

## NOTAS SOBRE A PARTICIPAÇÃO DE MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE NAS LICITAÇÕES PÚBLICAS

Por *Jessé Torres Pereira Júnior*<sup>1</sup>

*Desembargador do Tribunal de Justiça e Professor da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Autor de obras jurídicas, entre as quais "Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública", 7ª edição, no prelo.*

### Introdução

O segundo bloco do programa proposto versa sobre as repercussões do Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte nas licitações públicas. Suponho que estejam apreensivos em relação a essas repercussões. Com razão.

Entre as primeiras manifestações da doutrina acerca da Lei Complementar 123/2006, há também muita apreensão e alguma dissidência relativa às virtudes da lei para alcançar as finalidades almejadas.

Também se pondera sobre a inconstitucionalidade de alguns pontos da lei. O tratamento diferenciado traçado em favor das pequenas empresas e micro, que teria ido além do que seria admitido pelo princípio constitucional da isonomia, sobretudo no que respeita à possibilidade dessas empresas comprovarem a sua regularidade fiscal num prazo diferenciado das demais licitantes - apenas quando da contratação - e à ficção de empate entre as propostas que essas empresas ofereciam, considerando como empatadas aquelas que cotarem preços até 10% acima da menor proposta das demais concorrentes, nas modalidades tradicionais de licitação, e até 5% acima da menor proposta, na modalidade pregão.

Questiona-se, ainda, acerca da praticidade das inovações trazidas pela LC 123/06. Preocupa a possibilidade de que a apreciação dos documentos da habilitação ensejará oportunidade para a interposição de recursos que, especialmente na modalidade pregão, já havia perdido o interesse. Recorde-se que a inversão das fases no procedimento do pregão acabou esvaziando o ânimo de recorrer das decisões do pregoeiro. Porque conhecidas as propostas de preço, cada licitante sabe até onde pode chegar com sua cotação, avaliando, assim, a utilidade ou não de se apegar a pormenores formais para inabilitar os rivais ou travar o curso do procedimento, como é comum acontecer nas modalidades tradicionais de licitação.

Na experiência do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, por exemplo, a administração informa que o número de recursos em pregão é muitíssimo inferior àquele observado nas licitações tradicionais. Enquanto em 80% a 90% destas há recursos, nas licitações mediante pregão o índice é de 12%. Também o tempo de processamento se reduz de modo apreciável - enquanto nas modalidades tradicionais, a média é de 90 dias, no pregão, é de 18 dias.

Teme-se que, tendo as empresas pequenas e micro direito ao tratamento diferenciado, as suas concorrentes estarão sobremodo atentas aos documentos de habilitação, por meio dos quais poderão impugnar a autenticidade da configuração da empresa como micro ou pequena, a estimular, mesmo no pregão, grande número de recursos contra as decisões que as habilitem, ou seja, que as considerem efetivamente micro ou pequenas, fazendo jus ao tratamento diferenciado.

A empresa micro ou pequena que tiver essa condição impugnada será suspeita de burla aos requisitos legais, o que desencadearia a reação das impugnadas e embaraços ao curso do procedimento, pois é necessário assegurar a todos o direito à ampla defesa e ao contraditório.

Teria a comissão de licitação ou o pregoeiro, conforme a modalidade, condições, meios e desembaraço para verificar, nesse momento, se a impugnada é efetivamente micro ou pequena empresa, ou se razão assiste ao recorrente ao afirmar tratar-se de fraude?

Tampouco despropositada é a dúvida acerca da eficiência de a lei complementar haver autorizado os entes federativos a expedirem leis próprias, criando licitações que admitirão pequenas e micro empresas, com exclusão de quaisquer outras empresas. Além de suscitar, novamente, a inconstitucionalidade da medida, que instituiria uma reserva de mercado nos contratos administrativos somente para essas empresas.

Não é pouca a crítica, nem poucos são os temores, que provoca a Lei Complementar 123/2006, no referente às licitações públicas, sendo encontradas opiniões no sentido de que bastaria, ao favorecimento dessas empresas, um tratamento tributário peculiar, inconveniente estendê-lo às contratações administrativas, onde deve prevalecer o princípio da competitividade.

Oportuna, por conseguinte, a inserção do tema na programação deste evento. Embora ainda não haja elementos amadurecidos que nos leve a conclusões consensuais ou definitivas sobre todas essas questões, ao menos devemos ir ponderando

<sup>1</sup> Texto baseado em palestra proferida pelo autor no "Seminário Nacional: capacitação de agentes públicos para o processamento eficaz das licitações", realizado pela JML Eventos, nos dias 16, 17 e 18 de abril de 2007, em Curitiba, Paraná.

sobre o que pode acontecer no emprego da nova legislação. Faremos, então, um exame ainda sob a fumaça do tiro, sem sabermos se o tiro alcançou o alvo.

Em primeiro lugar, repassemos a questão do tratamento diferenciado - o que o justifica na Constituição da República. Não vou falar mais em "micro" ou "pequena" empresa. Nomearemos a todas como "pequenas empresas", de modo a compreender todo o gênero, embora a lei faça distinção entre elas, do ponto de vista da receita que auferem a cada exercício financeiro.

## **POR QUE A CONSTITUIÇÃO DISPENSOU TRATAMENTO DIFERENCIADO AS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS? QUAL O SEU SIGNIFICADO?**

### **Lei complementar**

Quando foi encaminhado ao Congresso Nacional, o projeto de lei sobre essas pequenas empresas limitava-se a desonerá-las de encargos tributários e fiscais, bem como a autorizá-las a praticar um regime simplificado de documentação e certificações tributárias. Era esse o objeto restrito da versão original do aludido projeto de lei.

