

ALTERAÇÕES PROMOVIDAS NAS LICITAÇÕES PELA LEI COMPLEMENTAR 147/14 E PELO DECRETO 8.538/15

Por Julieta Mendes Lopes Vareschini

Sócia Fundadora do Grupo JML Consultoria & Eventos, Mestre em Direito. Possui graduação em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba. Advogada e Consultora na área do Direito Administrativo, com ênfase em Licitações e Contratos Administrativos. Coordenadora técnica da JML Consultoria. Professora do Curso de Especialização em Licitações e Contratos da UNIBRASIL. Palestrante na área de Licitações e Contratos. Autora da obra Licitações e Contratos no Sistema S. 6ª ed. Curitiba: JML, 2015 e da obra Discricionariedade Administrativa: uma releitura a partir da constitucionalização do direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

1. Introdução

A Lei Complementar 147/14 trouxe alterações significativas no tratamento diferenciado concedido às microempresas e empresas de pequeno porte quando da participação em licitações. Além de promover modificações na Lei Complementar 123/06, inseriu dispositivo na Lei 8.666/93 com o fito de prescrever que as normas de licitações e contratos devem privilegiar o tratamento diferenciado e favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte (art. 5-A).

As alterações mais significativas foram realizadas nos arts. 47 a 49 da Lei Complementar 123/06, dispositivos estes que, na esfera federal, foram regulamentados pelo Decreto 8.538/15.

Dessa feita, o objetivo desta Síntese Jurídica é analisar as repercussões dessas recentes normas, mormente em relação ao tratamento diferenciado contemplado nos arts. 47 a 49 da Lei Complementar 123/06.

2. Tratamento diferenciado com o escopo de promover o desenvolvimento econômico e social e a vinculação com os objetivos da licitação

Cumpramos colacionar o art. 47 da Lei Complementar 123/06, com a redação dada pela Lei Complementar 147/14:

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

Parágrafo único. No que diz respeito às compras públicas, enquanto não sobrevier legislação estadual, municipal ou regulamento específico de cada órgão mais favorável à microempresa e empresa de pequeno porte, aplica-se a legislação federal. *(Incluído pela Lei Complementar nº 147, de 2014)*” (grifou-se)

Já de plano, urge frisar que a Lei Complementar 147/14, ao alterar o dispositivo anteriormente citado, tornou o tratamento diferenciado com o escopo de promover o desenvolvimento econômico e social compulsório, salvo se apresentadas

as justificativas previstas no art. 49 da norma. E, para garantir a aplicabilidade do aludido tratamento e impedir que a ausência de regulamentação específica pudesse ser utilizada como justificativa para a não aplicação dos benefícios concedidos às pequenas empresas, o parágrafo único do art. 47 destacou que, enquanto não regulamentado o tema no âmbito dos demais órgãos e esferas, aplica-se a legislação federal.

Nesse sentido é a doutrina de José Anacleto Abduch Santos:

“Atente-se para o fato de que, pela redação original do art. 47, a norma previa o tratamento diferenciado e simplificado como uma faculdade administrativa ao fixar que ‘nas contratações públicas da administração direta e indireta, autárquica e fundacional, federal, estadual e municipal, poderá ser concedido tratamento diferenciado e simplificado às microempresas e empresas de pequeno porte’. A forma impositiva do verbo ‘deverá’ passa a trazer um conteúdo jurídico e um norte hermenêutico significativamente diverso.

Se dúvidas havia de que as administrações públicas deveriam (em razão da facultatividade supostamente estabelecida pelo verbo na conjugação ‘poderá’) realizar licitações exclusivas para participação de ME e EPP, ou licitar intituindo cotas reservadas para as pequenas empresas, a nova redação do dispositivo legal parece deixar extreme de dúvidas o comando impositivo.” (...)

Contudo, enquanto não sobrevier legislação estadual, municipal ou distrital específica mais favorável à ME e EPP, aplica-se compulsoriamente a legislação federal – o que significa que a Administração Pública não pode se furtar à concessão do benefício sob a alegação de lacuna legislativa no âmbito da entidade federativa.

Logo, se no regime anterior as entidades federativas podiam alegar inexistência de regulamentação própria para deixar de conceder o tratamento diferenciado e simplificado para as ME e EPP, diante das novas regras, desaparece este óbice normativo: é mandatória a regra que determina, na inexistência de normas próprias, que os demais entes da federação se valham diretamente das normas previstas na Lei Complementar 123”.¹

Outra questão relevante diz respeito à aplicabilidade do art. 47 às empresas públicas e sociedades de economia mista. Com efeito, a redação do dispositivo desperta controvérsias, na medida em que vincula o tratamento à administração indireta, autárquica e fundacional, o que levou alguns doutrinadores a defenderem que referido dispositivo não seria aplicável às empresas públicas e sociedades de economia mista.

Ainda que se possa questionar o fato de o dispositivo legal em apreço não fazer menção expressa às empresas estatais (sociedades de economia mista e empresas públicas) como o fez em relação às autarquias e fundações, é preciso destacar que os benefícios concedidos às microempresas e empresas de pequeno porte em licitações pela Lei Complementar 123/2006, alterada pela Lei Complementar 147/2014, decorrem diretamente de preceitos insculpidos na Constituição Federal de 1988. Assim, considerando que as empresas estatais encontram-se devidamente subordinadas ao dever de licitar, se submetem aos ditames da Lei Complementar, dando ampla efetividade ao princípio constitucional da ordem econômica, que prega o tratamento diferenciado a ser despendido às micro e pequenas empresas.

¹ SANTOS, José Anacleto Abduch. *Licitações & o Estatuto da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte*. 2ª Ed. Curitiba, Juruá, 2015, p. 122.

A propósito do tema, vale destacar trecho de artigo publicado por Juliane Erthal de Carvalho no qual a autora analisa as principais alterações promovidas pela LC 147/2014:

“4. Âmbito de aplicação do tratamento diferenciado e simplificado

O art. 47, com a redação introduzida pela LC 147, dispõe que o tratamento diferenciado e simplificado para as ME e EPP deve se dar *Nas contratações públicas da administração direta e indireta, autárquica e fundacional, federal, estadual e municipal*. Nesse sentido houve maior detalhamento, visto que a LC 123 tratava apenas contratações públicas da União, dos Estados e dos Municípios.

O regulamento (art. 1º do Decreto 6.204) já previa que no âmbito federal fosse possível a aplicação aos *órgãos da administração pública federal direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União*. Desse modo, o art. 47 incorpora à redação da LC 123 a possibilidade expressa de aplicabilidade às contratações públicas dos fundos especiais, autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista. No entanto, na atual redação não há menção as entidades controladas direta ou indiretamente pela União.

A redação dada pela LC 147 também incorporou o texto contido no Decreto 6.204 (art. 1º) no que se refere aos objetivos dessa política: *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.*”² (grifou-se)

Vale destacar que a própria LC 123/2006 prevê expressamente em seu art. 77, § 2º, a necessidade de os órgãos e entidades da Administração Pública direta e indireta (aí inclusas as sociedades de economia mista e empresas públicas), federais, estaduais e municipais, tomarem as providências necessárias à adaptação de seus respectivos atos normativos às regras dispostas no Estatuto:

“Art. 77. (...)

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

Além disso, a Lei 8.666/93, que estabelece normas gerais sobre licitações e contratos e se aplica a todos os órgãos e entidades da Administração Pública direta e indireta da União, Estados, Distrito Federal e Municípios³, também alterada pela LC 147/2014, passou a prever expressamente a necessidade de as licitações e contratos privilegiarem o tratamento diferenciado e favorecido destinado às microempresas e empresas de pequeno porte, nos termos do art. 5-A, já mencionado.

