

LEI COMPLEMENTAR 123/2006: REPERCUSSÕES NAS LICITAÇÕES DOS SERVIÇOS SOCIAIS AUTÔNOMOS

Por: *Julieta Mendes Lopes Vareschini*

Advogada e Consultora em Curitiba, Paraná; Diretora e Responsável Técnica da JML Consultoria & Eventos Ltda; Integrante da Comissão de Gestão Pública e Assuntos da Administração Pública da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção Paraná; Atuou na Procuradoria Jurídica da Federação das Indústrias do Estado do Paraná, na área de Licitações e Contratos Administrativos e de Direito Ambiental; Especialista em Gestão Ambiental pela FAE Business School - Centro Universitário; Especialista em Direito Ambiental pelas Faculdades Integradas Curitiba; Palestrante em cursos sobre Licitações e Contratos Administrativos; Autora da obra Licitações e Contratos no Sistema S, Editora JML, Curitiba, 2007.

Por: *Juliana Almeida Ribeiro*

Advogada em Curitiba, Paraná; Consultora da JML Consultoria & Eventos Ltda; Especialista em Direito Ambiental pelas Faculdades Integradas Curitiba.

1. Aplicação da Lei Complementar aos Serviços Sociais Autônomos

O advento da denominada Lei Geral das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte teve significativos reflexos nas contratações realizadas no exercício da função administrativa, uma vez que tem o condão de alterar importantes regras acerca das licitações.

Cumprir frisar que as disposições legais a serem tratadas no presente tópico afetaram todas as leis e atos normativos que disciplinam a licitação, nos diferentes níveis de governo, bem como nas entidades privadas obrigadas, em regra, à realização de certames licitatórios prévios as suas contratações, como é o caso dos Serviços Sociais Autônomos.

Os benefícios concedidos às microempresas e empresas de pequeno porte em licitações pela LC 123/06, decorrem de preceitos esculpido na Constituição Federal, que prescreve o tratamento favorecido a essas empresas como um dos princípios da ordem econômica¹.

Por conta disso, tendo esses benefícios *status* de princípio constitucional, considera-se que as entidades integrantes do Sistema “S” também se sujeitam a sua aplicação.

Nesse sentido, foi o posicionamento externado pelo professor Jessé Torres Pereira

Junior, em palestra realizada pela JML Eventos:

“A Lei Complementar nº 123, se aplica também a entidades do Sistema “S”?

RESPOSTA:

Bem, como princípio penso que sim. A posição do TCU tem sido já há muito tempo a de entender que as entidades do Sistema “S” estão sujeitas ao princípio da licitação e que comporta regulamentos internos que disciplinem os procedimentos. Ora, você está aqui diante de uma Lei Complementar de norma geral, e norma geral se define como exatamente aquela que atua para a implementação de princípios. Então me parece que esta norma geral da Lei Complementar se aplica sim às entidades do Sistema “S”. Pela sua natureza principiológica².

Tem-se, portanto, que todos aqueles que estão incumbidos do dever de licitar ficam obrigados a observar as normas gerais consignadas na Lei Complementar.

Ainda que o art. 1º da Lei em comento assevere que este diploma “estabelece normas gerais relativas ao tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”, induzindo à conclusão de que tal seria aplicado tão-somente à Administração Pública, a nosso ver, a interpretação deve ser no sentido de que qualquer pessoa no exercício da função pública de licitar deve submeter-se aos termos desta lei, dando-se ampla efetividade ao princípio constitucional da ordem econômica, que prega o tratamento diferenciado a ser despendido a essa categoria.

Da mesma forma que tais entidades estão submetidas ao dever de licitar, por força de preceito constitucional, também devem cumprir com o primado da ordem econômica que exige o tratamento diferenciado às pequenas empresas.

Assim, como tais entidades possuem regulamentos próprios, é salutar que estes sejam alterados, a fim de contemplar os benefícios que deverão ser concedidos às pequenas empresas, respeitando-se as normas gerais preconizadas na aludida Lei Complementar. Porém, enquanto não alterado o regulamento, o tratamento diferenciado deverá ser garantido, com fundamento na própria Lei, cabendo ao edital regulamentar a matéria.

Há que se considerar que os

¹ Art. 170, inc. IX, da Constituição Federal.

² Palestra proferida no evento “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.

destinatários da norma são as micro e pequenas empresas, que terão o direito de exigir esses benefícios, em qualquer licitação, independentemente da natureza jurídica do responsável pelo certame.

Conforme decisão recente do Tribunal de Contas da União, caso os editais não contemplem o tratamento diferenciado especificado na lei, cabe à pequena empresa exigir da entidade a concessão desses benefícios, sob pena de ilegalidade:

“19. Apesar da ausência de previsão editalícia de cláusulas que concedam a estas categorias de empresas os benefícios previstos nos arts. 45 e 46 da lei supradita, não há impedimentos para a aplicação dos dispositivos nela insculpidos.

20. Tais disposições, ainda que não previstas no instrumento convocatório, devem ser seguidas, vez que previstas em lei. Cometerá ilegalidade o Sr. Pregoeiro caso, no decorrer do certame, recuse-se a aplicá-las, se cabíveis.

21. Não se vislumbra, deste modo, a necessidade de inclusão, no edital, destes dispositivos, conforme requerido pela Representante”³.

Jessé Torres Pereira Junior, por outro lado, alerta que:

“A lei criou o tratamento diferenciado, mas é preciso que esse tratamento agora repercuta em cada caso concreto através de exposições editalícias. É indispensável. Se o edital não fizer menção a esse tratamento diferenciado, como que a comissão ou o pregoeiro vai dar o tratamento diferenciado. Só com base na lei é impossível, porque a lei é geral, impessoal e abstrata. É preciso que o regime da lei seja trazido para o campo da realidade concreta caso a caso. Então, os editais é que já devem se ajustar e prever as normas que sejam adequadas, para a aplicação da Lei Complementar 123 a cada caso”⁴.

Em face do exposto, é possível concluir que os Serviços Sociais Autônomos deverão adaptar seus editais a fim de contemplar os benefícios conferidos pela Lei Complementar 123 às pequenas empresas.

Com efeito, compartilhamos da posição adotada pelo professor Jessé Torres Pereira Junior, no sentido de que se faz necessária a previsão no edital acerca dos benefícios que serão concedidos às pequenas empresas, para que se viabilize o tratamento diferenciado.

E tal obrigatoriedade decorre do princípio da vinculação ao instrumento convocatório, que

atrela a entidade e os licitantes aos termos do edital. Sabe-se que o edital é a lei interna da licitação o que acarreta a necessidade de previsão no referido instrumento de todas as regras e condições que regerão o certame.

Nessa esteira, é a doutrina do professor José Anacleto Abduch Santos: “não basta, portanto, a previsão legal do tratamento diferenciado e favorecido no tocante às aquisições públicas. Deve haver (o que parece óbvio) previsão expressa deste tratamento, prerrogativas e procedimentos, no edital do certame”⁵.