Na respectiva exposição de motivos, encontra-se o fundamento das duas primeiras grandes questões - **lei complementar e tratamento diferenciado**. Lei complementar porque o regime tributário não pode ser disciplinado por legislação ordinária. O art. 146, inc. III, da Constituição da República remete à lei complementar estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre a matéria estipulada na alínea "d" ("Definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e empresas de pequeno porte, inclusive regimes especiais ou simplificados...").

De acordo com o parágrafo único do art. 146, a lei complementar de que trata o inc. III, alínea "d", também poderá instituir um regime único de arrecadação dos impostos e contribuições da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Não pode haver dúvida de que, se e quando a União entendesse de legislar sobre o regime tributário da pequena empresa, só poderia fazê-lo através de lei complementar, porque esse é o veículo pré-fixado, expressamente, na Constituição da República.

O texto do projeto inicial era breve, reunido em dez artigos, sendo o último: "essa lei complementar entra em vigor na data de sua publicação". O texto afinal convertido na LC 123/06 desdobra-se em oitenta e nove artigos. Matérias não previstas no texto original passaram a constar do texto final, incluindo a extensão do tratamento diferenciado às licitações.

Durante a tramitação do projeto, verificou-se que seria possível conceder às pequenas empresas não apenas um tratamento tributário peculiar, mas também um tratamento diferenciado em outros setores da Administração Pública.

As normas referentes à licitação prescindem de lei complementar. Caso a lei se limitasse a regular a participação de pequenas empresas em licitações, poderia ser ordinária, comum, como é a Lei 8.666/93 e todas as outras leis que lhe introduziram modificações. Contudo, teve de ser lei complementar porque versa sobre matéria tributária e esta só pode ser objeto de lei complementar.

Aí está a resposta à primeira questão - o porquê de ser "lei complementar".

O esclarecimento é importante para afastar a suposição de que haveria hierarquia entre lei complementar e lei ordinária. Se houvesse, então a LC 123/06 teria derogado a Lei 8.666/93, a Lei 10.520/02 e todas as demais que disponham sobre licitações e contratos, nos pontos por ela tratados.

Está pacificado na jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal Federal, que não há essa hierarquia. A lei complementar se distingue das leis ordinárias apenas em função de seu objeto, que é a de dar consequência normativa a política pública constitucionalmente traçada. Portanto, seu papel é o de estabelecer os desdobramentos de políticas públicas definidas na Constituição.

No caso, a política pública é o tratamento diferenciado em favor das pequenas empresas. É necessário decompor essa política mediante normas gerais. Se estas tiverem índole tributária, só podem ser veiculadas por lei complementar, que não é "mais" do que a lei ordinária, não está acima dela na pirâmide das leis, mas cumpre função específica, que inclui a conciliação das normas destinadas à pequena empresa com aquelas que já existiam na legislação sobre licitações e contratações.

Prevalecerá o princípio da especialização onde a disciplina da LC 123/06 for diferente da disciplina das leis precedentes sobre licitações. Prevalecerá a LC 123/06 quando o destinatário da norma for pequena empresa, sem excluir a aplicação suplementar da legislação geral das licitações.

### **Política pública**

A exposição de motivos do projeto de lei complementar alinha as razões que justificam a política pública eleita pela Constituição, cujo art. 146, inc. III, alínea "d", retro referido, assenta clara diretriz. Mas não apenas ali. Também no art. 170, que trata da ordem econômica e lhe arrola os principais vetores, encontra-se orientação expressa no inciso IX - "a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna con-

forme 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”.

À vista do disposto nos arts. 146, inc. III, alínea “d”, e 170, inc. IX, a que se junta o 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”), todos da Constituição Federal, com os aditamentos das Emendas Constitucionais 06/95 e 42/03, houve mora de dezoito anos do legislador na elaboração dessa lei complementar.

O tema merecia mesmo uma política pública constitucional.

A justificativa do projeto, apresentado ao Congresso Nacional em 2001, registrava que a maioria dessas pequenas empresas era de tipo “empregadora”, isto é, pelo menos uma pessoa estava registrada como empregado, sendo seus demais membros familiares ou sócios, ou seja, mais de 926.000 famílias diretamente envolvidas no negócio, com seus membros participando na condição de proprietários ou sócios.

Acrescentava que, segundo dados do BNDES, 98% do total de empresas do país eram constituídas como micro e pequenas empresas: representavam 93% dos estabelecimentos empregadores; e correspondiam a 60% dos empregos gerados no país, participando com 43% da renda total dos setores industrial, comercial e de serviço. Resumindo as contas, calculava-se que fossem, aproximadamente, quarenta milhões de brasileiros os que dependiam das atividades dessas pequenas empresas.

Fica claro o motivo de a Constituição haver inserido, como política pública específica, o tratamento diferenciado em prol dessas empresas. Empregam muita gente, desenvolvem inúmeras atividades, são importantíssimas no processo econômico, mas são pequenas. Daí a necessidade de uma compensação capaz de habilitá-las a formar e manter-se em mercado tão competitivo quanto o empresarial. Em termos de licitação, a necessidade é a de terem condições de obter sucesso competindo com empresas de maior porte.

A história do direito consigna a adoção, volta e meia, de estratégias compensatórias entre situações ontologicamente desiguais. São políticas legítimas, embora sempre suscitem reações. Recorde-se que a maioria dos empresários reclama muito da Justiça do Trabalho, que tende a dar ganho de causa aos empregados nas reclamações

trabalhistas. Os queixosos não percebem que a Justiça do Trabalho foi concebida, na década de 1940, seguindo movimento internacional, exatamente com o escopo de equilibrar uma relação entre a parte forte (o empresário) e a parte fraca (o empregado). Ou seja, cumpre um papel compensatório, objetivando equilibrar uma relação naturalmente inclinada ao desequilíbrio.

