condições:

⁴⁵ Art. 49. Não se aplica o disposto nos arts. 47 e 48 desta Lei Complementar quando:

~~I – os critérios de tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte não forem expressamente previstos no instrumento convocatório;~~

I - (~~Revogado~~); (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014) (Produção de efeito)

II - não houver um mínimo de 3 (três) fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório;

III - o tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte não for vantajoso para a administração pública ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado;

~~IV – a licitação for dispensável ou inexigível, nos termos dos arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.~~

IV - a licitação for dispensável ou inexigível, nos termos dos arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, excetuando-se as dispensas tratadas pelos incisos I e II do art. 24 da mesma Lei, nas quais a compra deverá ser feita preferencialmente de microempresas e empresas de pequeno porte, aplicando-se o disposto no inciso I do art. 48. (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014)



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Av. Rangel Pestana, 315 – Centro - CEP 01017-906 - São Paulo/SP-PABX: 3292-3226



ARTIGO

1. Se não houver um mínimo de 3 (três) fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório

Como requisito para a concessão dos benefícios a lei exige a comprovação da existência de no mínimo 03 (três) fornecedores competitivos enquadrados como MPEs, e, ainda, que sejam sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências do edital.

O legislador parece ter se esquecido dos aspectos práticos desta regra, portanto a merecer inúmeras críticas. Mas este não é o objetivo deste estudo, que objetiva mitigar as dúvidas, ou, ao menos, levantar questões práticas.

A primeira celeuma diz respeito ao *momento* de comprovação deste requisito, da qual duas vertentes de raciocínio sobrevêm.

A primeira vertente no sentido de que caberá a Administração Pública examinar se existem estes 03 fornecedores - *competitivos enquadrados como MPEs, sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório* - na fase interna da licitação. A segunda no sentido de que este requisito deve ser avaliado não só na fase interna, mas, também, no decorrer da disputa propriamente dita, como requisito de participação mínima no certame.

Seguindo a primeira vertente, entende-se que o requisito poderá ser demonstrado através das pesquisas de preços realizadas na fase interna do certame, as quais deverão incluir, no mínimo, 03 (três) MPEs sediadas local ou regionalmente e que sejam capazes de cumprir as exigências do edital, as quais deverão compor o processo administrativo. Neste caso os órgãos poderão, por exemplo, manter cadastro de fornecedores atualizado para conferência no momento que antecede ao certame.

Na segunda vertente esta comprovação deve ser realizada no decorrer da disputa, examinando-se a efetiva participação de MPEs no certame, e não somente na fase



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Av. Rangel Pestana, 315 – Centro - CEP 01017-906 - São Paulo/SP-PABX: 3292-3226



ARTIGO

interna da licitação, o que entendo ser a melhor linha de raciocínio, pois garante uma mínima participação no certame, em prol da competitividade, princípio essencial que rege a licitação.

Seguindo este pensamento, só será possível conferir os benefícios às MPEs se no momento da disputa estiverem presentes 03 (três) licitantes MPEs sediadas localmente e capazes de cumprir as exigências do edital.

Por exemplo, numa licitação até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) exclusiva a MPEs: 03 (três) empresas deverão efetivamente *participar* do certame visando assegurar uma mínima competitividade. Tal lógica deriva dos procedimentos da modalidade Convite, previsto no § 3º⁴⁶ do artigo 22 da Lei de Licitações.

Mas não basta que sejam qualificadas como MPEs, devem, também, ser sediadas local ou regionalmente e que sejam capazes de cumprir as exigências do instrumento convocatório. Por exemplo, caso o certame objetive compra de hortifrúti, o objeto social da MPE não pode ser comércio de materiais de construção. Esta regra, além de fomentar a economia local, também visa afastar aquelas empresas que são criadas para fornecer determinado bem, mas que acabam fornecendo inúmeros insumos para a Administração, ainda que estranhos ao seu objeto social, situação que os órgãos de controle externo sempre estão atentos.

Da mesma maneira no caso de cotas reservadas de até 25% a MPEs: caso não participem 03 MPEs nestas condições mínimas, o certame deve ser declarado deserto, passando a disputa às empresas em geral. Ora, não é possível conferir as benesses da lei às MPEs se não houver mínima competitividade no certame, e, por isso, defendo que tal análise deve ser realizada no momento da disputa.