Em virtude disso, entende-se que as alterações promovidas pela LC 147/2014 no Estatuto das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (LC 123/2006), que

² CARVALHO, Juliane Erthal. *Microempresa e empresa de pequeno porte: as principais alterações promovidas pela LC 147/2014*. Disponível em: <http://www.justen.com.br/informativo.php?informativo=90&artigo=1166&l=pt>

³ “Art. 1º. Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Parágrafo único. **Subordinam-se ao regime desta Lei**, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, **as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente** pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.” (grifou-se)

estabelecem normas gerais aplicáveis irrestritamente a todos os órgãos e entidades sujeitos ao dever de licitar, são plenamente aplicáveis às empresas estatais (sociedades de economia mista e empresas públicas), não se admitindo, assim, que tais entidades deixem de observar essas disposições legais quando da realização de suas licitações.

No âmbito da Administração Pública Federal, o Decreto 8.538/15, que regulamentou, dentre outros dispositivos, o art. 47 da Lei Complementar, é enfático acerca da aplicabilidade às empresas estatais:

“Art. 1º (...)

§ 1º Subordinam-se ao disposto neste Decreto, além dos órgãos da administração pública federal direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, **as empresas públicas, as sociedades de economia mista** e as demais entidades controladas direta e indiretamente pela União”. (grifou-se)

É importante registrar, no entanto, que a questão em análise pode comportar entendimentos diversos. A título de esclarecimento, vale destacar posição defendida por Marçal Justen Filho que entende ser inaplicável o tratamento diferenciado e favorecido destinado às micro e pequenas empresas nas licitações promovidas por empresas estatais, sejam elas exploradoras de atividade econômica ou prestadoras de serviços públicos, em face de seu regime jurídico:

“(…) a sistemática de licitações diferenciadas somente poderá ser aplicada no âmbito da Administração direta. Quando muito, caberá a sua utilização por entidades administrativas cujo objeto específico de atuação for o fomento a ME ou EPP. (...)

As empresas estatais exploradoras de atividade econômica atuam no mercado e competem com as demais empresas privadas. O art. 173, caput e parágrafo 1º, da CF/88 veda a outorga de qualquer benefício que assegure a essas entidades alguma espécie de vantagem não extensível à iniciativa privada.

Ora, impor às empresas estatais exploradoras de atividade econômica o dever de promover licitações diferenciadas equivaleria a reduzir sua eficiência. Assim se passaria porque o custo mais elevado de sua atuação seria transferido para os seus preços. Logo, os preços dos bens e serviços ofertados por empresas estatais passariam a ser mais elevados do que os praticados por empresas privadas. Isso significaria a exclusão de sua competitividade. Para beneficiar as ME e as EPP, as referidas empresas seriam obrigadas a ampliar os seus custos, o que frustraria a obtenção de êxito empresarial.

É evidente que a ausência de benefícios em favor das empresas estatais não pode ser acompanhada a instituição de ônus e encargos, sob pena de impor-se a sua insolvência. Logo, **não se pode submeter as empresas estatais exploradoras de atividade econômica ao regime de encargos inerente às contratações diferenciadas, (...).**

Mas **também as estatais prestadoras de serviço público não podem ser constrangidas a adotar o regime de licitações diferenciadas.** Assim se passa porque os custos das referidas empresas estatais é suportado por tarifas e taxas exigidas dos usuários dos serviços prestados.

A elevação dos custos dessas empresas estatais se traduzirá, então, no aumento das tarifas e taxas exigidas dos usuários. Em última análise, esses usuários custearão os benefícios transferidos para as ME e EPP.”⁴ (grifou-se)

⁴ FILHO, Marçal Justen. *O estatuto da microempresa e as licitações públicas*. 2ª ed. São Paulo: Dialética, 2007, p. 127 a 128.

Todavia, para a JML Consultoria o posicionamento externado pelo citado autor deve ser visto com reservas, tendo em vista que tais considerações foram feitas em face da antiga redação dos art. 47 e 48 da LC 123/2006 que estabeleciam mera faculdade ao gestor público em aplicar as regras constantes no Estatuto. Tem-se, ainda, que as alterações promovidas pela LC 147/2014 tiveram por objetivo ampliar a exigência do tratamento diferenciado e favorecido destinado às micro e pequenas empresas.

Ademais, é sempre válido ressaltar que o tratamento diferenciado e favorecido destinado às ME e EPP é oriundo de determinação constitucional que assegura tal direito às respectivas categorias empresariais.

Portanto, entende-se que as alterações promovidas pela Lei Complementar 147/2014 devem ser observadas em toda e qualquer licitação realizada pela Administração, a fim de garantir, de forma ampla e concreta, o tratamento diferenciado e favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte.

Sob outro prisma, releva destacar que, para a consecução desse tratamento, devem ser observadas as finalidades almejadas pelo artigo 47, isso é, aludido tratamento diferenciado só será válido se estiver voltado para: 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. Saliente-se que esses objetivos foram reiterados pelo Decreto 8.538/15 em seu art. 1º.

Estes objetivos estão em consonância com os fins da licitação, esculpidos no art. 3º, da Lei 8.666/93, mormente no que diz respeito à promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

Por reconhecer o expressivo poder de compra do Estado, a Lei 12.349/2010 incluiu uma terceira finalidade legal à licitação, qual seja, a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, em perfeita consonância à Constituição Federal que, em seu art. 3º alçou o desenvolvimento nacional a objetivo fundamental da República Federativa do Brasil.

Interpretando-se o art. 3º da Lei 8.666/93 à luz da Constituição Federal, é possível concluir que o desenvolvimento nacional sustentável comporta, ao menos, três vetores: social, econômico e ambiental⁵.

E o tratamento diferenciado previsto no art. 47, da Lei Complementar 123/06, é uma das formas de concretizar o desenvolvimento nacional nos aspectos econômicos e sociais.

Dados divulgados pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão e Ministério do Trabalho, em face da pesquisa realizada pelo SEBRAE Nacional em parceria com o Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Sócioeconômicos (DIEESE), atestam que desde o advento da Lei, em 2006, o acesso das pequenas empresas às contratações realizadas pelo Estado aumentou consideravelmente. De 2006 para 2007 houve um crescimento de 8% para 28%; de 2007 para 2008 chegou a

⁵ FERREIRA, Daniel. *A licitação pública no Brasil e sua nova finalidade legal*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012, p. 48.

32% (BERNARDO, 2009). Em 2011 esse acesso cresceu 43,36%, em face da aplicação do tratamento diferenciado consignado na Lei Complementar (www.comprasnet.gov.br, notícia veiculada em 05.08.11).

Utilizando como parâmetro o exercício de 2011, as pequenas empresas foram responsáveis por 99% dos estabelecimentos, 51,6% dos empregos privados não agrícolas formais no país e por quase 40% da massa de salários. No período de 2000 a 2011, de cada R\$ 100 pagos aos trabalhadores no setor privado, R\$ 40, em média, foram pagos por pequenas empresas. E, no mesmo período, a remuneração média real dos empregados formais cresceu 1,5% a.a. (Anuário do Trabalho na Micro e Pequena Empresa, 2012, p. 29-32, disponível em www.dieese.org.br)

Especificamente em relação ao governo federal, de 2002 a 2011, a contratação de pequenas empresas teve um crescimento de R\$ 2,56 bilhões para 15,29 bilhões, comprovando que o poder de compra do Estado pode fomentar o desenvolvimento nacional, de forma sustentável (www.comprasnet.gov.br, notícia veiculada em 22.11.12).

Em síntese, o poder de compra do Estado pode ser uma estratégia de políticas voltadas ao desenvolvimento econômico sustentável, para a geração de emprego e renda e para a erradicação da pobreza e das desigualdades sociais, concretizando, enfim, as promessas da Constituição Federal. E o fomento às pequenas empresas é uma das vias já previstas em nosso ordenamento jurídico para a consecução desse objetivo⁶.