Idêntico fenômeno ocorre com os direitos do consumidor, cujo código de proteção, no Brasil, é de 1990: veio no intuito de equilibrar uma relação também, naturalmente, desequilibrada entre o fornecedor ou produtor de bens e serviços e o consumidor. Daí surgiram novíssimos institutos jurídicos, como a inversão do ônus da prova e a possibilidade de declarar nula cláusula contratual infratora dos direitos do consumidor.

É a mesma estratégia de política pública compensatória, refletida em princípios e normas acolhidos pela ordem jurídica. São ramos das ciências do direito que nascem sob o signo do dever de compensar desigualdades, dever este transmitido aos agentes incumbidos de implementar o equilíbrio.

A Lei Complementar 123/06 me passa essa mesma vocação. Nasce predestinada a promover compensação entre relações naturalmente desequilibradas. É claro que as pequenas empresas não têm as mesmas condições de competir no mercado como têm as empresas de maior porte. No entanto, representam um segmento que atende a número expressivo de brasileiros.

Eis a lógica de a Constituição consagrar como política pública o tratamento diferenciado em favor delas. Sob tal perspectiva, nenhum sentido há em censurar a diferença de tratamento que respeita a desigualdade. O cuidado que se deve ter é o de que o tratamento não seja ministrado em dose que, ao invés de estimular, acomode; ao invés de proteger, exponha; ao invés de instituir paradigmas razoáveis, promova intervenção nociva ao interesse público.

Essa reflexão, que estamos sumariando de modo brevíssimo, tem sido feita pelo Supremo Tribunal Federal, em vários julgamentos, há mais de dez anos.

Creio que, se eventual argüição de inconstitucionalidade da LC 123/06 chegasse à Suprema Corte, a tendência seria a de apreciá-la sob premissas ali já assentadas, e que dificilmente, salvo algum aspecto pontual, conduziram à declaração de inconstitucionalidade.

Quando muito, o STF, exercendo o seu papel de Corte guardiã da Carta Magna, formularia o que se denomina de “interpretação conforme à Constituição”, que se recomenda fazer quando a literalidade da norma infraconstitucional aparentemente contradita o Texto Fundamental.

Apenas conjecturo, sem bola de cristal a me auxiliar. Mas o faço sobretudo relendo o voto do Ministro Celso de Mello, condutor do julgamento proferido na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 45, decidida em 2004.

A lei de diretrizes orçamentárias de 2003 para 2004 fazia restrições às verbas da saúde, que recebem da Constituição tratamento vinculante diferenciado, daí a aparência de que o projeto de LDO, então proposto, estaria a transgredir a Constituição e provocaria dificuldades para o governo dar cumprimento a uma política pública nela definida.

Perceba-se a simetria das situações. Em ambos os casos, lei infraconstitucional (LDO e LC) estaria a consagrar regra transgressora do texto constitucional, porque infratora de política pública definida na Constituição.

Ponderou o ministro relator que o desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental.

A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do poder público que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe assim os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal que importa um fazer, atuação positiva, gera a inconstitucionalidade por ação.

Se o Estado deixa de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, com o fim de torná-los efetivos, operantes e exeqüíveis, abstendo-se em consequência de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse *non facere* ou *non praestare* resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser **total**, quando nenhuma for a providência adotada, ou **parcial**, quando insuficiente a medida efetivada pelo poder público.

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário e nas da Suprema Corte em especial, prossegue o relator, a atribuição de formular e de implementar políticas públicas, pois nesse domínio o encargo reside, primariamente, nos Poderes Executivo e Legislativo.

A incumbência, embora em bases excepcionais, poderá recair sobre o Poder Judiciário se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos políticos que sobre eles incidem, vierem a comprometer a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático.

Não se pode converter em promessa constitucional inconstitucional, sob pena de o poder público fraudar justas expectativas nele depositadas pela coletividade, e/ou substituir de maneira ilegítima o cumprimento de seu dever por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria lei fundamental do Estado.

O voto do Ministro Celso de Mello encaminhou a decisão no sentido de mostrar que seria perfeitamente acolhível a arguição de descumprimento de preceito constitucional por aquela lei de diretrizes orçamentárias que almejava cortar verbas da saúde. Porque estaria a descumprir política pública traçada na própria Constituição e caberia ao Supremo intervir. O governo emendou a lei, tornando desnecessária a intervenção judicial; cujo cabimento, contudo, ficou evidenciado no voto condutor da decisão, que extinguiu o processo pela perda superveniente de seu objeto.

No caso do tratamento diferenciado para as pequenas empresas, há nada menos do que três normas constitucionais expressas – arts. 146, inc. III, “d”, 170, inc. IX, e 179 – a assegurá-lo. O poder público brasileiro pecaria por omissão contra a Constituição se não editasse as normas gerais necessárias e suficientes para a implementação desse tratamento diferenciado. Como pecará por omissão a Administração, se deixar de lhe dar consequência.

A postura da Corte Suprema está definida e não acredito que venha a ser alterada, até porque as mudanças em sua composição, desde aquele julgamento, em nada repercutiriam na compreensão acerca do caráter cogente das políticas públicas traçadas pela Constituição. Devem ser implementadas, não adiadas ou consideradas como regras meramente programáticas, a serem perseguidas num futuro indeterminado. Valem desde logo, sob pena de inconstitucionalidade por omissão, a justificar a intervenção judicial.

Recorde-se o processo histórico de formação do conceito de política pública. Seus principais elementos podem ser encontrados no respectivo verbete do Dicionário Enciclopédico de Teoria e de Sociologia do Direito (tradução para o português coordenada por Vicente de Paulo Barreto, a partir da segunda edição do original francês, dirigida por André-Jean Arnaud. Ed. Renovar, 1999, p. 605-607).