Porém, importa informar que o tema é polêmico e que não comporta uma única interpretação, havendo quem defenda a não aplicação desta Lei Complementar aos Serviços Sociais Autônomos, sob o argumento de que o diploma incide tão-somente para a Administração Pública, direta e indireta. Assim, como os serviços sociais não se enquadram nesse conceito, não estão submetidos aos termos da lei.

Por outro lado, mesmo aqueles que afastam a aplicação direta da Lei Complementar, destacam que seria salutar uma alteração nos Regulamentos, no intuito de assegurar o tratamento benéfico a essa categoria, implementando-se o princípio da ordem econômica.

2. Fundamento constitucional do tratamento diferenciado

Convém salientar que o tratamento diferenciado e favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte encontra-se previsto no art. 179 da Constituição Federal, que, visando incentivá-las, determina aos entes da federação a simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias.

Na mesma esteira, o art. 170, inc. IX, da Constituição Federal destaca que o tratamento favorecido às empresas brasileiras de pequeno porte é um dos princípios da ordem econômica, conforme já mencionado.

Para dar atendimento a esses preceitos constitucionais é que foi editada a Lei Complementar 123, de 14 de dezembro de 2006, instituindo o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, a qual prevê em seu art. 1º:

“Art. 1º. Esta Lei Complementar estabelece normas gerais relativas ao tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, especialmente no que se refere:

I - à apuração e recolhimento dos impostos e contribuições da União, dos Estados, do Distri-

³ TCU. Ac. 702/07. Plenário.

⁴ Palestra proferida no evento “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.

⁵ SANTOS, José Anacleto Abduch. *As licitações e o estatuto da microempresa*. Revista JML de Licitações e Contratos. Seção Doutrina, junho de 2007, p. 7.

to Federal e dos Municípios, mediante regime único de arrecadação, inclusive obrigações acessórias;

II - ao cumprimento de obrigações trabalhistas e previdenciárias, inclusive obrigações acessórias;

III - ao acesso a crédito e ao mercado, inclusive quanto à preferência nas aquisições de bens e serviços pelos Poderes Públicos, à tecnologia, ao associativismo e às regras de inclusão". (grifamos)

Infere-se que a norma disciplina matérias de natureza tributária, trabalhista e previdenciária, bem como traz inovações sobre o procedimento licitatório, dentre outras.

O fato de a norma contemplar matéria tributária é que, inclusive, determinou a edição de lei complementar, visto que a essa compete estabelecer normas gerais de cunho tributário (art. 146, inc. III, da CF).

A matéria atinente a licitações, entretanto, tem natureza de lei ordinária, baixada com fundamento no art. 22, inc. XXVII, da Constituição, que atribui competência privativa da União para legislar sobre normas gerais de licitação e contratações administrativas, não perdendo sua configuração em razão de vir inserida na Lei Complementar 123/06.

Acerca do tema, destacou Marçal Justen Filho que:

"A única característica reside em que as regras contidas numa lei complementar, quanto às quais a Constituição não previu a adoção dessa solução, terão validade, vigência e eficácia de lei comum.

(...)

Isso significa que as normas sobre licitação contidas na LC nº 123 apresentam natureza de lei ordinária e sua prevalência em face das regras da Lei nº 8.666 deriva do princípio da posterioridade ("a lei posterior revoga a anterior"), não em vista do princípio da superioridade ("a lei superior prevalece sobre a inferior") nem do da especialidade ("a lei complementar prevalece sobre a lei ordinária, em matéria a ela reservada constitucionalmente")⁶. (grifamos)

Em posição um pouco diversa, Jessé Torres Pereira Junior assevera que:

"Mas teve que ser lei complementar porque há a matéria tributária, e a matéria tributária só poderia ser veiculada através de lei complementar. Então, aí está a primeira resposta, o porquê da 'lei complementar'.

E esta resposta é importante porque as pessoas ficam imaginando que houvesse uma hierarquia entre a lei complementar e as outras leis. E se houvesse então esta lei teria derogado a Lei nº 8.666, a Lei nº 10.520, todas as

outras leis que disponham sobre licitações e contratos nesta matéria.

Não há hierarquia, esta questão já foi enfrentada e está pacificada tanto na doutrina como na jurisprudência, inclusive o Supremo Tribunal Federal.

A Lei Complementar se distingue das leis ordinárias apenas em função do seu objeto. É um objeto que dá complemento à política pública constitucionalmente traçada, este é o papel da lei complementar. É estabelecer os desdobramentos de políticas públicas definidas na Constituição. Daí complementar. Complementar as políticas públicas.

A Constituição define a política. No caso, qual é a política? Tratamento diferenciado às pequenas empresas. Essa é a política. Mas é necessário decompor essa política através de normas gerais, aí que vem a legislação; e como essas normas gerais são de cunho tributário só pode ser lei complementar. Mas, esta não é "mais" do que a lei ordinária, não está acima dela do ponto de vista da hierarquia, da pirâmide das leis. Está na mesma posição de hierarquia das leis ordinárias.

Em face disso, nós temos, agora, que conciliar as normas que vieram no bojo da Lei Complementar nº 123, com aquelas que já existiam nas outras leis sobre licitações e contratações. Com cuidado apenas de fazer uso do princípio da especialização. Não se trata então de imaginar porque a lei complementar veio depois, derroga a anterior. Não se trata de imaginar porque a lei é complementar que ela é superior às demais.

Não, trata-se de verificar que a lei complementar por ter um objeto especial, diferenciado, nesse objeto e só nesse objeto, ela prevalece em ralação às normas de outras leis que tratem também de licitações e contratos. Só por isso.

Então, quando se tratar de licitação e contratação de pequena empresa, temos que fazer um enxerto dentro do sistema, dessas normas trazidas pela Lei Complementar nº 123, e com elas harmonizar as normas da legislação já vigente⁷. (grifamos)

Em face do exposto, faz-se necessário compatibilizar as normas consignadas na Lei Complementar com as demais aplicáveis às licitações e aos contratos, a fim de assegurar a concessão dos benefícios pertinentes às pequenas empresas e dar plena efetividade ao princípio constitucional da ordem econômica que prima pelo tratamento diferenciado dessa categoria.

Não restam dúvidas, portanto, que a Constituição preconizou a necessidade de uma política pública voltada a conferir benefícios às pequenas empresas, no intuito de reduzir a desigualdade existente entre estas e as grandes empresas.

⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *O estatuto da microempresa e as licitações públicas*. São Paulo: Dialética, 2007. p. 29.

⁷ Palestra proferida no evento "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.

Havendo respaldo constitucional, há que se verificar se a Lei Complementar respeitou os limites constitucionais previstos para essa diferenciação.

A Constituição delimitou, em seu art. 170, inc. IX, os limites desse tratamento diferenciado, quais sejam: simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias.

Não há, no texto constitucional, nada condizente com a preferência nas contratações públicas, o que ele exige é a simplificação das formalidades e exigências pertinentes às obrigações das pequenas empresas, e não benefícios voltados a proporcionar a contratação privilegiada perante a Administração Pública (ou quem exerça função pública).