3. Licitações exclusivas às pequenas empresas

O art. 48, da Lei Complementar 123/06, prevê que, para o cumprimento do disposto no art. 47, a Administração Pública:

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

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

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

O art. 48 da LC destaca que o ente público deverá realizar licitações restritas às microempresas e empresas de pequeno porte. Ainda que alguma discussão pudesse decorrer da Lei 123/06, que utilizou o verbo “poderá” em sua redação original ao delimitar a hipótese de licitação restrita às pequenas empresas, o fato é que a alteração promovida pela Lei Complementar 147 deixou claro o caráter compulsório dessa exigência. Ademais, na esfera federal, o Decreto Federal (8.538/15) reitetou a

⁶ JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. *Como comprar da micro e pequena empresa: o novo papel do comprador; preferência às micro e pequenas empresas; comentários às modalidades de licitação, inclusive pregão; procedimentos exigidos para a efetivação do tratamento diferenciado às micro e pequenas empresas*. SEBRAE. Brasília: 2008, p. 14.

obrigatoriedade de realização de licitações restritas às microempresas e empresas de pequeno porte até determinado valor, conforme expressamente determina seu art. 6º:

“Art. 6º. Os órgãos e entidades contratantes deverão realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nos itens ou lotes de licitação cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais).”

Quanto ao valor de referência para se adotar as licitações exclusivas previstas no art. 48, I, da LC 123 (R\$ 80.000,00), observe-se que, em face da alteração promovida neste dispositivo, devem ser considerados os itens ou lotes. Essa é a interpretação que se extrai do comparativo entre as redações do dispositivo.

Redação anterior: “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)”. (grifou-se)

Nova redação: “I - deverá realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno **porte nos itens de contratação cujo valor seja de até R\$ 80.000,00** (oitenta mil reais)”. (grifou-se)

Tal modificação teve o intuito de impedir que órgãos e entidades públicas descumpram seu comando (já que facilmente poderiam inserir itens de natureza diversa na mesma licitação apenas para ultrapassar o valor definido como obrigatório para a destinação da licitação às ME/EPP) e também o de coadunar-se com a regra imposta pela Lei 8.666 (parcelamento do objeto e ampliação da competitividade), tal qual prevê o art. 23, nos parágrafos 1º e 2º.

Nessa linha, antes mesmo das alterações promovidas pela LC 147, o TCU e a Advocacia-Geral da União já orientavam:

“Apesar de o valor global exceder o limite de R\$ 80.000,00 previstos no art. 48, I, da LC nº 123/2006 e no art. 6º do Decreto nº 6.204/2007 para a realização de processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte, o certame estava dividido em 52 itens de concorrência autônomos entre si, sendo, assim, cada item disputado de maneira independente dos demais. (...)”

Dessa forma, ao ser definido o ‘menor preço por item’ como tipo de licitação, foram realizadas, no mesmo pregão eletrônico, várias licitações distintas e independentes entre si, o que é confirmado, por exemplo, pela seguinte disposição editalícia (fl. 23, peça 2): (...)

Sob esse aspecto, a contratação se mostra adequada à hipótese de participação exclusiva de microempresas e empresas de pequeno porte prevista no art. 48, I, da LC nº 123/2006 c/c o art. 6º do Decreto nº 6.204/2007.”⁷

“14. A propósito, deve ser mencionado o Acórdão 3.771/2011-TCU - Primeira Câmara, o qual, apesar de não ter tocado a possibilidade de adesões indefinidas a uma ARP por parte de outros órgãos e entidades da administração pública, reconheceu que **o limite de R\$ 80.000,00 aplica-se a cada item da licitação e não ao valor global da mesma**. Naquela assentada, esta Corte entendeu que **os diversos itens da licitação constituíram várias licitações distintas e independentes entre si**.

⁷ TCU. Acórdão 3771/2011. Primeira Câmara.

15. Por outro lado, muito embora o art. 48, § 1º, da LC nº 123/2006 refira-se expressamente a 'processo licitatório', o art. 6º do Decreto nº 6.204/2007 faz menção a '(...) contratações cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais)'. **Portanto, a interpretação sistemática desses dois dispositivos, juntamente com o entendimento do Relator a quo no citado Acórdão 3.771/2011-TCU-Primeira Câmara, leva ao entendimento de que é possível realizar sucessivas contratações por meio de adesões a uma ARP, desde que respeitado o limite autorizado pela LC nº 123/2006 e pelo Decreto nº 6.204/2007 para cada contratação exclusiva de microempresas (ME) e empresas de pequeno porte (EPP), isto é, um valor máximo de R\$ 80.000,00 para cada item da licitação para cada órgão ou entidade que aderir à ata.**

16. Efetivamente, essa situação seria equivalente ao caso em que cada órgão ou entidade realizasse sua própria licitação, com a óbvia vantagem de que, no caso das adesões a uma ARP vigente, a administração ganha no que se refere à celeridade e à redução de custos em função da não realização do certame licitatório.

17. Então, no que se refere à segunda e à terceira consultas, propõe-se que esta Corte de Contas responda ao consulente que **as licitações processadas por meio do Sistema de Registro de Preços cujo valor estimado seja igual ou menor a R\$ 80.000,00 podem ser destinadas à contratação exclusiva de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, sendo possível que o órgão que gerencia a Ata de Registro de Preços autorize a adesão à referida ata, desde que respeitado na contratação o limite máximo de R\$ 80.000,00 em relação a cada item da licitação para cada órgão ou entidade que aderir à mesma**⁸. (grifou-se)

"Orientação Normativa nº 47/AGU: 'Em licitação dividida em itens ou lotes/grupos, deverá ser adotada a participação exclusiva de microempresa, empresa de pequeno porte ou sociedade cooperativa (art. 34 da lei nº 11.488, de 2007) em relação aos itens ou lotes/grupos cujo valor seja igual ou inferior a R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), desde que não haja a subsunção a quaisquer das situações previstas pelo art. 9º do Decreto nº 6.204, de 2007.'"

Destarte, nas licitações onde o objeto é parcelado com vistas à ampliação da competitividade e onde o julgamento é realizado por itens (ou lotes)⁹, esse regramento deve ser observado em relação a cada qual, isto é, quando houver itens (ou lotes) de contratação cujo valor não ultrapasse R\$ 80.000,00, estes devem ser destinados para disputa exclusiva entre MPes.

Nesse sentido é a previsão do art. 9º, do Decreto Federal 8.538/15:

"Art. 9º. Para aplicação dos benefícios previstos nos arts. 6º a 8º:

I. será considerado, para efeitos dos limites de valor estabelecidos, cada item separadamente ou, nas licitações por preço global, o valor para o grupo ou o lote da licitação que deve ser considerado como um único item;"

Já o lote que ultrapassa tal limite, a rigor, não pode ser objeto de licitação exclusiva. Contudo, no intuito de dar efetividade às normas da LC 123 e concretizar os preceitos constitucionais que a norteiam, prestigiando, assim, o micro e pequeno empreendedor nacional, é de todo recomendável que a Administração avalie a possibilidade, sob o ponto de vista técnico-econômico, de dividir um lote em itens independentes ou até em lotes menores, de modo que se enquadrem no limite imposto pelo art. 48, I, do Estatuto das pequenas empresas.

⁸ TCU. Acórdão 2957/2011. Plenário.

⁹ Sobre as características das licitações por itens e/ou lotes recomenda-se a leitura de artigo publicado na Revista JML de Licitações e Contratos nº 12, pág. 53.

Nessa esteira é a opinião do professor José Anacleto Abduch Santos:

“A norma que prevê o dever de instaurar licitações exclusivas para ME e EPP pode suscitar dúvidas relevantes quando da aplicação.

A primeira delas: Todas as licitações de valor estimado até R\$ 80.000,00 devem ser destinadas exclusivamente à participação de ME e EPP?

Como regra geral, é de se sustentar que todas as licitações no exercício cujo valor não ultrapasse R\$ 80.000,00 devem ser destinadas à participação exclusiva de ME e EPP.

É a interpretação que mais se coaduna com o valor jurídico - fomento das ME e EPP - objetivado pela Constituição e pela Lei Complementar. A norma exatamente pretende retirar do administrador Público a disposição acerca da decisão sobre instaurar ou não licitação exclusiva para a participação das ME e EPP, tornando vinculada a decisão. (...)

A segunda dúvida relevante é: Diante de objetos cujo valor estimativo ultrapasse o limite de R\$ 80.000,00 a Administração Pública deve realizar o parcelamento, de modo a possibilitar a participação exclusiva de ME e EPP?