O conceito: “Conjunto de atos e de não-atos que uma autoridade pública decide pôr em prática para intervir, ou não intervir, num domínio específico”. O adjetivo “pública” distingue o conceito de política relacionado ao conflito entre interesses heterogêneos que implica o exercício do poder (*politics*), do conceito de política relacionado ao conteúdo das escolhas e ações de uma autoridade que exerça o estatuto governamental (*policy*).

Estrutura-se no pós-guerra 1939-45, quando as sociedades, repensando os meios e caminhos para soerguerem-se da destruição provocada pelo conflito bélico universal e vendo acentuarem-se as complexidades de suas novas interações, passam a exigir uma gestão fundada na correta identificação de problemas e na escolha de soluções que sejam eficientes e eficazes para resolvê-los.

Resulta clara a existência de uma relação de causalidade entre a escolha de certos instrumentos (orçamentários e institucionais) e a produção de certos efeitos ou impactos sobre a organização social e a qualidade de vida das pessoas.

Entre 1965-70, surge o “gerenciamento público” como área de formação profissional de gestores voltados para decisões mais racionais e eficazes na direção das ações estatais. Aceita-se que uma política pública seja decomposta em cinco segmentos sucessivos e intercomplementares de atividades: a identificação do problema cuja inclusão na agenda governamental se justifica; a formulação de soluções e respostas para o problema identificado; a implementação dessas soluções; a avaliação, isto é, como os efeitos da implementação são percebidos pelos destinatários da política e sua influência sobre novas ações e a gestão das interfaces entre as várias políticas, reconhecendo-se que nenhuma delas pode ser isolada.

Tais conceitos e perspectivas permeiam, hoje, a gestão dos Estados Nacionais, os quais, após perceberem que, esgotado o período histórico da modernidade – onde se acumularam quatro gerações de direitos fundamentais reconhecidos e proclamados, a começar dos direitos individuais da Revolução Francesa e da Declaração de Independência das Colônias Norte-americanas, no século XVIII, e a findar com o reconhecimento do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, duzentos anos depois da primeira geração –, deve-se abrir para outra era histórica, dita pós-moderna, na qual não basta a proclamação dos direitos em abstrato, lhe é imperativo torná-los efetivos e acessíveis para todos, sem discriminação e em tempo hábil.

Diante disso, as mais recentes Constituições nacionais estabeleceram políticas públicas que visam assegurar desde logo, indistintamente, o mínimo existencial compatível com a dignidade humana. A repercussão desse ideário da pós-modernidade revoluciona a compreensão da possibilidade do exercício do controle judicial sobre a implementação das políticas públicas inscritas na Constituição.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vem desenhando o novo paradigma. O julgamento de agravo regimental interposto no Recurso Extraordinário 410.715-5/SP, aos 22.11.05, sumaria as conclusões da Corte na matéria, cujo

processo de maturação teve início em 1993, com o julgamento da ADIN 319-DF, na qual o STF considerou constitucional a Lei Federal 8.039/90, que autorizava o poder público a controlar os preços de mensalidades praticados por escolas particulares, como decorrência de política pública fixada na Constituição (v. RTJ nº 149/93, p. 666-692).

Daí não se acreditar que o STF vá alterar esse curso evolutivo no rumo da pós-modernidade. Muitos dos ministros que compunham a Corte são os mesmos que lá permanecem, e têm essa compreensão comprometida com os resultados que devem decorrer de políticas públicas traçadas no texto da Constituição.

Quanto à política pública do tratamento diferenciado ser violadora da igualdade entre as empresas que disputam o contrato administrativo, efetivamente, desafia-se a conhecida tensão entre liberdade individual e solidariedade social, que está presente em todo o texto constitucional e reflete a ambigüidade de nosso tempo.

Basta a releitura de alguns artigos da Constituição para verificar que se divide entre garantir vetustas concepções de liberdade individual e consagrar atualizadas concepções de solidariedade social. É o confronto que se extrai, por exemplo, do Preâmbulo da Carta e de seus arts. 1º, inc. IV; 5º, *caput*; inc. II; 22; 170, *caput*, inc. II.

Nesses preceptivos, nossa Constituição aponta “a existência digna conforme os ditames da justiça social” e explicita os princípios da função social da propriedade e da redução das desigualdades sociais. Ao mesmo tempo em que trata das liberdades fundamentais, que são individuais.

O grande problema da nossa geração é o de conciliar o respeito às liberdades individuais com a solidariedade social. Garante-se a propriedade privada tanto quanto se reconhece que o proprietário tem um compromisso com sua função social. Ambigüidade típica de uma era em que nenhum valor pode ser absoluto. As sociedades cresceram e se diversificaram, os conflitos são enormes e das mais variadas naturezas, é preciso administrar antinomias e até dissipá-las.

O art. 1º da vigente Constituição declara que a República Federativa do Brasil constitui um Estado Democrático de Direito, cujos fundamentos não se compatibilizam com a livre iniciativa da economia liberal clássica, mas, sim, com os valores sociais da livre iniciativa. Ademais, entre os novos princípios a serem observados pela ordem econômica, está o da defesa do consumidor e o da redução das desigualdades sociais.

A Constituição também definiu o Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica, por isso que cabe a intervenção do Estado no domínio econômico. No julgamento da ADIn 319, o Min. Sepúlveda Pertence proferiu seu

voto advertindo ser sempre arbitrário que a afirmação de um dos valores, de um dos vetores axiológicos do projeto de “sociedade” veiculado pela Constituição, se faça com abstração ou com sacrifício dos outros valores e vetores axiológicos.

Dez anos são passados desse julgamento, até hoje citado em questões que implicam a intervenção do Estado no domínio econômico, com o fim de traçar ou definir políticas públicas, e sempre com esse sentido. Reitero não acreditar que o STF venha a declarar inconstitucional a LC 123/06. Poderá, se for o caso, interpretá-la conforme a Constituição, mas não para dizer que ofende o texto constitucional.