Essa situação não afasta, por si só, a possibilidade de tratamento diferenciado nas contratações perante essas entidades. Porém, há que se respeitar os princípios da proporcionalidade, razoabilidade e isonomia.

Conforme ponderado por Marçal Justen Filho, “somente serão válidos os benefícios instituídos em prol das pequenas empresas que sejam aptos a assegurar a neutralização das diferenças por elas apresentadas em face das grandes empresas”⁸.

Por conta disso é que nenhum tratamento diferenciado será constitucional se for além do estritamente necessário para neutralizar as diferenças entre pequenas e grandes empresas. Não é possível, sob o argumento de proteção às micro e pequenas empresas, eliminar os direitos dos economicamente mais fortes, porquanto tal conduta afrontará o primado da isonomia.

Conforme veremos na seqüência, quando da análise dos benefícios disciplinados na Lei, é possível que tais alterações acarretem reserva de mercado nas licitações públicas para as microempresas e empresas de pequeno porte, dando ensejo a inúmeros conflitos.

Em virtude disso é que há forte discussão doutrinária acerca da constitucionalidade da lei. Porém, ainda que se possa aventar a aludida inconstitucionalidade, enquanto não declarada deve a entidade dar atendimento aos benefícios previstos nesse diploma legal.

Ademais, segundo doutrina de Jessé Torres Pereira Junior, é bem provável que o Supremo Tribunal Federal faça uma interpretação da lei conforme a constituição⁹.

⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *O estatuto...*, p. 21.

⁹ Palestra proferida no evento “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.

3. Conceito de microempresa e de empresa de pequeno porte

Afigura-se fundamental, para melhor desenvolvimento do tema, colacionar a definição legal de microempresa e de empresa de pequeno porte, prevista no art. 3º, da referida Lei Geral, *in verbis*:

“Art. 3º. Para os efeitos desta Lei Complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte a sociedade empresária, a sociedade simples e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que:

I – no caso das microempresas, o empresário, a pessoa jurídica, ou a ela equiparada, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais);

II – no caso das empresas de pequeno porte, o empresário, a pessoa jurídica, ou a ela equiparada, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 2.400.000,00 (dois milhões e quatrocentos mil reais)”.

Primeiramente, percebe-se que podem receber a qualificação de micro ou de pequena empresa, tanto pessoas físicas quanto jurídicas, na medida em que o dispositivo acima citado alude à sociedade empresária, sociedade simples e o **empresário**.

Determina o art. 966 do Código Civil (Lei 10.406/2002) que é empresário aquele que “exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”, não considerando empresário aquele que desempenha “profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa”.

Já a sociedade empresária é a associação que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro, sendo consideradas simples as demais (art. 982 do Código Civil).

Quanto ao nome empresarial, determina o art. 72 da Lei Complementar que as microempresas e as empresas de pequeno porte, acrescentarão à sua firma ou denominação as expressões “Microempresa” ou “Empresa de Pequeno Porte”, ou suas respectivas abreviações, “ME” ou “EPP”, conforme o caso, sendo facultativa a inclusão do objeto da sociedade.

O art. 3º, acima transcrito, diferencia as microempresas e as empresas de pequeno porte em razão de sua receita bruta anual. Esta consiste, segundo o § 1º desse dispositivo, no produto da venda de bens e serviços nas operações de conta

própria, o preço dos serviços prestados e o resultado nas operações em conta alheia, não incluídas as vendas canceladas e os descontos incondicionais concedidos.

Caso as atividades da empresa tenham iniciado no próprio ano-calendário, o limite previsto será proporcional ao número de meses em que a microempresa ou a empresa de pequeno porte houver exercido atividade, inclusive as frações de meses.

Portanto, aqueles que se enquadrarem nas características acima deverão, a princípio, receber os benefícios previstos na LC 123/2006.

Para aferir se a empresa realmente se enquadra no conceito delimitado no art. 3º, Marçal Justen Filho propõe o estabelecimento, no edital, de uma qualificação prévia, nos seguintes moldes:

“Deverá ser promovida uma qualificação prévia, que poderá ser feita seja no nível de cadastramento, seja a propósito de cada licitação. Essa qualificação será promovida por meio do exame dos documentos aptos a comprovar o preenchimento dos requisitos exigidos.

Enquanto não houver uma regulamentação específica sobre esse tema, o ato convocatório da licitação deverá estabelecer mecanismos destinados a reconhecer, de modo objetivo e simples, o preenchimento pelo interessado dos requisitos da LC n.º 123.

(...)

Mas é perfeitamente possível que a titularidade dos requisitos para os benefícios seja apurada por meio de procedimentos prévios a uma licitação determinada, com eficácia para todas as disputas de que o licitante participar.”¹⁰

Anote-se que o art. 3º, em seu § 4º, apresenta as hipóteses em que o regime de favorecimento não será aplicado, para nenhum efeito legal, impondo-se um rigoroso controle da entidade no intuito de não conceder os benefícios contemplados na Lei nessas situações. Vejamos a disciplina do referido § 4º:

“§ 4º Não se inclui no regime diferenciado e favorecido previsto nesta Lei Complementar, para nenhum efeito legal, 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 física que seja inscrita como empresária ou seja sócia de outra empresa que receba tratamento jurídico diferenciado nos termos desta Lei Complementar, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do caput deste artigo;

IV – cujo titular ou sócio participe com mais de 10% (dez por cento) do capital de outra empresa não beneficiada por esta Lei Complementar, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do caput deste artigo;

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 de que trata o inciso II do caput deste artigo;

VI – constituída sob a forma de cooperativas, salvo as de consumo;

VII – que participe do capital de outra pessoa jurídica;

VIII – que exerça atividade de banco comercial, de investimentos e de desenvolvimento, de caixa econômica, de sociedade de crédito, financiamento e investimento ou de crédito imobiliário, de corretora ou de distribuidora de títulos, valores mobiliários e câmbio, de empresa de arrendamento mercantil, de seguros privados e de capitalização ou de previdência complementar;

IX – resultante ou remanescente de cisão ou qualquer outra forma de desmembramento de pessoa jurídica que tenha ocorrido em um dos 5 (cinco) anos-calendário anteriores;

X – constituída sob a forma de sociedade por ações”.

Algumas das hipóteses acima poderiam aplicar-se a pessoas físicas empresárias, porém, como o § 4º foi expresso em delimitar estas restrições apenas às pessoas jurídicas, as determinações deste dispositivo só serão aplicáveis à pessoa física quando expressamente previsto na Lei.

Há dispositivos que prevêm circunstâncias em que é bem provável ou evidente que a pessoa jurídica está simulando situações irreais, com o objetivo de receber benefícios a que, em princípio, não teria direito.