Dedutível por interpretação sistemática da regra legal, que a Administração Pública deverá, ao configurar a licitação, proceder ao parcelamento de objetos divisíveis, de modo a, mesmo no caso de objetos cujo valor estimativo total exceda o limite dos R\$ 80.000,00, possibilitar licitação exclusiva para ME e EPP.

De outro ângulo: não parcelar determinados objetos divisíveis pode inviabilizar a aplicação da regra. Tome-se, por exemplo, o caso de entidades públicas de médio ou grande porte, que dificilmente ou raras vezes licitam objetos cujo valor seja inferior a R\$ 80.000,00. Não parcelar o objeto significaria tomar inaplicável a regra legal e, por consequência, não buscar atingir o desiderato constitucional voltado ao fomento das ME e EPP.

Sempre, pois, que (i) o parcelamento seja econômica e tecnicamente viável; (ii) não haja prejuízo para o interesse público, deverá ser realizado o parcelamento de objetos para enquadrar a licitação nos limites fixados para a participação exclusiva de ME e EPP.

A interpretação mais ajustada à Lei e à Constituição é no sentido de que, mesmo em licitação por itens ou por lotes, cujo valor total exceda o limite preceituado de R\$ 80.000,00, a mesma deve ser realizada para participação exclusiva de ME e EPP.

Tal conclusão é facilmente compreendida a partir do próprio conceito de licitação por lotes e de licitação por itens. Licitação por itens é aquela em que se reúnem, em um único processo licitatório, diversas licitações distintas e autônomas, cada uma correspondendo a um item ou objeto específico. No caso das licitações por lotes, ocorre o agrupamento em um lote, de dois ou mais itens (objetos). O licitante que se sagra vencedor do lote, assume o encargo de fornecer todos os itens que o integram.

A licitação por itens ou por lotes constitui estratégia de gestão administrativa, que objetiva maior eficiência e economicidade: ao revés de licitar em processos autônomos os itens ou lotes, decide-se pelo agrupamento deles em um processo só.

Constituindo cada item ou lote um objeto autônomo e independente licitado (embora, repita-se, em um só processo licitatório) não há fundamento jurídico para exigir que o limite de R\$ 80.000,00 determinado para licitações exclusivas seja obtido a partir da somatória dos valores dos itens ou lotes em disputa - valor total da licitação”.¹⁰ (grifou-se)

Da mesma forma posiciona-se Jair Eduardo Santana:

¹⁰ SANTOS, José Anacleto Abduch. *Licitações e o Estatuto da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte*. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2015, p. 125-126.

“A nova norma estabelece que a Administração Pública deverá realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nos itens de contratação cujo valor seja de até R\$80.000,00 (oitenta mil reais).

Inferre-se daí que, no plano prático, ao adotar tal modelo de aquisição pública a Administração não haverá de tratar do benefício processual denominado empate ficto posto que este pressupõe a presença, no certame, de empresa que não detenha a qualificação da LC 147/2014.

Há inúmeras situações-de-fato não comportadas neste estudo que podem fazer da ferramenta comentada um grandioso instrumento para atender os desígnios da norma.

Insistimos sempre na questão da estratégia a ser adotada no Setor porque – a depender de circunstâncias específicas e de justificativas – um objeto a ser licitado pode, de uma só vez, atender o princípio do parcelamento e as finalidades das compras exclusivas.

Já exemplificamos isso em diversas ocasiões: se uma aquisição exclusiva de R\$ 800 mil não puder ser feita privilegiando a micro ou pequena empresa, pode ser que dez lotes desse mesmo objeto atendam os propósitos aqui aventados.”¹¹ (grifou-se)

Por derradeiro, importa frisar que o montante de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) deve considerar o prazo total de vigência contratual, computando eventuais prorrogações, consoante entendimento da Advocacia Geral da União, esposado na Orientação Normativa nº 10:

“A DEFINIÇÃO DO VALOR DA CONTRATAÇÃO LEVARÁ EM CONTA O PERÍODO DE VIGÊNCIA DO CONTRATO E AS POSSÍVEIS PRORROGAÇÕES PARA: **A) A REALIZAÇÃO DE LICITAÇÃO EXCLUSIVA (MICROEMPRESA, EMPRESA DE PEQUENO PORTE E SOCIEDADE COOPERATIVA);** B) A ESCOLHA DE UMA DAS MODALIDADES CONVENCIONAIS (CONCORRÊNCIA, TOMADA DE PREÇOS E CONVITE); E C) O ENQUADRAMENTO DAS CONTRATAÇÕES PREVISTAS NO ART. 24, INC. I E II, DA LEI Nº 8.666, DE 1993.” (grifou-se)

Contudo, deve o operador jurídico ater-se ao disposto na Lei Complementar, cujo teor traz a ressalva de que a exclusividade conferida pelo art. 48 encontra exceções, as quais estão estipuladas aludido art. 49 e serão analisadas em tópico específico.

Conclui-se, do exposto, que as contratações para itens/lotos de até R\$ 80.000,00 devem ser destinadas exclusivamente às pequenas empresas. Ressalte-se, porém, que essa exclusividade não é absoluta, ou seja, tal benefício será afastado quando presente uma das hipóteses contempladas no art. 49 da Lei Complementar. Nesse caso, deverá o órgão ou entidade licitante justificar devidamente os motivos que levaram à não adoção da exclusividade, amoldando-se o caso concreto às situações excepcionais prescritas na legislação.

4. Reserva de cota de 25% em licitações de bens divisíveis

O inciso III do art. 48 da LC 123 determina que em certames para aquisição de **bens de natureza divisível**¹², deverá ser estabelecida cota de até 25% (vinte e cinco

¹¹ SANTANA, Jair Eduardo. *Novo Estatuto da ME e EPP. Lei Complementar 147 de 07 de agosto de 2014: compras públicas e pequenos negócios. Essencialidades e orientações*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 25.

¹² Importante ressaltar que com a nova redação dada a esse dispositivo a hipótese é aplicável apenas para aquisição de bens, e não mais para contratação de serviços: “III - deverá estabelecer, em certames para aquisição de bens de natureza divisível, cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte”.

por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte.

Tal regra tem objetivo semelhante à hipótese anteriormente analisada, qual seja: o de permitir a ampliação do universo de competidores, através do parcelamento do objeto, criando em favor das microempresas e empresas de pequeno porte um acesso mais constante às licitações públicas, nem sempre admitido em função de exigências de habilitação e em decorrência dos grandes quantitativos pretendidos. No entanto, as regras não se confundem, conforme explica o professor José Anacleto:

“Neste caso, não se está diante de uma espécie de licitação exclusiva, como pode *prima facie* parecer. No caso de licitação exclusiva, somente podem dela participar, nos limites da lei, ME e EPP. Na hipótese de cota reservada, na mesma licitação, um percentual de até 25% de objeto divisível é destinado à disputa entre ME e EPP, e o percentual restante de 75% é posto em disputa universal, entre empresas enquadradas como ME e EPP e não enquadradas. Assim, parte do objeto é disputado somente pelas ME e EPP, e para o restante dele a disputa é universal”.¹³

Assim, para aqueles **bens de natureza divisível**, cujo valor ultrapasse R\$ 80.000,00 e seu parcelamento em montantes menores para possibilitar a realização de licitações exclusivas (inciso I) não seja possível, sob a perspectiva técnica e/ou econômica, a Administração deve reservar uma cota de 25% para disputa apenas entre ME e EPP, o que deve ser expressamente previsto em instrumento convocatório.

O percentual de 25% deve ser calculado sobre o quantitativo do objeto, mas no caso de licitação dividida em lotes, tendo em vista que cada lote constitui-se em parte autônoma do processo e independente dos demais, entende-se que o percentual de 25% deve ser calculado sobre o valor do lote e não em face dos itens que o compõem.

Nesse sentido, cita-se o que prevê o Decreto 8.538/2015, que regulamenta a matéria em âmbito federal:

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

Art. 9º Para aplicação dos benefícios previstos nos arts. 6º a 8º:

I - será considerado, para efeitos dos limites de valor estabelecidos, cada item separadamente ou, nas licitações por preço global, o valor estimado para o grupo ou o lote da licitação que deve ser considerado como um único item”.