No caso de pregões eletrônicos é importante ressaltar que o *software* que processa o certame deverá contar a verificação deste requisito durante a realização da disputa.

⁴⁶ § 3º Convite é a modalidade de licitação entre interessados do ramo pertinente ao seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de 3 (três) pela unidade administrativa, a qual afixará, em local apropriado, cópia do instrumento convocatório e o estenderá aos demais cadastrados na correspondente especialidade que manifestarem seu interesse com antecedência de até 24 (vinte e quatro) horas da apresentação das propostas.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Av. Rangel Pestana, 315 – Centro - CEP 01017-906 - São Paulo/SP-PABX: 3292-3226



ARTIGO

De toda maneira o administrador público deverá contar de um edital muito bem elaborado, e, contendo todas as facetas do procedimento para garantir segurança jurídica.

Se o tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte não for vantajoso para a administração pública ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado

A lei exige que o tratamento diferenciado se mostre vantajoso, o que significa

i) pagar o melhor preço, aliado a ii) melhor opção para a Administração Pública.

O melhor preço é aquele que tem como baliza ampla pesquisa de preços, elaborada não só a partir dos valores praticados por MPEs da região, mas também com grandes empresas do ramo do objeto que se pretende contratar. Tal regra deriva do princípio da economicidade e do artigo 43, IV⁴⁷ da Lei de Licitações.

Observa-se que estão na balança dois princípios de peso constitucional: de um lado o sistema de proteção ao pequeno negócio e de outro a economicidade, pois não pode a Administração Pública incorrer em prejuízo econômico para fazer valer uma política pública.

Ademais, a economicidade vem acompanhada da escolha mais benéfica sob o ângulo dos melhores resultados para a Administração, pois não há valia alguma se perseguir tão somente o menor preço se o objeto não se prestar à melhor utilidade.

Nos dizeres do ilustre professor Marçal Justen Filho⁴⁸ trata-se da equação custo-benefício. O mestre leciona, ainda, que “a vantajosidade abrange a **economicidade**, que é uma manifestação do dever de eficiência. (...). A economicidade impõe a adoção da solução **mais conveniente e eficiente** sob o ponto de vista da gestão dos recursos públicos. Toda atividade administrativa comporta um enfoque sob o prisma do **custo-benefício**.” (g.n.).

⁴⁷ Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:

IV - verificação da conformidade de cada proposta com os requisitos do edital e, conforme o caso, com **os preços correntes no mercado** ou fixados por órgão oficial competente, ou ainda com os constantes do sistema de registro de preços, os quais deverão ser devidamente registrados na ata de julgamento, promovendo-se a desclassificação das propostas desconformes ou incompatíveis; (g.n.)

⁴⁸ Comentários à Lei de Licitações Contratos Administrativos – pág. 65 – 14ª. Dialética – 14ª Edição - 2010



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Av. Rangel Pestana, 315 – Centro - CEP 01017-906 - São Paulo/SP-PABX: 3292-3226



ARTIGO

Deste modo, da leitura do inciso III do artigo 49 é possível inferir que a Administração Pública poderá recusar a aplicação do tratamento diferenciado a MPEs quando não vislumbrar tal equação, de tal modo que se mostre inconveniente e não eficiente a aplicação da política na aquisição de determinado bem ou contratação de serviço. Todavia, é imperioso, e de forma muito bem fundamentada, levar a questão a termo nos autos do processo administrativo, sob pena de os órgãos de controle lançar críticas a respeito da licitação e respectivo contrato se configurada fuga às prerrogativas previstas na lei.

Igualmente, a norma reclama que o tratamento diferenciado não resulte em prejuízo ao conjunto ou ao complexo do objeto a ser contratado. Neste aspecto, caso a Administração Pública observe prejuízo à economia de escala ou, por exemplo, impossibilidade de fornecimento a contento – sempre justificadamente e comprovadamente - podrá afastar determinado benefício.

3. Se a licitação for dispensável ou inexigível, nos termos dos artigos 24 e 25 da Lei nº 8.666/1993

Como já mencionado anteriormente, o legislador houve por bem destacar uma regra geral: nas dispensas e inexigibilidades não se aplicam os benefícios às MPEs, medida que evita abusos na utilização das prerrogativas de favorecimento.