### **Aspectos da LC 123/06 relevantes para o cotidiano das licitações**

É preciso saber se a lei vige. Toda lei que versa sobre matéria tributária há de observar o princípio da anualidade. O regime dos tributos não pode ser alterado para ter vigência imediata, logo ele será eficaz no exercício seguinte. A Constituição garante aos contribuintes esse tempo de preparação para as novas incidências e gravames.

Ocorre, no caso, que a LC 123/06 não trata só de tributos. É complementar porque trata de tributos, mas, além deles, cuida de assuntos estranhos à lei complementar.

O art. 88 diz assim: “esta lei complementar entra em vigor na data de sua publicação, ressalvado o regime de tributação das microempresas e empresas de pequeno porte, que entra em vigor em 01 de julho de 2007”. Ele distingue: o que for norma de natureza tributária, só começará a vigor a partir de 01 de julho de 2007; o que não for está em vigor desde a data de publicação da lei, 15 de dezembro de 2006. Portanto, a partir dessa data, a Administração pública brasileira já teria o dever jurídico-administrativo de projetar suas licitações de acordo com as normas da LC 123/06, no que tange à admissão da participação de pequenas empresas.

Autoridades do Executivo têm afirmado estar a Administração despreparada para aplicar o novo regime, que, a exemplo do que aprendemos nas primeiras lições de geografia sobre o litoral brasileiro, têm saliências e reentrâncias.

Os agentes incumbidos das licitações estão suscitando dúvidas e discutindo que orientações básicas devem seguir, pois desde 15.12.06 deveriam ter introduzido nos modelos de editais e de minutas de projetos e contratos as normas correspondentes às inovações da LC 123/06, notadamente aquelas concernentes à regularidade fiscal; às que fixam o norte para o exame da documentação das pequenas empresas; e a contagem dos prazos legais para a regularização de documentos.

Uma certeza mínima fundamental é a de que o tratamento diferenciado estabelecido na LC 123/06 somente pode ser aplicado nos pontos em que a lei for explícita. Não se pode presumir ou inferir, por extensão ou analogia, diferenças de tratamento em favor das pequenas empresas onde não houver previsão legal. O tratamento diferenciado, até por ser diferenciado, deve restringir-se àqueles pontos que a lei define. Nem mais, nem menos.

Assim, por exemplo, o edital poderia dispensar tratamento diferenciado quanto à qualificação técnica ou à qualificação econômico-financeira, só por se tratar de pequena empresa? Não. O projeto básico, no caso de serviços, e o edital deverão formular os requisitos de qualificação técnica e econômico-financeira que teriam de ser exigidas para qualquer empresa licitante, fosse pequena, média ou grande.

Essas exigências de qualificação são vitais para que a Administração tenha razoável certeza de que o adjudicatário terá plenas condições de executar, fielmente, o objeto licitado, independentemente de seu porte empresarial.

Se for necessário exigir prova de a empresa contar com experiência de execução específica do objeto, seja sob a perspectiva de sua capacidade técnico-profissional ou técnico-operacional (que podem ser exigidas cumulativamente, ao que pacificado em reiteradas decisões do TCU, recorde-se), projeto básico e edital não poderão dispensar a pequena empresa de produzir tal prova, só pelo fato de ser pequena. Sendo necessária a prova, deve ela ser exigida e atendida por todos os licitantes, grandes e pequenos empresários, sob pena de inabilitação.

### **Regularidade Fiscal**

A LC 123/06 somente confere tratamento diferenciado em relação à regularidade fiscal, nada autorizando em relação às demais categorias de exigências da fase de habilitação no procedimento licitatório, nas quais as pequenas empresas estão sujeitas ao mesmo tratamento que a Lei 8.666/93 dispensa às empresas em geral. Outros benefícios além dos previstos na lei não devem ser imaginados, porque aí, sim, haveria contravenção à isonomia. O tratamento diferenciado se interpreta estritamente. Toda norma de exceção só comporta interpretação estrita. Sendo, como é, excepcional, não admite que o aplicador acresça ou suprima ponto ou vírgula.

A LC 123/06 não isenta a pequena empresa de comprovar a sua regularidade fiscal. Cumpre-lhe atender ao dever jurídico, inerente a todos os licitantes, de comprovar a satisfação das exigências de habilitação fiscal previstas no edital, que não podem ultrapassar, nem ficar aquém, daquelas relacionadas na lei.

O que a LC 123/06 traz de diferente é um prazo, como que moratório, para que as pequenas empresas façam a comprovação de que atendem à regularidade fiscal. Passaram a dispor de um prazo que a Lei 8.666/93 não prevê no regime geral das licitações, uma vez que exige dos licitantes a prova da regularidade fiscal através dos documentos que devem inserir nos envelopes de documentação, vedado que os tragam em etapa posterior (art. 43, § 3º). Tratando-se de pequena empresa, esses documentos também estarão no envelope de habilitação, mas, se contiverem alguma irregularidade, ela terá um prazo para a regularização.

O que muda é que a pequena empresa não será desde logo inabilitada, como ocorrerá com as demais licitantes na hipótese de seus documentos comprobatórios de regularidade fiscal estiverem irregulares. O benefício somente é esse: a pequena empresa não será eliminada tão logo verificada sua irregularidade em documento de habilitação fiscal; a LC 123/06 lhe assegura um prazo para regularizar. Por conseguinte, o diferencial é o prazo e nada mais.

O prazo é de dois dias, sendo assim seria suficiente para sanar a irregularidade? Considerando que a pequena empresa está devendo ao fisco, terá condições de pagar em dois dias?

O prazo de dois dias começa a fluir a partir da proclamação do vencedor, ao final do procedimento licitatório. Mas é evidente que o certame começou muito antes. A vantagem que a lei está dando à pequena empresa é a de que pode ingressar na competição mesmo estando com a sua situação fiscal regular.