Portanto, há de se observar quando do deferimento dos benefícios da LC 123/06 se: as empresas não estão distribuindo suas atividades e patrimônios entre diferentes pessoas jurídicas que, na verdade, integram um mesmo grupo empresarial (incs. I, II e VII); os sócios da micro ou da pequena empresa, ou seu administrador, não participam de outras empresas cuja soma da receita bruta possa ultrapassar o limite legalmente estipulado (incs. III, IV e V); ou não sofreram reorganização empresarial, como fusão, cisão ou incorporação apenas com o objetivo de receber os benefícios da Lei (inc. IX).

Estão excluídas, também, certas pessoas jurídicas que, por sua natureza, não possuem estrutura compatível com as de micro ou pequenas empresas (incs. VIII e X).

O inc. VI havia excluído do regime diferenciado e favorecido as cooperativas, excetuando apenas as de consumo. Ocorre que, em 15 de junho de 2007, foi editada a Lei 11.488, que estendeu o tratamento diferenciado e favorecido (con-

¹⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *O estatuto...*, p. 29.

templado no Capítulo V da Lei Complementar) às cooperativas que tenham auferido, no ano-calendário anterior, receita bruta até o limite definido no inc. II do art. 3º, nela incluídos os atos cooperados e não-cooperados.

Dessa feita, as cooperativas que tenham auferido, no ano-calendário anterior, receita bruta de até R\$ 2.400.000,00 (dois milhões e quatrocentos mil reais) deverão receber o mesmo tratamento diferenciado conferido às microempresas e empresas de pequeno porte.

Os parágrafos 6º a 10 prevêm os casos de exclusão do regime de que trata a LC 123/06 e os efeitos da aludida exclusão.

O primeiro deles determina que “na hipótese de a microempresa ou empresa de pequeno porte incorrer em alguma das situações previstas nos incisos do § 4º deste artigo, será excluída do regime de que trata esta Lei Complementar, *com efeitos a partir do mês seguinte ao que incorrida a situação impeditiva*”.

O parágrafo é específico para as hipóteses do § 4º do art. 3º da Lei. Assim, a empresa que se enquadrar em uma das situações especificadas nesse dispositivo, não receberá mais o tratamento previsto na Lei, a partir do mês seguinte ao da ocorrência do fato impeditivo.

Já os parágrafos 7º e 8º prescrevem idéias complementares:

§ 7º Observado o disposto no § 2º deste artigo, no caso de início de atividades, a microempresa que, no ano-calendário, exceder o limite de receita bruta anual previsto no inciso I do caput deste artigo passa, no ano-calendário seguinte, à condição de empresa de pequeno porte.

§ 8º Observado o disposto no § 2º deste artigo, no caso de início de atividades, a empresa de pequeno porte que, no ano-calendário, não ultrapassar o limite de receita bruta anual previsto no inciso I do caput deste artigo passa, no ano-calendário seguinte, à condição de microempresa.

Em outras palavras, caso uma microempresa ultrapasse o limite máximo de receita bruta que a qualifica como tal, no ano-calendário seguinte passará à condição de empresa de pequeno porte; sendo o raciocínio inverso igualmente válido, determinando a Lei que a empresa que não atingir o limite mínimo de receita bruta para ser considerada como pequena empresa, passará à condição de microempresa, também no ano-calendário seguinte.

Caso a empresa se encontre em início de atividade, o cálculo da receita bruta deverá ser proporcional aos meses de atividade da empresa, nos termos do que dispõe o § 2º.

Complementando o raciocínio, o § 9º prevê que “a empresa de pequeno porte que, no ano-calendário, exceder o limite de receita bruta anual previsto no inciso II do caput deste artigo fica excluída, no ano-calendário seguinte, do regime diferenciado e favorecido previsto por esta Lei Complementar para todos os efeitos legais”.

Ou seja, a pequena empresa que ultrapassar o limite máximo de receita bruta anual durante um ano-calendário, perderá o direito aos benefícios da Lei no ano-calendário seguinte.

Se a empresa estiver no ano de início de suas atividades, a regra prevista pelo § 10 é que “a microempresa e a empresa de pequeno porte que no decurso do ano-calendário de início de atividade ultrapassarem o limite de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) multiplicados pelo número de meses de funcionamento nesse período estarão excluídas do regime desta Lei Complementar, *com efeitos retroativos ao início de suas atividades*”.

Assim, no decurso do ano-calendário de início, se sua receita mensal foi superior a R\$ 200.000,00 em média, estará excluída do regime com efeitos retroativos. Esta exclusão não retroagirá ao início das atividades se o excesso verificado não for superior a 20% (vinte por cento), tendo a exclusão efeito a partir do ano-calendário seguinte (§ 12, do art. 3º).

Note-se que, aqui, o tratamento à micro ou pequena empresa é mais rígido, prevendo-se efeitos retroativos. Entretanto, importante destacar que a regra do § 10 deve ser interpretada em consonância com a do § 3º que determina que “o enquadramento do empresário ou da sociedade simples ou empresária como microempresa ou empresa de pequeno porte bem como o seu desenquadramento **não implicarão alteração, denúncia ou qualquer restrição em relação a contratos por elas anteriormente firmados**”. (grifamos)

Logo, se a empresa já tiver firmado contrato com a entidade e recebido benefícios em razão de sua qualidade de micro ou pequena empresa, não poderá o contrato ser rescindido em razão de seu desenquadramento, não incidindo os efeitos retroativos previstos no § 10.

No mesmo sentido, é o entendimento de Marçal Justen Filho que, em relação à regra do § 10, explica:

“Essa regra pode ser aplicada, sem maiores dificuldades no âmbito das obrigações tributárias. Mas dificilmente poderia ter alguma eficácia no âmbito das contratações administrativas. Se um sujeito se afirmasse titular dos requisitos para preferências e viesse a obter vitória numa licitação, a constatação posterior de que não fazia jus a tanto, não poderia redundar na pura e simples declaração de nulidade do contrato. Sempre haveria o obstáculo

do art. 59, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93¹¹.

Dessa forma, o efeito retroativo previsto no § 10 incide apenas no âmbito das obrigações tributárias, não se aplicando às contratações administrativas.

Em face do exposto, as entidades deverão disciplinar, objetivamente, a forma como será aferido o enquadramento das microempresas e empresas de pequeno porte, atentando-se para os requisitos previstos na lei, bem como para as hipóteses de exclusão.

Saliente-se que a prova de inscrição no Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional – não é o único documento apto a comprovar o enquadramento das licitantes na condição de pequena empresa. Isso porque a mencionada inscrição é meramente facultativa, de forma que é possível que determinada empresa não inscrita seja enquadrada no conceito de microempresa ou de empresa de pequeno porte.

Tem-se que toda licitante inscrita nesse regime é microempresa ou empresa de pequeno porte, porém nem todas as empresas não inscritas estão excluídas desse conceito, daí porque não se pode adotar tal documento como único a comprovar essa condição.

Para regulamentar a questão, o Departamento Nacional de Registro do Comércio editou a Instrução Normativa 103, de 30 de maio de 2007, que dispõe sobre o enquadramento, reenquadramento e desenquadramento de microempresa e empresa de pequeno porte, constante na Lei Complementar 123, nas Juntas Comerciais.