É de suma importância salientar que além dos requisitos previstos no artigo 49, outros princípios constitucionais devem ser obedecidos, a exemplo daqueles previstos no “caput” do artigo 37 da Constituição Federal.

Vê-se, portanto, que não são poucas exigências, as quais os órgãos de controle certamente se empenharão em perscrutá-las.

Feitas essas considerações, é necessário abordar novidade que se infere da revogação do inciso I do artigo 49. A redação anterior deste artigo previa que *não* poderiam ser aplicados os benefícios às MPEs quando os critérios de tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte *não fossem expressamente previstos no instrumento convocatório.*



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Av. Rangel Pestana, 315 – Centro - CEP 01017-906 - São Paulo/SP-PABX: 3292-3226



ARTIGO

A revogação do texto pela Lei Complementar nº 147/2014 implica no entendimento de que tais benefícios são imperativos, *ainda que não constem no edital do certame*. Em outros dizeres, independentemente de previsão em edital, os benefícios às MPEs têm força obrigatória.

Traçado o panorama geral, é possível afirmar que o diploma pretendeu conferir assertividade não só aos mecanismos de preferência às microempresas e empresas de pequeno porte, mas, também, garantir maior efetividade à diretriz constitucional de desenvolvimento municipal e regional.

Assentadas as principais novidades, e retomadas algumas balizas que já eram previstas na Lei Complementar nº 123/2006, creio ser oportuno elaborar breve resumo da matéria, uma vez que não são poucas as nuances da norma.

IV) SÍNTESE

- A. Microempresas (ME) são aquelas empresas que auferem receita bruta anual de até R\$ 360.000,00 e Empresas de Pequeno Porte (EPP) são aquelas cuja receita bruta anual está acima de R\$ 360.000,00, mas até R\$ 3.600.000,00
- B. O Microempreendedor Individual (MEI) é modalidade de microempresa com extensão de todos os benefícios;
- C. As normas de licitações devem privilegiar o tratamento favorecido às MPEs;
- D. As preferências às MPEs prevalecem sobre a margem de preferência a produtos e serviços nacionais;
- E. Obrigatoriedade de aplicação dos benefícios às MPEs nas contratações públicas;
- F. Agora é expressa a aplicação dos benefícios no âmbito da Administração indireta, autárquica e fundacional das três esferas da federação;



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Av. Rangel Pestana, 315 – Centro - CEP 01017-906 - São Paulo/SP-PABX: 3292-3226



ARTIGO

G. Enquanto não for editado regulamento local, valem as regras da legislação federal;

H. Benefícios:

1. Empate Ficto
2. Regularidade fiscal postergada
3. Licitações exclusivas até R\$ 80.000,00
4. Subcontratação compulsória no caso de obras e serviços
5. Cotas reservadas de até 25% no caso de aquisição de bens divisíveis
6. Prioridade de contratação de MPEs sediadas local ou regionalmente
7. Prioridade de MPEs nas “compras diretas” (compras e serviços até R\$ 8.000,00 e obras e serviços de engenharia até R\$ 15.000,00, ampliando estes valores em 20% para compras, obras e serviços contratados por consórcios públicos, sociedade de economia mista, empresa pública e por autarquia ou fundação qualificadas, na forma da lei, como Agências Executivas)

I. Não poderão ser concedidos os benefícios:

1. Se não houver um mínimo de 3 (três) fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório
2. Se o tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte não for vantajoso para a administração pública ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado



ARTIGO

3. Se a licitação for dispensável ou inexigível, nos termos dos artigos 24 e 25 da Lei nº 8.666/1993 (excetuando-se as dispensas tratadas pelos incisos I e II do art. 24 da mesma Lei - “compras diretas” - as quais deverão ser feitas *preferencialmente* de microempresas e empresas de pequeno porte, aplicando-se o disposto no inciso I do art. 48).

J. **Não há mais a necessidade de previsão dos critérios de tratamento diferenciado e simplificado no edital da licitação para a concessão das prerrogativas de favorecimento**

Feitas essas breves considerações, é absolutamente de rigor afirmar que a presente análise, em função do pouco tempo e dos inúmeros assuntos que permeiam a matéria, não passa de um estudo preliminar, cujo detalhamento dar-se-á na análise dos casos concretos e no desenvolvimento da jurisprudência.