O período para a pequena empresa regularizar o débito fiscal começa, em verdade, quando da publicidade do edital, posto que, nesse momento, a pequena empresa interessada em participar do certame, sabe que terá dois dias para comprovar a regularização, a partir do momento em que for declarada vencedora.

O edital do pregão deve ser publicado, no mínimo, oito dias úteis antes da data da sessão de entrega e abertura dos envelopes, já os das outras modalidades: 15 (convite) e 30 dias (concorrência e tomada de preços).

Logo, publicado o edital e/ou remetida a carta-convite, a pequena empresa já pode contar com todo o prazo da publicidade para tomar providências destinadas a regularizar a sua situação fiscal, preparando-se para a hipótese de vir a vencer a competição. É um benefício real, na medida em que garante à pequena empresa oportunidade para participar da competição em condições que não seriam toleradas em outras licitantes.

### **Previsão do tratamento diferenciado no edital**

Outra verdade fundamental, para a qual devem estar alertas os agentes da administração, é a de que não basta a lei enunciar o tratamento diferenciado, é preciso que ele repercuta nos casos concretos mediante as disposições do ato convocatório.

Caso o edital não faça menção a esse tratamento diferenciado, as comissões de licitações ou os pregoeiros não o poderão garantir às pequenas empresas. Toda norma legal é geral, impessoal e abstrata. É preciso que o regime da lei seja convertido em realidade concreta, caso a caso. Os editais é que devem ajustar e prever as normas que viabilizem a aplicação da LC 123/06.

### **Enquadramento como micro ou pequena empresa**

O desafio seguinte é o maior de todos. Tudo sobre o que conversamos, até agora, conta com certa previsibilidade. Mas esse próximo desafio não tem parâmetros estimáveis. Nem se localiza nas normas tendentes a disciplinar a participação das pequenas empresas nas licitações, que são os arts. 42 a 49.

O maior desafio está no art. 3º e seus parágrafos. Quem, na Administração, pretender estudar as novas normas de licitação para as pequenas empresas apenas lendo os artigos 42 a 49, fará estudo insuficiente e será surpreendido. É preciso examinar, também, as regras do art. 3º e seus parágrafos, que definem quem pode ou não ser microempresa e empresa de pequeno porte.

O ponto vulnerável dessas empresas, em termos de licitação, consiste na sua própria autenticidade como pequena ou micro. É o fato de poderem postular o tratamento diferenciado, desde que estejam enquadradas no conceito legal de microempresa ou de empresa de pequeno porte.

É de se prever que as outras empresas licitantes estarão sempre em busca de elementos para impugnar a qualidade de micro ou pequena empresa, na tentativa de afastar da competição quem poderá vencer a disputa graças ao tratamento diferenciado assegurado em lei.

Percebam como, realmente, as coisas podem ser complicadas.

Vejam o § 4º do art. 3º da LC 123/06, que prescreve: “não se inclui no regime diferenciado e favorecido previsto nesta lei complementar para nenhum efeito legal”. Qual o sentido desse “nenhum efeito legal”? Tanto para efeitos tributários, previdenciários e licitatórios, nenhuma poderá ser a aplicação da lei, caso a empresa não for, efetivamente, pequena ou micro.

Não se considerará pequena ou microempresa, por isso que não fará jus ao tratamento diferenciado, segundo estabelece o referido § 4º, a pessoa jurídica: “I - de cujo capital participe outra

pessoa jurídica; II - que seja filial, sucursal, agência ou representação no país de pessoa jurídica com sede no exterior; III - de cujo capital participe pessoa jurídica que seja inscrita como empresário, ou seja, sócia de outra empresa que receba tratamento jurídico diferenciado nos termos desta lei, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite que trata o inciso II, ou seja, não pode ser sócio de uma outra microempresa ou pequena empresa; IV - cujo titular ou sócio participe com mais de 10% do capital de outra empresa não beneficiada por esta lei, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite que trata o inc. II do *caput* desse artigo; V - cujo sócio ou titular seja administrador ou equiparado de outra pessoa jurídica com fins lucrativos, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite que trata o inc. II desse artigo; VI - constituída sob a forma de cooperativas, salvo as de consumo<sup>2</sup>; VII - que participe do capital de outra pessoa jurídica; VIII - que exerça atividade de banco comercial, de investimento ou de desenvolvimento, de caixa econômico, de sociedade de crédito, financiamento ou investimento de crédito imobiliário, de corretor ou distribuidor de títulos, valores imobiliários e câmbio, de empresas de arrendamento mercantil, de seguros privados e capitalização de previdência complementar; IX - resultante ou remanescente de cisão ou qualquer outra forma de desmembramento de pessoa jurídica que tenha ocorrido em um dos cinco anos-calendários anteriores; e X - constituída sob a forma de sociedade por ações”.

O concorrente que queira atacar a autenticidade de uma microempresa ou empresa de pequeno porte sindicará os atos constitutivos, as raízes, as origens, a composição societária da pessoa jurídica que se afirme micro ou pequena empresa, para saber se incide em uma dessas vedações do § 4º do art. 3º. Incidindo, não terá direito a qualquer dos benefícios decorrentes do tratamento diferenciado.

Grande desafio para comissões de licitação e pregoeiros.