Prescreve o art. 1º da aludida Instrução Normativa que:

“Art. 1º. O enquadramento, reenquadramento e desenquadramento de microempresa e empresa de pequeno porte pelas Juntas Comerciais será efetuado, conforme o caso, mediante arquivamento de declaração procedida pelo empresário ou sociedade em instrumento específico para essa finalidade.

Parágrafo único. A declaração a que se refere este artigo conterá, obrigatoriamente:

I - Título da Declaração, conforme o caso.

a) DECLARAÇÃO DE ENQUADRAMENTO DE ME ou EPP;

b) DECLARAÇÃO DE REENQUADRAMENTO DE ME PARA EPP ou DE EPP PARA ME;

c) DECLARAÇÃO DE DESENQUADRAMENTO DE ME ou EPP;

II - Requerimento do empresário ou da sociedade, dirigido ao Presidente da Junta Comercial da Unidade da Federação a que se destina, requerendo o arquivamento da declaração,

da qual constarão os dados e o teor da declaração em conformidade com as situações a seguir:

a) enquadramento:

1. nome empresarial, endereço, Número de Identificação do Registro de Empresas - NIRE, data de registro do ato constitutivo e número de inscrição no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica - CNPJ, quando enquadrada após a sua constituição;

2. declaração, sob as penas da lei, do empresário ou de todos os sócios de que o empresário ou a sociedade se enquadra na situação de microempresa ou empresa de pequeno porte, nos termos da Lei Complementar nº 123, de 2006;

b) reenquadramento:

1. nome empresarial, endereço, Número de Identificação do Registro de Empresas - NIRE, data de registro do ato constitutivo e número de inscrição no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica - CNPJ;

2. a declaração, sob as penas da lei, do empresário ou de todos os sócios de que o empresário ou a sociedade se reenquadra na condição de microempresa ou empresa de pequeno porte, nos termos da Lei Complementar nº 123, de 2006;

c) desenquadramento

1. nome empresarial, endereço, Número de Identificação do Registro de Empresas - NIRE, data de registro do ato constitutivo e número de inscrição no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica - CNPJ;

2. a declaração, sob as penas da lei, do empresário ou de todos os sócios de que o empresário ou a sociedade se desenquadra da condição de microempresa ou empresa de pequeno porte, nos termos da Lei Complementar nº 123, de 2006”.

Ainda, prevê o art. 8º da Instrução Normativa que “a comprovação da condição de microempresa ou empresa de pequeno porte pelo empresário ou sociedade será efetuada mediante certidão expedida pela Junta Comercial”.

Estipulados os requisitos necessários para a demonstração do enquadramento no conceito de microempresa ou de empresa de pequeno porte, a entidade deverá constatar, antes mesmo de proferir qualquer decisão pertinente à fase habilitação ou de julgamento das propostas de preços (no caso de pregão), o enquadramento ou não da aludida empresa, uma vez que o favorecimento contemplado na lei diz respeito tanto à fase de habilitação quanto à de julgamento das propostas.

Não demonstrada essa condição pela empresa, o efeito será tão-somente a não incidência de qualquer benefício contemplado na Lei Complementar 123, concorrendo a licitante em condições de igualdade com as demais empresas não beneficiadas por este tratamento diferenciado.

Ademais, consoante esposado por Marçal Justen Filho, “se o ato convocatório impuser a qua-

¹¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *O estatuto...*, p. 36.

lificação específica para a fruição do benefício, a empresa que deixar de atender à exigência previamente não poderá fazê-lo posteriormente. Nesse caso, presumir-se-á a renúncia pelo interessado do direito à preferência consagrada na LC n° 123¹².

4. Vigência da Lei Complementar

Sobre o tema, deve-se observar o que preleciona o art. 88 da LC:

“Art. 88. 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 1º de julho de 2007”.

Ante o artigo transcrito, conclui-se que os dispositivos relativos à licitação possuem vigência a partir da publicação da norma. Apenas as disposições de natureza tributária entraram em vigor em 01.07.07, consoante expressamente previsto.

Então, a partir da publicação da Lei Complementar 123/06, que ocorreu em 15 de dezembro de 2006, a aplicação dos benefícios às microempresas e empresas de pequeno porte previstos nos arts. 42 a 45 têm eficácia imediata, devendo a entidade, em suas licitações, respeitá-los e discipliná-los.

Com efeito, os benefícios disciplinados nos arts. 42 a 45 são auto-aplicáveis, não dependendo, portanto, de regulamentação específica. Isso quer dizer que todas as licitações instauradas a partir de 15 de dezembro de 2006, já devem contemplar em seus instrumentos convocatórios esses benefícios. Deve a entidade delimitar de forma clara, no edital, as regras pertinentes à matéria, a fim de reduzir, ao máximo, os conflitos e entraves que, certamente, surgirão.

Por sua vez, para a aplicação dos critérios esculpidos nos arts. 47 e 48, faz-se necessária a regulamentação legislativa de cada ente federado. Somente após a aludida regulamentação, é que se poderá fazer uso do tratamento diferenciado previsto nos citados dispositivos.

A par disso, convém analisar, ainda que de forma breve, os benefícios conferidos às microempresas e empresas de pequeno porte.

5. Habilitação

Para fins de habilitação, deve-se exigir dos licitantes documentação relativa à habilitação jurídica, regularidade fiscal, qualificação técnica e econômico-financeira.

Especificamente no que tange à regularidade fiscal, a LC 123/06 disciplinou um regime diferenciado de tratamento às micro e pequenas empresas, estabelecendo que:

“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.

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 ela apresente alguma restrição.

§ 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.

§ 2º A não-regularização da documentação, no prazo previsto no § 1º deste artigo, implicará decadência do direito à contratação, sem prejuízo das sanções previstas no art. 81 da Lei n° 8.666, de 21 de junho de 1993, sendo facultado à Administração convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para a assinatura do contrato, ou revogar a licitação”.

O primeiro benefício consiste, portanto, na possibilidade de *comprovação plena* de regularidade fiscal ao final do procedimento, permitindo-se o saneamento de eventuais irregularidades na documentação fiscal no prazo assinalado no art. 43, § 1º, da LC 123/06. Isso não quer dizer que a apresentação dos documentos deva ocorrer apenas nesse momento.

Como acertadamente informa Marçal Justen Filho, os dois dispositivos devem ser interpretados de forma conjunta para serem compreendidos, uma vez que o art. 42 fala em comprovação de regularidade fiscal apenas quando da contratação, enquanto o art. 43 fala em regularidade fiscal como requisito para participação no certame. Para o autor, resta evidente que:

“O que se faculta é a desnecessidade de perfeita e completa regularidade fiscal no momento da abertura ou do julgamento do certame. Em outras palavras, o benefício outorgado às pequenas empresas, no âmbito da habilitação, está sintetizado no parágrafo único do art. 43: trata-se da faculdade de regularização dos defeitos existentes e comprovados nos documentos de regularidade fiscal apresentados na oportunidade devida pela pequena empresa”¹³.