Em Cartilha editada pelo SEBRAE, direcionada a gestores públicos e elaborada com auxílio do Governo Federal, Tribunais de Contas e outros órgãos envolvidos, tem-se o seguinte exemplo de como viabilizar a divisão do objeto em cotas principal e exclusiva:

“Há duas formas de aplicação do benefício de cotas exclusivo para a MPE.

Para todos, é fundamental que o produto ou serviço seja de natureza divisível.

¹³ SANTOS, José Anacleto Abduch. *Licitações...*, p. 138.

Alternativa 1: Item exclusivo + item para o mercado geral.

Caso um bem seja de natureza divisível e a sua aquisição de fornecedores distintos não acarrete algum prejuízo para a administração pública, faça a divisão em dois lotes.

Por exemplo, compra de papel A4.

Suponha que você deseja comprar 100 resmas de papel A4.

ITEM 1: MERCADO GERAL: 75 RESMAS DE PAPEL A4.

ITEM 2: EXCLUSIVO DE MPE: 25 RESMAS.

Com isso, você amplia a participação, pois todas as empresas que produzam os itens serão beneficiadas.

Nesse caso, existe a possibilidade de o mesmo item possuir dois valores diferentes na contratação final.

Esse é o objetivo da lei. A contratação poderá ser realizada se os itens estiverem abaixo do valor de referência previsto no instrumento convocatório.

Alternativa 2: Itens exclusivos para MPE em 25% do valor de um edital de licitação.

Suponha que você queira comprar 4 itens diferentes. A, B, C e D. Considerando que os itens A+B+C correspondam a 75% do valor e o item D corresponda a 25%, você poderá fazer o item D exclusivo para MPE.

Opte sempre que possível pela alternativa 1, pois amplia a competitividade.

Opte pela alternativa 2 apenas quando a divisibilidade do bem puder acarretar algum prejuízo. Por exemplo, peças de manutenção ou reposição de diferentes fabricantes, quando a contratação visa padronizar um setor ou segmento. Assim cada um dos itens será padronizado, mas, ainda assim, o benefício às MPE terá sido aplicado.

Exemplo: 'Aquisição de leitor óptico para controle de presença em um evento, totem para consulta de informações, computadores e impressoras.'

Vamos supor que as impressoras correspondam a 25% total licitado, então, ela poderia ser um item exclusivo."¹⁴

Nessa situação, "as licitantes ME e EPP podem disputar a cota reservada (disputa a elas restrita) e a cota principal (o remanescente do objeto, excluído o percentual que constituiu a cota reservada)", devendo nesse caso apresentar duas propostas de preço, que podem ser diferentes, e "os licitantes não enquadrados como ME e EPP inicialmente somente disputarão a cota principal".¹⁵

Em decorrência disso, é possível existir dois vencedores no processo (um ganhador da cota reservada e outro da cota principal) praticando preços distintos para o mesmo item, sem que isso se constitua em irregularidade, já que este é o objetivo da norma.

Agora, na hipótese de não haver vencedor para a cota reservada, a Administração poderá adjudicá-la ao ganhador da cota principal ou, diante da sua recusa, aos licitantes remanescentes, desde que pratiquem o preço do primeiro colocado da cota principal, consoante estabelece o § 2º do art. 8º do Decreto

¹⁴ Cartilha do Comprador atualizada e disponível em <http://www.comprasgovernamentais.gov.br/arquivos/micro-e-pequenas-empresas/cartilha-do-comprador-19out2014.pdf>. Acesso em 06.11.2015.

¹⁵ SANTOS, José Anacleto Abduch. *Licitações...*, p. 138.

8.538/2015. E, conforme o § 3º do art. 8º do citado Decreto, se a mesma empresa vencer a cota reservada e a cota principal, a contratação de ambas as cotas deverá ocorrer pelo menor preço.

Não obstante, vale destacar que a análise acerca da viabilidade ou não de a Administração dividir determinado objeto deve ser realizada em face das características habitualmente adotadas pelo mercado fornecedor do bem a ser contratado. É preciso verificar, então, a partir da forma com que o objeto é comercializado no mercado, se este permite a sua divisão em cotas para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte, de nada adiantando a Administração impor condições que venham a frustrar o caráter competitivo do certame licitatório.

Em que pese tratar-se a hipótese de um dever regularmente imposto aos órgãos e entidades sujeitos ao dever de licitar, a exemplo do que ocorre com a situação anteriormente analisada (licitação exclusiva), também a reserva de cota de 25% para participação de pequenas empresas deve respeitar os requisitos esculpidos no art. 49, da Lei Complementar 123/06, que serão analisados posteriormente.

Questão que surge acerca da interpretação deste dispositivo é a seguinte: na hipótese de Sistema de Registro de Preços, no qual a Administração Pública adquire o objeto na medida das suas necessidades e não está obrigada a comprar o quantitativo total estimado em Ata, como deve proceder na hipótese de existirem duas empresas registradas, uma de grande porte e outra pequena, vencedora da cota reservada?

A questão despertou muita celeuma, sendo salutar mencionar a posição de Denise Vilela:

“Temos que alguns alegam que, para respeitar a cota, as requisições usarão todo o quantitativo das microempresas e empresas de pequeno porte e, após o esgotamento, passarão a usar o quantitativo das demais.

Ora, já vimos que o registro de preços não obriga à Administração, que pode usar do registro na quantidade que desejar, quando não comprovada a vantajosidade na utilização.

Então suponha que a Administração não utilize 100% do quantitativo e sim somente 50%.

Requisitando todo o quantitativo da cota reservada de 25% antes da outra cota, neste caso, teria sido garantida para as microempresas e empresas de pequeno porte 50% do quantitativo registrado e não até 25% como determina a lei.

Haveria um desrespeito às demais empresas na sua cota de 75% em detrimento da cota reservada.

Não vemos outra alternativa a não ser prever expressamente no edital, que a garantia terá de estar presente em cada requisição dos bens registrados.

Assim, quando qualquer dos órgãos for efetivar a requisição de bem registrado com previsão de reserva de cota, deverá requisitar o quantitativo estabelecido para cada situação, ou seja, o percentual reservado e registrado para ME e EPP e o percentual da outra empresa, isto do quantitativo total de sua requisição”.¹⁶

A JML Consultoria, porém, perfilha tese diversa entendendo que nesse caso a contratação de micro/pequena empresa deve ser priorizada em razão da própria

¹⁶ VILELA, Denise Maria. *Parecer acerca da cota de até 25% do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte*. RJML 33/37/DEZ/2015.

preferência e finalidades estabelecidas na LC, que, como dito, visam atender a princípio constitucional que impõe tratamento privilegiado a essa.

Assim sendo, deve ser dada preferência para a aquisição de itens registrados na cota reservada, ainda que com preço superior ao da cota principal, com fundamento no próprio mandamento constitucional que prevê o tratamento favorecido às micro e pequenas empresas. Essa, ademais, foi a opção do legislador no âmbito da Administração Federal, consoante art. 7º, § 4º, do Decreto 8.538/15:

“(...) nas licitações por Sistema de Registro de Preço ou por entregas parceladas, o instrumento convocatório deverá prever a periodicidade de aquisição dos produtos das cotas reservadas, ressalvados os casos em que a cota reservada for inadequada para atender as quantidades ou as condições do pedido, justificadamente.”

Por derradeiro, o art. 7º, § 5º, do Decreto 8.538/15 contempla regra de salutar importância, prescrevendo que não se aplica a cota reservada quando os itens ou lotes de licitação possuírem valor estimado de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), tendo em vista a aplicação da licitação exclusiva prevista no art. 8º deste Decreto e no inciso I, do art. 48, da Lei Complementar 123/06. Assim, caso a Administração esteja diante de objetos divisíveis, cujo valor não ultrapasse R\$ 80.000,00, a regra é a licitação exclusiva.