Terão esses órgãos julgadores da licitação elementos para examinar e julgar arguições, impugnações ou recursos que neguem a qualidade de micro ou pequena empresa de um concorrente? Pesquisar a incidência ou não de todas as vedações e preenchimento das características legais que a fazem credora do tratamento diferenciado? Será possível julgamento por presunção? Caberá

<sup>2</sup> Lembra-se, que na data de 15.06.07, foi promulgada a Lei 11.488 que estendeu o benefício disciplinado pela LC 123/06 às cooperativas. *In verbis*: “Art. 34. **Aplica-se às sociedades cooperativas que tenham auferido, no ano-calendário anterior, receita bruta até o limite definido no inciso II do caput do art. 3º da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, nela incluídos os atos cooperados e não-cooperados, o disposto nos Capítulos V a X, na Seção IV do Capítulo XI, e no Capítulo XII da referida Lei Complementar.**” (grifamos)

ao recorrente ou impugnante apresentar a prova da violação das restrições? Na hipótese do recorrente ou impugnante arguir o fato sem provas, incumbirá à Administração apurar a denúncia, posto que, afinal, o tratamento diferenciado depende de a empresa ser micro ou pequena? Seria possível contratar mesmo existindo dúvida sobre o atendimento desse requisito essencial?

Abre-se um leque de complicadores.

Qual será a postura jurídico-administrativa adequada do pregoeiro ou da comissão de licitação diante de arguições dessa natureza? Julgar por presunção é negar a própria essência do ato de julgar. Transferir o ônus da prova para quem a alega, sob pena de recusa sumária da denúncia em face da falta de prova, pode levar à contratação de quem não tenha qualidade para merecer o tratamento legal diferenciado. Empenhar-se a própria Administração em pesquisar implicará na suspensão do procedimento, bem como ensejará a ocorrência de outros incidentes.

O edital deverá estabelecer a regra e, sobrevindo a alegação, com ou sem prova, a comissão ou o pregoeiro deve fazer uso da norma geral do art. 43, § 3º, da Lei 8.666/93, que faculta a conversão do julgamento em diligência para complementar a instrução do processo. Os agentes da Administração não devem arriscar coonestar a fraude. Se o fizerem, estarão ao alcance da norma de responsabilização inscrita no art. 82 da Lei 8.666/93.

A fase de habilitação do procedimento licitatório é necessariamente documental. Atos constitutivos, certidões, atestados, declarações devem comprovar esta ou aquela situação, assim como desmentir tal ou qual suposta restrição. Outro meio não haverá para os órgãos julgadores das licitações senão o de buscarem a prova documental apta a configurar, ou a negar, a qualidade de micro ou pequena empresa daquela a que se impute falsidade.

Aplicar o tratamento diferenciado terá o lado benéfico de cumprir uma política pública constitucional, mas poderá significar, em contrapartida, um passo atrás no ritmo do procedimento competitivo, sobretudo no pregão. Prevalecerá, até por imposição constitucional, o dever de cumprimento da política pública do tratamento diferenciado, ainda que o ônus possa ser o eventual retardamento do curso dos procedimentos. O ganho não será de tempo de processamento, mas na garantia de maiores oportunidades às micro e pequenas empresas.

Em tese, não seria inimaginável uma empresa de grande porte suscitar a fraude, uma a uma, em relação a todas as pessoas jurídicas participantes do certame que se afirmassem micro ou pequena empresa. O fundamento estaria nas dez

vedações do art. 3º, § 4º, da LC 123/06, ou na eventual perda do prazo de dois dias para comprovar a regularização fiscal.

O raciocínio do impugnante ou recorrente, que assim procedesse, estaria movido pela regra da LC 123/06 de que a eliminação de uma pequena empresa acarreta o chamamento de outra pequena empresa. Somente a eliminação de todas faz com que a ordem de classificação retorne ao leito original das propostas de menor preço, cotadas pelas demais empresas.

Ainda não há a experiência da casuística. Porém, ela logo virá e saberemos se essas previsões se confirmam ou não. Acontecendo o pior, será dada razão aos críticos que ponderam que melhor teria sido a LC 123/06 cuidar apenas de um tratamento tributário diferenciado, bastante para, aliviando as pequenas empresas de encargos, torná-las mais competitivas. Nessa hipótese, o tratamento diferenciado nas licitações mexeu num vespeiro, ao dificultar o curso dos procedimentos e a retardar as contratações. Aguardemos os resultados e sua avaliação.

Questão jurídica, que provavelmente será levada à consideração dos tribunais judiciais, é a da possibilidade de estender o prazo de regularização fiscal às demais empresas, com base no princípio de isonomia.

A Administração não terá competência, no sentido jurídico da expressão, para decidir sobre isto. Ao contrário, o princípio da legalidade lhe impõe ater-se às destinatárias da lei, que são as microempresas e empresas de pequeno porte. Entre as normas da LC 123/06 nada há que autorize a extensão, ou seja, ela é ilegal.

Entretanto, no plano constitucional, situado acima da lei, poder-se-ia submeter ao controle judicial o direito de todos os concorrentes gozarem do prazo para regularização fiscal, sob o argumento de que isto só faria aumentar a competitividade, que é, afinal, o mote justificador de toda licitação, sem prejuízo para a segurança jurídica da contratação, visto que aqueles que não lograssem comprovar a regularização no prazo seriam inabilitados igualmente, o que cumpre a função conceitual da fase de habilitação, que é a de indicar à Administração quem está apto a contratar.

### **Implicações no Pregão**

Também preocupa, na modalidade pregão, a norma da LC 123/06 que assina cinco minutos de prazo para que a pequena empresa apresente a proposta de preço inferior, substitutiva daquela com a qual empatou, segundo os critérios da lei.

Qual o termo inicial desse prazo? Por qual instrumento será contado – mecânico, virtual? Se mecânico, qual o relógio – do órgão licitador, do

pregoeiro, de centro controlador da hora internacional (Greenwich)? Se virtual, em que termos deve ser inserido no *software* a função correspondente e por quem? A norma nada diz, abrindo campo para a interpretação teleológica do sistema.

Há uma figura processual chamada preclusão, a qual significa o prazo que a norma concede à parte de um processo para praticar ato processual que está a seu cargo. Caso não o pratique, no prazo estipulado, perde a oportunidade e, em consequência, o direito de praticá-lo em outro momento, ou seja, precluiu o seu direito de praticar o ato.