Por fim, é valioso asseverar que a Lei Complementar nº 147/2014 inaugura uma nova forma de pensar sobre as compras públicas, tornando-as verdadeiros instrumentos de implementação de políticas públicas que impulsionam o desenvolvimento econômico local e nacional sustentável.

*** Claudine Corrêa Leite Bottesi é Assessora Técnico-Procuradora do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (TCESP)**

Bibliografia

COELHO MOTTA, Carlos Pinto. **Regime Diferenciado das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte**. In Congresso Internacional - Compras Governamentais e as Micro e Pequenas Empresas, Brasília: 2007. Palestra.

FONSECA DA CUNHA, Carlos Leony, et al. **Tratamento Diferenciado às Micro e Pequenas Empresas – Legislação para Estados e Municípios** - Secretaria da Micro e Pequena Empresa Presidência da República - Departamento de Racionalização das Exigências Estatais – DREE, Brasília, 2013/2014

JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas. **Como comprar da micro e pequena empresa: o novo papel do comprador: preferência às micro e pequenas empresas: comentários às modalidades de licitação, inclusive o pregão: procedimentos exigidos para a efetivação do tratamento diferenciado às MPE**. Brasília: 2008

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. São Paulo: Dialética. 14ª edição, 2010.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Av. Rangel Pestana, 315 – Centro - CEP 01017-906 - São Paulo/SP-PABX: 3292-3226



ARTIGO

REIS, Paulo R. C., CABRAL, Sandro. **Public Procurement Strategy: The Impacts of a Preference Programme For Small and Micro Businesses.** Public Money & Management. Inglaterra: Janeiro, 2015. Disponível em: <https://dx.doi.org/10.1080/09540962.2015.1007704>. Acesso em 25/06/15.

SANTANA, Jair. **Novo Estatuto da ME EPP – Lei Complementar nº 147 de 07 de agosto de 2014 – Compras Públicas e Pequenos Negócios – Essencialidades e Orientações** – Belo Horizonte, Agosto, 2014

SATOSHI, Sérgio. **O Papel Do Tribunal de Contas No Cumprimento do Estatuto Da Microempresa E Da Empresa De Pequeno Porte.** Artigo. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. São Paulo. Agosto, 2013. Disponível em: <https://www4.tce.sp.gov.br/sites/default/files/artigo-sergio-satoshi-tcesp.pdf>. Data de acesso em 25/06/2015.

SEBRAE, Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas. **Cartilha do Comprador: os novos paradigmas da administração pública.** Disponível em: <http://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/bis/Cartilha-do-Comprador:-os-novos-paradigmas-da-administra%C3%A7%C3%A3o-3o-p%C3%BAblica>. Data de acesso em 25/06/2015.

SEBRAE, Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas. **Inovações introduzidas pela Lei Complementar nº 147.** Disponível em: <http://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/bis/Inova%C3%A7%C3%B5es-introduzidas-pela-Lei-Complementar-n%C2%BA-147>. Data de acesso em 25/06/2015

SAMPAIO, Ricardo Alexandre. **A Questão da Preferência das Micro E Pequenas Empresas no Pregão.** In: Revista Zênite de Licitações e Contratos - ILC, Curitiba: Zênite, Ano XIV, nº 157, 2007, p.269.

SILVEIRA MARQUES, Felipe. **Compras Públicas no Brasil e EUA: Análise da Concorrência segundo o paradigma Estrutura-Condução-Desempenho** - Tema 2: Tópicos Especiais em Finanças Públicas Monografia X Prêmio Tesouro Nacional, *sine loco*: 2005.

SOLIMANO, Andrés - **Micro Empresas, PyMES y Desarrollo Económico. Chile y la Experiencia Internacional** – Santiago, Chile: CIGLOB, Agosto, 2010. Disponível em: <http://www.ciglob.org/inicio/files/WP03%20-20Solimano,%20Pollack,%20Wainer,%20Wurgaf%20-%20Micro%20Empresas,%20PyMES%20y%20Desarrollo%20Econ.pdf> – Acesso em 25/06/15

TORRES PEREIRA JÚNIOR, Jessé, DOTTI RESTELATTO, Marinês – **Microempresas, empresas de pequeno porte e sociedades cooperativas nas contratações públicas** – Tratamento Diferenciado segundo as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados acolhidos na LC nº 123/06 e no Decreto nº 6.204/07 – São Paulo: NDJ, 2008