5. Subcontratação de pequenas empresas

A hipótese em tela está prevista no art. 48, inciso II, da Lei Complementar 123/06:

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

(...)

II - **poderá, em relação aos processos licitatórios destinados à aquisição de obras e serviços, exigir dos licitantes a subcontratação de microempresa ou empresa de pequeno porte**”.

Como visto a LC 123 dispõe que a Administração, a fim de incentivar pequenos empreendimentos, pode em seus processos licitatórios destinados à aquisição de obras e serviços, exigir dos participantes (grandes empresas) a subcontratação de microempresa ou empresa de pequeno porte. Ainda, a LC delimita que somente **obras e serviços** podem ser passíveis de subcontratação por micro e pequenas empresas, afastando essa possibilidade para licitações cujo objeto seja fornecimento, exceto quando estiver vinculado à prestação de serviços acessórios (art. 7º, § 2º, do Decreto 8.538/15).

Na esteira das alterações, a Lei não mais restringe o percentual do objeto a ser subcontratado, que antes era de no máximo 30%, cabendo ao edital definir o percentual mínimo e o máximo permitido, sendo vedada a sub-rogação completa ou da parcela principal da contratação (art. 7º, inciso I, Decreto 8.538/15).

Com efeito, a subcontratação prevista na Lei Complementar 123/06 deve respeitar as regras e limites impostos pela Lei 8.666/93, que disciplina o tema em seu art. 72:

“Art. 72. O contratado, na execução do contrato, sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, poderá **subcontratar partes da obra, serviço** ou fornecimento¹⁷, **até o limite admitido, em cada caso, pela Administração.** (....)

Art. 78. Constituem motivo para **rescisão do contrato**: (...)

VI - a **subcontratação total ou parcial do seu objeto**, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial, bem como a fusão, cisão ou incorporação, **não admitidas no edital e no contrato.**” (grifou-se)

Sobre o tema, expõe Jair Santana:

“(...) o fato é que **ao modular o Termo de Referência ou o Projeto Básico (já tomadas providências anteriores a eles), a Administração terá condições (ou não) de determinar a subcontratação compulsória. Pressupõe a hipótese, por certo, que o contratado não seja microempresa ou empresa de pequeno porte e que o objeto comporte a subcontratação cujo regime intrínseco está posto na Lei Nacional de Licitações.**

O diferencial existente na nova norma é em relação ao limite para subcontratação do objeto. A norma anterior estabelecia o limite de 30% do objeto. Na nova redação, não há mais esse limite e **a solução para se saber, na prática, ‘até quanto se pode contratar’ é recorrer ao que já está consagrado na Lei Nacional.**”¹⁸ (grifou-se)

Da interpretação conjunta dos dispositivos transcritos é possível se inferir, portanto, que a Lei de Licitações permite a subcontratação, por parte do contratado, de **parcela não relevante das obrigações contratuais em favor de terceiro, desde que prevista em edital e contrato**, sendo que essa transferência de execução de obrigações deverá ser de acordo com os limites e moldes previamente autorizados pela Administração, que aceitará ou não a subcontratação de parte do objeto, mediante justificativa e juízo de conveniência em face das peculiaridades de cada caso concreto¹⁹.

Porém, o Decreto Federal 8.538/15, no art. 7º, § 4º, proíbe a exigência no instrumento convocatório de subcontratação de itens ou parcelas determinadas ou de empresas específicas, sendo vedadas, à luz do § 6º do mesmo dispositivo legal:

- a) subcontratação das parcelas de maior relevância técnica, definidas no instrumento convocatório;
- b) subcontratação de microempresas ou empresas de pequeno porte que estejam participando da licitação;
- c) subcontratação de microempresas de pequeno porte que tenham um ou mais sócios em comum com a empresa contratante.

Ainda, o Decreto Federal 8.538/15 exige em seu art. 7º, § 1º, que o edital prescreva que a subcontratação não será aplicável quando o licitante for: a) microempresa ou empresa de pequeno porte; b) consórcio formado em sua totalidade por pequenas empresas ou parcialmente por estas, desde que tenham participação

¹⁷ Lembra-se, mais uma vez, que a nova redação da LC 123 delimita que somente **obras e serviços** podem ser passíveis de subcontratação por micro e pequenas empresas.

¹⁸ SANTANA, Jair Eduardo. *Novo Estatuto da ME e EPP. Lei Complementar 147 de 07 de agosto de 2014: compras públicas e pequenos negócios. Essencialidades e orientações*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 26-27.

¹⁹ “Ao decidir pela possibilidade de subcontratação e quais partes do objeto poderão ser subcontratadas, a Administração deve levar em conta práticas usuais adotadas no mercado e o interesse público subjacente à contratação”. BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Licitações e contratos: orientações e jurisprudências do TCU*. 4ª ed. Brasília, 2010, p. 792.

igual ou superior ao percentual exigido pela Administração para subcontratação, porquanto nessas situações o objetivo da lei – fomentar pequenas empresas – já resta atendido.

Da mesma forma, explica José Anacleto Abduch Santos:

“A lei estabelece a possibilidade de se exigir no edital a subcontratação de ME e de EPP no caso de contratação de obras ou de serviços. (...)”

A definição sobre o percentual do objeto suscetível de subcontratação é de competência da Administração Pública.

O percentual da execução destinado à subcontratação de ME e de EPP não pode ensejar violação do princípio licitatório e **tampouco pode haver a subcontratação da totalidade da execução contratual**”.²⁰ (grifou-se)

Uma vez aceita a subcontratação, importante consignar que, de acordo com o entendimento do TCU, deve a Entidade exigir do subcontratado “a apresentação dos documentos de habilitação requisitados na licitação, especialmente quanto à regularidade jurídica, idoneidade fiscal, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira e o cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.”²¹

Essa regra também foi disciplinada no Decreto Federal 8.538/15:

“Art. 7º Nas licitações para contratação de serviços e obras, os órgãos e as entidades contratantes poderão estabelecer, nos instrumentos convocatórios, a exigência de subcontratação de microempresas ou empresas de pequeno porte, sob pena de rescisão contratual, sem prejuízo das sanções legais, determinando: (...)”

II - que as microempresas e as empresas de pequeno porte a serem subcontratadas sejam indicadas e qualificadas pelos licitantes com a descrição dos bens e serviços a serem fornecidos e seus respectivos valores;

III - que, no momento da habilitação e ao longo da vigência contratual, seja apresentada a documentação de regularidade fiscal²² das microempresas e empresas de pequeno porte subcontratadas, sob pena de rescisão, aplicando-se o prazo para regularização previsto no § 1º do art. 4º; (...)

§ 3º O disposto no inciso II do *caput* deverá ser comprovado no momento da aceitação, na hipótese de a modalidade de licitação ser pregão, ou no momento da habilitação, nas demais modalidades, sob pena de desclassificação”.

Tem-se, portanto, nos termos do regulamento federal e de acordo com a lição doutrinária transcrita, que nos procedimentos em que se adotar a subcontratação obrigatória de ME ou EPP deve ser verificado no **momento de habilitação ou de aceitabilidade da proposta (na hipótese de pregão)** se o licitante indicou qual microempresa ou empresa de pequeno porte pretende contratar, apresentando **a documentação necessária da subcontratada** (no mínimo de regularidade fiscal e trabalhista, a qual inclusive deve ser mantida durante toda a execução contratual, sob pena de rescisão do ajuste), bem como no **momento do julgamento da proposta deve**

²⁰ SANTOS, José Anacleto Abduch. *Licitações e o Estatuto da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte*. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2015, p. 133-134.

²¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Licitações e contratos: orientações e jurisprudências do TCU*. 4ª ed. Brasília, 2010, p. 791.

²² Muito embora o Decreto Federal refira-se apenas à regularidade fiscal, esta consultoria defende a necessidade de solicitação de toda documentação de habilitação exigida na licitação.

ser verificado se o licitante de fato previu a subcontratação do objeto dentro do percentual previsto em edital.