O prazo de cinco minutos tem caráter preclusivo: ou faz-se a nova proposta nesse espaço de tempo, ou não se fará mais, precluindo o direito de propor, que passará ao licitante classificado a seguir, entre as empresas de pequeno porte. Por isso a extrema importância de fixar, claramente, quando começa e termina a fluência dos cinco minutos.

A sede apropriada para estabelecer os procedimentos que os órgãos julgadores de uma licitação devem observar não pode ser outra que o edital (Lei 8.666/93, art. 40), o qual deverá indicar como será controlado o prazo, cujo esgotamento exclui o concorrente que o descumpriu e transfere o direito ao licitante classificado na posição imediatamente seguinte. Seria de censurável ineficiência deixar a cargo de cada edital fazê-lo, correndo-se o risco de se fazer diferente a cada licitação. Convém padronizar critérios e procedimentos mediante normas de regulamentação.

### **Empate ficto**

O empate ficto entre propostas de valores desiguais nenhuma novidade apresenta.

As normas regentes das licitações de bens e serviços de informática já adotam esse critério, com o fim de assegurar preferência às empresas nacionais. As propostas das pequenas empresas situadas dentro de balizas percentuais serão consideradas empatadas com a proposta de menor preço. Varia o índice: nas modalidades tradicionais, 10%; no pregão 5%. Dentro desses limites, a proposta portadora do menor preço, cotado por empresa comum, e as cotadas pelas pequenas empresas serão consideradas empatadas.

A situação de empate ficto somente ocorre entre empresas comuns e pequenas empresas, posto que a estas é dirigido o tratamento legal diferenciado. As propostas cotadas pelas pequenas empresas apenas produzirão empate se forem idênticas.

Logo, existindo o empate entre propostas de pequenas empresas, o critério de desempate será o do sorteio, já que todas ostentam a mesma

qualidade de micro ou pequenas empresas, não tendo como uma prevalecer sobre as outras.

Contudo, há necessidade de se estabelecer uma ordem de classificação, inclusive para saber a qual das pequenas empresas empatadas caberá fazer a proposta que cubra o preço ofertado pela empresa comum, classificada em primeiro lugar. Também o edital deverá deixar clara a solução, que se funda em norma geral da Lei 8.666/93 (art. 45, § 2º).

Veja que não basta ao edital de licitação, de que participarão microempresas e empresas de pequeno porte, enunciar no respectivo preâmbulo que o certame será regido também pela LC 123/06. Esta traça normas gerais, sendo necessário que, em cada caso, sejam disciplinados os desdobramentos procedimentais e demais critérios para a condução e julgamento da competição, ministrando às comissões e aos pregoeiros roteiros definidos e paradigmáticos.

### **Cédula de crédito microempresarial**

A LC 123/06 alude, ainda, a uma cédula de crédito microempresarial, a ser emitida quando os órgãos administrativos contratantes não honrarem os pagamentos em até 30 dias, contados da data de liquidação da despesa. Oportuno recordar que o art. 5º da Lei 8.666/93 estabelece a ordem de pagamentos segundo os valores do débito.

Como esse título de crédito se harmonizará com o art. 5º da Lei 8.666/93, não o revela o art. 46 da LC 123/06, que transferiu a resposta para lei futura. Como a novidade, que se espelhará na legislação comercial, considerará a nota de empenho emitida pela Administração como lastro garantidor?

Foi prometida aludida regulamentação para 180 dias, a contar da publicação da LC 123/06. Por certo não será tarefa, tecnicamente, simples regulamentar a constituição, a circulação e a negociação desse título de crédito, como se fosse uma promissória ou uma duplicata, todavia vinculado a elemento de dotação orçamentária.

Pode-se prever quão árduo será conceber a metamorfose jurídica. A cédula microempresarial terá raiz em um processo administrativo, que é o processo de liquidação da despesa do contrato, onde se identifica quem é o credor, qual é o valor do crédito e se já faz jus a ele. Ou seja, se a obrigação foi executada, atestada, e recebido o seu objeto. Somente depois disso, e não havendo pagamento em trinta dias, é que se poderá emitir a cédula.

Será negociável no mercado de valores mobiliários? Como se atenderá ao princípio da ambulatoriedade, inerente aos títulos de crédito, nascidos para circular? Haverá ágio ou deságio para o desconto desse título? Em benefício de insti-

tuições financeiras? Haverá ônus para a Administração na constituição do título compensatório da mora? Se isso acontecer, haveria responsabilidade do gestor ou do ordenador da despesa? Ou, não havendo compensação e o título circular pelo seu valor histórico, qual seria a garantia da pequena empresa? Vencerão juros e correção monetária? Em caso afirmativo, quem paga, a Administração, ou o mercado, para depois efetuar o ressarcimento?

São questões, dentre outras, que deixam curiosos todos os que militam nas contratações públicas. Convém aguardar a prometida regulamentação.

A LC 123/06 sugere importante repercussão nos registros cadastrais dos órgãos licitadores. A Lei 8.666/93 determina que o registro cadastral seja organizado de acordo com as categorias dos fornecedores e produtores que habitualmente contratam com a Administração (arts. 34 e 35). Penso que esses registros deverão ser adaptados para incluir a nova categoria das microempresas e empresas de pequeno porte, cuja relevância estará em reunir documentação que ajude a Administração na análise de arguições de fraude na constituição e na operação dessas empresas, além de ministrar subsídios que ajudarão no exame dos documentos de habilitação em geral.

Eis, por ora, as observações que lhes deixo à reflexão, na expectativa da aplicação do novo Estatuto e da avaliação de seus resultados em face da eficiência e da eficácia das licitações e contratações, no que a Administração Pública se desincumbirá de sua cota de fomento às atividades das microempresas e empresas de pequeno porte, tão importantes para a economia do País e o trabalho de milhões de brasileiros.