Dessa feita, interpretando-se conjuntamente os arts. 42 e 43, tem-se que as microempresas e empresas de pequeno porte devem apresentar toda a documentação exigida para fins de habili-

¹² JUSTEN FILHO, Marçal. *O estatuto...*, p. 29.

¹³ JUSTEN FILHO, Marçal. *O estatuto...*, p. 42.

tação, mesmo que haja alguma restrição quanto à regularidade fiscal.

Existindo alguma irregularidade na documentação pertinente à regularidade fiscal, a empresa será habilitada sob condição resolutive e terá seu envelope de proposta aberto e avaliado. Nessa hipótese, sendo o proponente declarado vencedor, será assegurado o prazo de 2 (dois) dias úteis, cujo termo inicial corresponderá ao momento em que o proponente for declarado vencedor do certame, prorrogáveis por igual período, a critério da entidade, para a regularização da documentação, pagamento ou parcelamento do débito, e emissão de eventuais certidões negativas ou positivas com efeito de negativa (art. 43, § 1º).

Ainda que o artigo estipule como marco inicial para a contagem do prazo de regularização o ato que declara o licitante vencedor, tem-se que tal prazo deverá transcorrer após a ciência do licitante sobre a adjudicação do objeto. Nesse sentido, proferido o ato de adjudicação, deve o licitante ser convocado para a regularização de eventuais falhas fiscais.

Isto porque a consequência da falta de regularização, nos termos do § 2º do art. 43 da Lei Complementar, é a decadência do direito à contratação, sem prejuízo das sanções cabíveis, e como só se vislumbra direito à contratação após a adjudicação, não há como aplicar tal sanção antes desse ato.

Em face disso, interpretando-se os §§ 1º e 2º do art. 43, parece-nos que a melhor inteligência é no sentido de que o prazo de regularização seja contado após a ciência do ato de adjudicação e não da declaração do licitante vencedor.

Saliente-se que somente será possível o saneamento de falhas pertinentes à regularidade fiscal, conforme destacado por Jessé Torres Pereira Junior:

“A Lei Complementar 123 só dá tratamento diferenciado em relação à habilitação fiscal, nada mais. No restante, essas pequenas empresas estão sujeitas ao mesmo tratamento que a Lei nº 8.666/93 dispensa as empresas em geral.

Tratamento diferenciado na etapa da habilitação é só com referência à habilitação fiscal.
(...)

O tratamento diferenciado se interpreta estritamente, tudo que a norma contiver de exceção, só admite, só comporta interpretação estrita; não extensão, não analogia; estrita, porque é excepcional”¹⁴.

Porém, Marçal Justen Filho entende que “os benefícios previstos na LC 123 devem ser apli-

cados não apenas relativamente à regularidade fiscal, mas também em face de qualquer outro requisito de habilitação que comporte tratamento similar. Essa é a única interpretação cabível”¹⁵.

No que tange ao trâmite para essa regularização, Marçal Justen Filho aduz que:

“Isso significa que será promovida a classificação final, seguindo o procedimento à análise da autoridade superior, com a adjudicação do objeto em favor do licitante que formulou a melhor proposta (mesmo que em situação de irregularidade fiscal). Se o adjudicatário não comprovar a regularização dos defeitos (ou deixar de assinar o contrato por algum outro motivo), a autoridade competente deverá promover o desfazimento da adjudicação e dos atos de conclusão do certame.

(...)

A LC nº. 123 determina que o sujeito disporá de dois dias úteis para obter a documentação regular, computados da data em que houver a declaração de sua vitória. (...) O termo inicial apenas pode ser aquele em que o licitante tiver ciência de haver obtido a vitória no certame”¹⁶.

Vale frisar que as demais empresas, não compreendidas na Lei em comento, caso deixem de atender rigorosamente às exigências do edital, serão alijadas do certame, não se oportunizando prazo para o saneamento de possíveis irregularidades.

Em virtude disso, Marçal Justen Filho pondera que o problema não está em se conceder a possibilidade de regularização de defeitos pertinentes à habilitação, mas sim em restringir essa hipótese às microempresas e empresas de pequeno porte.

Destaca o autor que:

“se os interesses sob tutela da Administração Pública não são afetados em vista da fixação do momento de apuração da regularidade fazendária, então a exigência de comprovação da regularidade na data de abertura dos envelopes é inconstitucional. Se é viável estabelecer que as pequenas empresas podem comprovar a sua regularidade apenas por ocasião da assinatura do contrato, promovendo a regularidade de dívidas existentes na data da apresentação dos documentos, *tal regime deve ser adotado para todos os licitantes*”¹⁷.

Ocorre que, nos termos da legislação vigente, os benefícios contemplados na Lei Complementar 123 não podem deixar de ser aplicados às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim como não se vislumbra sua extensão àqueles que não cumprirem os requisitos necessários

¹⁴ Palestra proferida no evento “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.

¹⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *O estatuto...*, p. 48.

¹⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *O estatuto...*, p. 46-47.

¹⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *O estatuto...*, p. 55.

ao perfeito enquadramento na norma, por absoluta inexistência de disposição legal nesse sentido.

Caso a empresa não consiga comprovar sua regularidade fiscal, aplica-se o disposto no § 2º do art. 43 da LC 123/06, que dispõe: “a não-regularização da documentação, no prazo previsto no § 1º deste artigo, implicará decadência do direito à contratação, sem prejuízo das sanções previstas no art. 81 da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, sendo facultado à Administração convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para a assinatura do contrato, ou revogar a licitação”.

Para os Serviços Sociais Autônomos, a hipótese contemplada no art. 81 da Lei 8.666 equivale ao art. 31 do Regulamento, que prescreve:

“Art. 31. A recusa injustificada em assinar o contrato ou retirar o instrumento equivalente, dentro do prazo fixado, caracterizará o descumprimento total da obrigação assumida e poderá acarretar ao licitante as seguintes penalidades, previstas no instrumento convocatório:

- I – perda do direito à contratação;
- II – perda da caução em dinheiro ou execução das demais garantias de propostas oferecidas, sem prejuízo de outras penalidades previstas no instrumento convocatório;
- III – suspensão do direito de licitar ou contratar com o S..., por prazo não superior a 2 (dois) anos”.

Importante destacar que da decisão que analisa a documentação apresentada em momento posterior, para suprimento de eventuais irregularidades, é cabível recurso tanto por parte do licitante inabilitado supervenientemente, assim como pelos demais, em caso de aceitação da documentação.

6. Empate e direito de preferência

O art. 44 da LC 123/06 prevê que, em caso de empate, deverá ser dada preferência à contratação de microempresas e empresas de pequeno porte.

A Lei criou um mecanismo de empate, considerando como tal 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 melhor classificada, sendo que, na modalidade pregão, o percentual será de 5% (cinco por cento). Em caso de empate, impõe-se a preferência de contratação para essas empresas (art. 44, § 1º e § 2º).