Em relação ao pagamento da empresa subcontratada, como regra, no regime da Lei Geral de Licitações não há envolvimento da contratante com a subcontratada, cabendo exclusivamente à licitante contratada responder perante o ente contratante pela execução dos serviços, assim como manter vínculo com a subcontratada e efetuar, em decorrência, os pagamentos eventualmente devidos a esta²³.

Porém, a LC 123/06 criou uma exceção a essa regra, prevendo a possibilidade de os pagamentos serem feitos diretamente à micro ou pequena empresa subcontratada.

José Anacleto Abduch Santos ao interpretar a questão explica que:

“Determina a lei que, no caso de subcontratação de microempresa e empresa de pequeno porte, os empenhos e pagamentos devidos pela Administração contratante poderão ser destinados diretamente às subcontratadas beneficiárias do tratamento diferenciado e simplificado. No regime regular de liquidação de despesa e de pagamento instituído pela lei 4320/64 o empenho é ato que cria obrigação de pagamento. (...) A subcontratação constitui modalidade de relação jurídica prevista no artigo 72 da lei 8666/93. É relação jurídica que se estabelece entre subcontratante e subcontratado, sem intervenção da Administração Pública (ressalvados a edição de atos normativos destinados estabelecer os limites da subcontratação no edital, bem como a edição de atos ou a prática de condutas administrativas destinadas a assegurar a melhor execução do objeto do contrato). (...) **Desta feita, pelo regime da lei de licitações, o subcontratado somente poderá demandar seus créditos decorrentes da execução do objeto contratado em favor do Poder Público diretamente do subcontratante.**

A norma complementar inova neste aspecto, e autoriza o ingresso administrativo nesta seara da subcontratação, com a pretensão de evitar prejuízos financeiros ao subcontratado enquadrado como microempresa ou empresa de pequeno porte decorrente de inadimplência por parte do subcontratante (caso, por exemplo, do subcontratante receber os valores a que faz jus do contratante público, e não proceder o repasse do valor devido ao subcontratado).

Uma vez prevista no instrumento convocatório, poderá ocorrer a subcontratação por parte do contratado, nos limites admitidos pela Administração. **Pela sistemática da lei complementar 123/2006, fica facultada a constituição de uma relação jurídica direta entre a Administração contratante e o subcontratado enquadrado como microempresa ou empresa de pequeno porte, que poderá ser beneficiário direto de empenhos ou de pagamentos devidos pelo Poder Público, o que seguramente constitui uma vantagem econômica considerável.**”²⁴ (grifou-se)

Conclui-se, portanto, que segundo o regime imposto pela LC 123, os pagamentos devidos à micro ou pequena empresa subcontratada poderá ser realizado diretamente pela Entidade, mediante a emissão de empenho em nome desta, com fundamento no contrato firmado com a grande empresa vencedora do certame (que então deverá conter disposição a respeito) e conforme valores previamente indicados em sua proposta, cabendo, nesse caso, a subcontratada emitir a nota fiscal própria referente à execução da parcela que lhe foi destinada.

²³ “É ilegal a realização obrigatória de licitação na subcontratação entre contratado e subcontratante, uma vez que não se pode atribuir à subcontratação todos os atributos da contratação administrativa, ainda que sobre o instituto recaiam regras do Direito Administrativo. Os subcontratados não respondem pelos serviços perante a Administração (exceto por danos causados) e não são pagos por ela.” (TCU. Acórdão 3136/2014. Plenário)

²⁴ SANTOS, José Anacleto Abduch. *Licitações...*, p. 139-140.

6. Regras contidas no art. 49 da Lei Complementar 123/06

O art. 49 prevê algumas limitações ao tratamento disciplinado nos artigos 47 e 48, informando que estes não se aplicam quando:

“I - (Revogado); *(Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014)*

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

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

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

O disposto no inciso II pode gerar muita controvérsia, uma vez que se refere a três fornecedores sediados local ou regionalmente capazes de cumprir as exigências do edital, ou seja, três micro ou pequenas empresas em condições de competir na licitação. Portanto, adotando-se interpretação literal do dispositivo, não basta a existência no mercado de três pequenas empresas, é imprescindível que estas tenham condições de concorrerem no certame, atendendo as condições impostas pela Administração.

Precisas são as críticas de José Anacleto Abduch Santos:

“De acordo com a norma em exame, dois são os requisitos para a adoção dos mecanismos de favorecimento previsto no art. 48: (i) haver um mínimo de três ME ou EPP sediadas local ou regionalmente; (ii) estas empresas devem ser capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório.

(...) afirma-se que não é possível de antemão, ao menos como regra geral, concluir sobre quais ME e EPP sediadas local ou regionalmente são capazes de atender as exigências previstas no instrumento convocatório. Parece evidente e lógico que apenas quando da licitação, após a apresentação dos documentos e das propostas, poderá a Administração Pública aferir sobre a possibilidade de cumprimento dos requisitos e exigências formulados no instrumento convocatório.

Deve-se interpretar a norma em exame no sentido de que a Administração Pública, ao elaborar o instrumento convocatório e eleger as exigências no que tange à qualidade do objeto e aos requisitos subjetivos (de habilitação), deverá fazê-lo de modo a evitar a previsão de requisitos que possam de plano afastar ou dificultar a participação de ME e EPP sediadas local ou regionalmente.”²⁵

Questão interessante pertine ao conceito de local ou região. O tema foi disciplinado no Decreto Federal 8.538/15:

“Art. 1º. (...)

§ 2º Para efeitos deste Decreto, considera-se:

²⁵ SANTOS, José Anacleto Abduch. *Licitações e o Estatuto da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte*. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2015, p. 146.

I - âmbito local - limites geográficos do Município onde será executado o objeto da contratação;

II - âmbito regional - limites geográficos do Estado ou da região metropolitana, que podem envolver mesorregiões ou microrregiões, conforme definido pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE; e (...)

§ 3º Admite-se a adoção de outro critério de definição de âmbito local e regional, justificadamente, em edital, desde que previsto em regulamento específico do órgão ou entidade contratante e que atenda aos objetivos previstos no art. 1º.”

O inciso III prevê a não realização da licitação diferenciada quando não for vantajoso para a Administração, ou quando tal resultar em prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado, fato esse que, por óbvio, deverá ser devidamente motivado no processo respectivo. Essa hipótese se justifica, na medida em que a restrição do universo de licitantes a pequenas e microempresas deve ser compatível com o interesse público tutelado pela entidade pública.

O Decreto 8.538/15 teve a preocupação de definir o que se entende por desvantajosidade no parágrafo único do art. 10:

“Art. 10. (...)

Parágrafo único. Para o disposto no inciso II do *caput*, considera-se não vantajosa a contratação quando:

I - resultar em preço superior ao valor estabelecido como referência; ou

II - a natureza do bem, serviço ou obra for incompatível com a aplicação dos benefícios”.

Por derradeiro, determina o inciso IV que, nos casos de dispensa e inexistência de licitação, não se aplicam as disposições referentes ao tratamento diferenciado, justamente pelo fato de que não haverá licitação. O dispositivo excepcionou apenas as contratações diretas em razão do valor, as quais devem ser destinadas, como regra, preferencialmente à participação de pequenas empresas. E, para tanto, a Administração deverá utilizar-se do mesmo mecanismo previsto no inc. I do art. 48 da LC 123/2006, devendo, assim, a contratação direta por dispensa de licitação fundamentada no art. 24, incs. I e II, da Lei 8.666/93, ser realizada exclusivamente com micro e pequenas empresas.

José Anacleto Abduch Santos tece críticas a respeito da redação do dispositivo em análise e opina sobre a solução mais adequada:

“Foi extremamente infeliz o legislador, misturando institutos jurídicos diversos e inconfundíveis.

A contratação direta em razão do valor constitui outorga legislativa para que o administrador público deixe de instaurar processo de licitação a partir de uma relação econômica de custo benefício. Pode-se deixar de licitar porque parte-se da premissa de que o custo da licitação superaria ou se tornaria muito significativo diante do baixo valor do objeto que se pretende contratar.