Determina o art. 45 da Lei Geral que a preferência de que trata o art. 44 será processada da seguinte forma:

“Art. 45...:

- 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”.

Infere-se, portanto, que, na hipótese de empate (ficto), a microempresa ou empresa de pequeno porte não será, de plano, declarada vencedora do certame. O que a Lei prescreve é a possibilidade de a pequena empresa reduzir sua proposta em montante inferior ao apresentado pela licitante classificada em primeiro lugar. Por evidente, se a licitante melhor classificada for microempresa ou empresa de pequeno porte, tal critério não será aplicado, sendo ela declarada vencedora da licitação.

Caso várias pequenas empresas se encontrem na margem de 10%, ou 5% (para o pregão), a preferência será da melhor classificada. Se existirem propostas idênticas, deverá ser realizado um sorteio entre elas para que se identifique aquela que poderá apresentar a melhor oferta.

Realizado sorteio, a pequena empresa selecionada poderá oferecer nova oferta, sendo declarada vencedora do certame, caso apresente proposta mais vantajosa do que a apresentada pelo primeiro colocado.

Somente se esta não exercer seu direito de preferência ou não for, por qualquer motivo, contratada é que se cogita a convocação das pequenas empresas remanescentes para o exercício do mesmo direito de preferência.

Esta ressalva se faz necessária em virtude de a redação do art. 45, inc. III, ao prescrever que será realizado sorteio entre as pequenas empresas que apresentarem valores equivalentes, a fim de verificar quem *primeiro* poderá apresentar

melhor oferta, induzir à interpretação de que poderia ser feita uma disputa entre elas, o que, salvo melhor juízo, não é a melhor interpretação.

Portanto, na hipótese de a contratação não se efetivar, serão convocadas as micro e pequenas empresas remanescentes que porventura se enquadrarem nas hipóteses dos §§ 1º e 2º do art. 44 da Lei, na ordem classificatória, para o exercício do mesmo direito e, se nenhuma delas conseguir cobrir a melhor proposta apresentada, o objeto licitado será adjudicado em favor da proposta originalmente classificada em primeiro lugar.

De forma didática, José Anacleto Abduch Santos assevera como deverá proceder a Comissão para a concessão do direito de preferência:

“Pela sistemática da lei complementar, na prática será obedecido o seguinte procedimento:

1. Primeiramente, ordenam-se as propostas em ordem crescente, classificando em primeiro lugar aquela de menor valor;
2. Se a primeira colocada for licitante enquadrada como microempresa ou empresa de pequeno porte, será imediatamente sagrada vencedora do certame, e a ela será adjudicado o objeto da licitação, desde que atendidos os demais requisitos legais (art. 45, § 2º da Lei Complementar);
3. Caso restem classificadas em primeiro lugar mais de uma proposta (propostas de idêntico valor, caracterizando situação de empate na acepção jurídica do termo), e uma delas for microempresa ou empresa de pequeno porte, esta terá preferência na contratação – o desempate se dará pelo tratamento favorecido à microempresa ou empresa de pequeno porte. Este tratamento favorecido condiciona, entretanto, a preferência na contratação à oferta de proposta de preço inferior àquele originalmente proposto. Como a lei não estabelece qualquer parâmetro para esta nova proposta, qualquer valor menor do que a proposta original deve ser reputado suficiente para que o desempate se efetive (proposta apenas R\$ 1,00 menor do que a original, por exemplo). Pode-se sustentar que, no caso de empate decorrente da apresentação de propostas idênticas por microempresa ou empresa de pequeno porte e outra licitante que não detenha esta condição, se deveria automaticamente dar preferência àquela, sem necessidade de apresentação de nova proposta, de menor valor. Nesta ótica, a regra do inciso I do artigo 45 da Lei Complementar 123/2006 somente teria aplicação nos casos de empate em que as propostas não fossem idênticas (empate pela regra do § 1º ou § 2º do artigo 44). O tratamento diferenciado e favorecido teria como contrapartida o dever de apresentar proposta de menor valor, dever que não se exigiria no caso de empate por força de apresentação de propostas idênticas - a proposta original já teria sido menor em relação às demais classificadas. Parece que melhor atende o sentido da norma a primeira

interpretação. Uma vez que deverá ser aceita como válida, para o fim de desempate, proposta de qualquer valor menor em relação à proposta apresentada pelo outro licitante em situação jurídica de empate, este dever não implica qualquer prejuízo ou modificação significativa para o licitante favorecido.

4. No caso de propostas idênticas, apresentadas por mais de uma microempresa ou empresa de pequeno porte restar classificada em primeiro lugar, juntamente com uma ou mais propostas de empresas que não detenham esta condição jurídica (empate entre todas), somente as propostas ofertadas por aquelas (microempresas e empresas de pequeno porte) serão consideradas inicialmente. A situação de empate (propostas idênticas) entre microempresas e empresas de pequeno porte se resolve pela regra geral do sorteio (art. 45, III da Lei Complementar). Na eventualidade de todas as microempresas e empresas de pequeno porte renunciarem à prerrogativa de apresentar propostas de menor valor, dar-se-á o desempate entre todas (inclusive as empresas não beneficiárias do tratamento favorecido) mediante sorteio.

5. No caso de não haverem propostas idênticas classificadas em primeiro lugar, e, se a primeira colocada não for microempresa ou empresa de pequeno porte, competirá à Administração, aferir se dentre as demais propostas classificadas estão presentes propostas apresentadas por microempresas ou empresas de pequeno porte;

6. Identificadas as propostas ofertadas por microempresas ou empresas de pequeno porte, serão selecionadas e ordenadas em ordem crescente aquelas de valor até 10% maior do que a proposta classificada em primeiro lugar (apresentada por empresa não enquadrada como microempresa ou empresa de pequeno porte). A título de exemplo, se a proposta vencedora for no valor de R\$ 56.000,00 (cinquenta e seis mil reais), serão selecionadas todas as propostas das licitantes enquadradas como microempresa ou empresa de pequeno porte que tiverem ofertado preço até R\$ 5.600,00 (cinco mil e seiscentos reais) maior, ou seja, até R\$ 61.600,00 (sessenta e um mil e seiscentos reais).

7. Se apenas uma licitante enquadrada como microempresa ou empresa de pequeno porte tiver apresentado proposta até 10% maior do que a primeira colocada lhe será facultado ofertar outra proposta, de menor valor, caso em que lhe será adjudicado o objeto do certame.

8. Em caso de existir mais de uma proposta formulada por microempresa ou empresa de pequeno porte de valor até 10% superior à primeira colocada, serão estas propostas classificadas em ordem crescente, e, de acordo com esta classificação, a primeira colocada (que ofertou proposta de menor valor) terá a faculdade de ofertar proposta de valor menor do que a proposta originalmente vencedora.

9. Caso não seja contratada a licitante favorecida classificada em primeiro lugar na

forma referida no item anterior¹⁸, serão convocadas as licitantes remanescentes, pela ordem da classificação referida no item 8, para o exercício do mesmo direito.

10. Na circunstância de que duas ou mais microempresas ou empresas de pequeno porte tenham ofertado propostas de valor idêntico, nos limites da situação de empate prevista nos §§ 1º e 2º do artigo 44, será realizado sorteio entre elas para a seleção da primeira a apresentar oferta de menor valor.

11. Caso nenhuma das licitantes enquadradas como microempresa ou empresa de pequeno porte que estejam em situação jurídica de empate com a proposta vencedora exerça o direito de ofertar proposta de menor valor, ou caso nenhuma delas possa ser contratada por força de determinado impedimento jurídico, o objeto licitado será adjudicado ao licitante que originalmente apresentou a proposta classificada em primeiro lugar¹⁹.

Por fim, o § 3º prevê que, em caso de pregão, o lapso temporal para a microempresa ou empresa de pequeno porte, melhor classificada, apresentar nova proposta será de, no máximo, 5 (cinco) minutos após o encerramento dos lances, sob pena de preclusão.

Nota-se, portanto, que no pregão, o direito de preferência é aplicável somente depois de concluída a fase de lances e não quando da apresentação das propostas escritas.

Como a LC 123/06 não prevê qual será o prazo máximo para apresentação de nova proposta para modalidades diversas do pregão, caberá ao ato convocatório regulamentar a questão, considerando-se sempre a complexidade do objeto licitado.

Por fim, compartilhamos do entendimento esposado por Marçal Justen Filho, no sentido de que o direito de preferência incide apenas nas licitações processadas pelo tipo menor preço. No seguinte sentido, é o posicionamento do autor:

“Embora o silêncio legislativo, afigura-se evidente que o benefício é aplicável exclusivamente nas licitações de menor preço. As licitações de técnica (técnica e preço e melhor técnica), em que a identificação da proposta mais vantajosa depende da conjugação de critérios econômicos e técnicos, apresentam sistemática incompatível com as regras simplistas dos arts. 44 e 45 da LC nº 123. Esses dispositivos buscam proteger as pequenas empresas por meio de mecanismo de redução do valor da proposta comercial. A aplicação do benefício em uma licitação de técnica e preço demandaria o fornecimento de crité-

rios adequados, que não constam do diploma²⁰.

Assim, tratando-se de licitação processada sob o tipo técnica e preço, não se cogita a aplicação do direito de preferência a que aludem os arts. 44 e 45 da Lei Complementar.

7. O tratamento diferenciado e a necessidade de regulamentação

O tratamento diferenciado e simplificado a ser concedido às micro e pequenas empresas, encontra-se definido no art. 47 da Lei Complementar, que determina:

“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”.

Pela redação desse dispositivo, observa-se que o tratamento diferenciado pressupõe a existência de alguns requisitos para que possa ser considerado válido.

O primeiro deles é a necessidade de uma regulamentação específica pelo respectivo ente. Ou seja, a licitação especial, nos termos desse dispositivo, só será válida se houver regulamentação específica por parte do ente federativo.

Em segundo lugar, devem ser observadas as finalidades almejadas pelo art. 47, quais sejam: 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.

O terceiro requisito de validade do tratamento diferenciado diz respeito às restrições previstas no art. 48 da Lei. Apenas essas restrições poderão ser admitidas quando da adoção da licitação diferenciada.

Nesse sentido, o art. 48 prevê que, para o cumprimento do disposto no art. 47, a entidade 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);

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;

III – em que se estabeleça cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de

¹⁸ Por renunciar ao direito de ofertar proposta de menor valor, ou por inabilitação superveniente na forma do § 5º do artigo 43 da Lei 8666/93.

¹⁹ SANTOS, José Anacleto Abduch. *As licitações e o estatuto da microempresa*. Revista JML de Licitações e Contratos. Seção Doutrina, junho de 2007, p. 14 e 15.

²⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *O estatuto...*, p. 69.

pequeno porte, em certames para a aquisição de bens e serviços de natureza divisível”.

O §1º desse dispositivo prevê uma restrição à incidência das hipóteses acima, qual seja: o valor licitado por meio do disposto neste art. 48 não poderá exceder a 25% (vinte e cinco por cento) do total licitado em cada ano civil. Assim, atingido tal limite, não poderá mais a entidade aplicar o tratamento diferenciado de que trata a Lei.

O art. 49 também prevê algumas limitações ao disposto nos arts. 47 e 48, informando que estes não se aplicam quando:

- I – os critérios de tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte não forem expressamente previstos no instrumento convocatório;
- II – não houver um mínimo de 3 (três) fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediadas 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”.

A primeira restrição trata de questão evidente, qual seja, a previsão no instrumento convocatório das cláusulas de tratamento diferenciado, assim como a forma característica como será processada essa licitação e seu julgamento peculiar.

O disposto no inc. II pode gerar muita controvérsia, uma vez que se refere a três fornecedores capazes de cumprir as exigências do edital, ou seja, três micro ou pequenas empresas em condições de competir na licitação.

Entende Marçal Justen Filho que essa norma deve ser interpretada de forma ampliativa, ou seja:

“A vontade legislativa não é a restrição absoluta da disputa, mas a competição entre pequenas empresas. Sob esse prisma, a vedação à participação de empresas de maior porte, apenas poderá ser justificada se houver uma efetiva e concreta competição entre pequenas empresas. Daí a proposta de interpretação, no sentido de que será necessária a existência de três fornecedores em condições de participar do certame. Esse será um requisito de adoção da licitação diferenciada, restrita à participação de pequenas empresas. No entanto, a validade da licitação dependerá de efetiva participação de pelo menos três licitantes em condições de efetiva competição”²¹.

O inc. III prevê a não realização da licitação diferenciada quando não for vantajoso para o ente contratante, ou quando tal resultar em prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado. Restringir o universo de licitantes a pequenas e microempresas, deve ser compatível com o interesse público tutelado pela entidade.

Por fim, determina o inc. IV que, nos casos de dispensa e inexigibilidade de licitação, não se aplicam às disposições referentes ao tratamento diferenciado, justamente pelo fato de que não haverá licitação.

Em linhas gerais, foram estas alterações promovidas pela Lei Complementar 123.

Do exposto, é possível concluir que as alterações promovidas pela Lei Complementar foram significativas, e que muitos pontos são controversos e de constitucionalidade duvidosa. Caberá ao aplicador da norma ter muita cautela, para buscar harmonizá-la com o regime jurídico próprio das licitações e dos contratos administrativos.

Mas a norma está em vigor e deve ser cumprida pelos Serviços Sociais Autônomos, sob pena de ilegalidade. Não obstante ser este nosso entendimento, cumpre destacar que a doutrina diverge acerca do tema, conforme se infere do parecer exarado pelo professor Carlos Pinto Coelho Motta, veiculado nessa edição da Revista, na seção Doutrina.

²¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *O estatuto...*, p. 85.