O artigo 48, I, prevê o dever de instaurar licitação exclusiva para a participação de ME e EPP quando o objeto da disputa for de valor até R\$ 80.000,00. Assim, a norma preconiza literalmente que nos casos em que o objeto tiver valor de até R\$ 8.000,00 (para a contratação de compras e de serviços) e até R\$ 15.000,00 (para contratação de obras e serviços de engenharia), a Administração Pública deverá realizar licitação exclusiva para ME e EPP.

Não há sentido lógico-jurídica válido para a norma. (...)

As ME e EPP já têm direito assegurado às licitações exclusivas quando o objeto tiver valor de até R\$ 80.000,00. E a Administração Pública já pode contratar sem a realização de licitação nos casos versados no art. 24, I e II, da Lei 8.666/93.

A melhor interpretação para o dispositivo é no sentido de fixar que, quando das contratações diretas em razão do valor, a Administração Pública deverá dar preferência para as ME e EPP. A norma é de evidente cunho programático.

Se o caso é o de contratação direta, não há que se cogitar de licitação exclusiva, mas de contratação direta!

Tal preferência, contudo, não afasta o dever de a Administração Pública realizar contratações eficientes e que efetivamente atendam a necessidade pública.

É preciso, pois, análise criteriosa quando da contratação direta em razão do valor. (...)

Se o objeto da contratação, em razão de suas peculiares características técnicas, for compatível com o mercado concorrência das ME e EPP, a contratação direta poderá ocorrer sem problemas. Contudo, a depender da complexidade técnica do objeto, a Administração Pública deverá contratar diretamente a pessoa, física ou jurídica, que melhor condições detenha para executá-lo.

Assim, a preferência para a contratação direta de ME e EPP deverá levar em conta o objeto da contratação e a capacidade técnica necessária para a satisfação da necessidade administrativa.”²⁶ (grifou-se)

Jair Santana, por sua vez, destaca que “as aquisições de pequeno valor representam considerável número no Setor Público e agora há determinação para que sejam feitas junto às pequenas empresas e empresas de pequeno porte”²⁷.

Portanto, pode-se vislumbrar, a partir de uma interpretação lógico-sistemática da LC 123/2006, que na hipótese de enquadramento da contratação na dispensa em razão do valor (artigo 24, incs. I e II, da Lei 8.666/93), cabe ao ente da Administração realizar a contratação **preferencialmente** de microempresas ou empresas de pequeno porte, assim devidamente enquadradas. Nessa hipótese, portanto, o procedimento formal de contratação direta instaurado deve ser direcionado para a contratação de ME ou EPP.

Contudo, se presente alguma das exceções à regra do tratamento diferenciado e favorecido dispostas no art. 49, incs. II e III, da LC 123/2006, quais sejam, não houver no mínimo três fornecedores sediados local ou regionalmente em condições de cumprir as exigências estabelecidas pela Administração, ou não for vantajoso para a Administração ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado, está autorizado o órgão ou entidade a realizar a contratação com outras empresas não enquadradas como ME ou EPP, realizando o procedimento de modo aberto.

Nesse sentido, estabelece o art. 10 do Decreto 8.538/2015:

“Art. 10. Não se aplica o disposto nos art. 6º ao art. 8º quando:

²⁶ SANTOS, José Anacleto Abduch. *Licitações...*, p. 151-152.

²⁷ SANTANA, Jair. *Novo estatuto da ME e EPP. Lei Complementar nº 147 de 7 de agosto de 2014. Essencialidades e Orientações*. Disponível em: <http://www.jairsantana.com.br/wp-content/uploads/2014/09/cartilha_estatuto_27_08_red.pdf>

I - não houver o mínimo de 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;

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

III - a licitação for dispensável ou inexigível, nos termos dos arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666, de 1993, excetuadas as dispensas tratadas pelos incisos I e II do caput do referido art. 24, nas quais a compra deverá ser feita preferencialmente por microempresas e empresas de pequeno porte, observados, no que couber, os incisos I, II e IV do caput deste artigo; ou

IV - o tratamento diferenciado e simplificado não for capaz de alcançar, justificadamente, pelo menos um dos objetivos previstos no art. 1º.” (grifou-se)

Para tanto, deve a Administração apresentar as justificativas técnicas e jurídicas de modo adequado no processo, demonstrando, sobretudo, a inviabilidade da contratação da micro ou pequena empresa.

7. Preferência às pequenas empresas sediadas local ou regionalmente

A situação em voga está disciplinada no art. 48, § 3º, da Lei Complementar 123/06:

“Art. 48 (...)

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

(grifou-se)

Ao comentar esse dispositivo legal, Jair Santana aduz que:

“Um novo benefício material foi introduzido no pacote de prerrogativas conferidas às micro e pequenas empresas: passa a ser possível ‘pagar-se mais’ na localidade e na região até o limite de 10% (dez por cento).

A regra pode parecer estranha ao primeiro olhar. Mas estamos falando, antes de tudo, da materialização de políticas públicas onde o poder de compra governamental deve ser utilizado para gerar renda, emprego e melhor distribuir as riquezas numa cidade ou numa região.

O raciocínio que pode ajudar a entender a justiça da medida é bem simples.

O cidadão é, não raro, contribuinte e participa da formação das receitas públicas utilizadas em seu próprio benefício. E com muito sentido na sua localidade e na sua região, da qual ele é usuário constante de serviços e de utilidades públicas prestadas ou postas à sua disposição.

O Poder Público, nessa linha, demanda por suprimentos para materializar suas atividades finalísticas e dar retorno ao cidadão – contribuinte.

Correto, portanto, que a própria localidade (empresas locais e regionais) tenha a oportunidade de prover o Poder Público com suas demandas e não ‘exporte’ recursos ali originados.

A permanência de tais recursos circulando nessa região é, em tal ciclo, apenas um embrião da sustentabilidade econômica e social.

Pagar mais, mediante justificativas, é privilegiar o mercado local.

Antecipamos nossa preocupação no bom uso dessa ferramenta porque distorções vitandas podem acontecer e, em acontecendo, acabarão por desconfigurar por completo o ideal legislativo”.²⁸ (grifou-se)

Destarte, poderá²⁹ a Administração, se previsto no instrumento convocatório e devidamente justificado, dar preferência às pequenas empresas sediadas local ou regionalmente, nas hipóteses previstas no art. 48, da Lei Complementar, desde que o valor cotado pela pequena empresa não seja superior a 10% superior ao menor valor apresentado. Essa regra suscitou críticas da doutrina, por conduzir a contratações mais onerosas. Visando resolver tal problemática, o Decreto Federal 8.538/15, em seu art. 9º, estabeleceu o seguinte procedimento:

“Art. 9º Para aplicação dos benefícios previstos nos arts. 6º a 8º: (...)

II - poderá ser concedida, justificadamente, prioridade de contratação de microempresas e empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente, até o limite de dez por cento do melhor preço válido, nos seguintes termos:

a) aplica-se o disposto neste inciso nas situações em que as ofertas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente sejam iguais ou até dez por cento superiores ao menor preço;

b) a microempresa ou a empresa de pequeno porte sediada local ou regionalmente melhor classificada poderá apresentar proposta de preço inferior àquela considerada vencedora da licitação, situação em que será adjudicado o objeto em seu favor;

c) na hipótese da não contratação da microempresa ou da empresa de pequeno porte sediada local ou regionalmente com base na alínea “b”, serão convocadas as remanescentes que porventura se enquadrem na situação da alínea “a”, na ordem classificatória, para o exercício do mesmo direito;

d) no caso de equivalência dos valores apresentados pelas microempresas e empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente, será realizado sorteio entre elas para que se identifique aquela que primeiro poderá apresentar melhor oferta;

e) nas licitações a que se refere o art. 8º, a prioridade será aplicada apenas na cota reservada para contratação exclusiva de microempresas e empresas de pequeno porte;

f) nas licitações com exigência de subcontratação, a prioridade de contratação prevista neste inciso somente será aplicada se o licitante for microempresa ou empresa de pequeno porte sediada local ou regionalmente ou for um consórcio ou uma sociedade de propósito específico formada exclusivamente por microempresas e empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente;

g) quando houver propostas beneficiadas com as margens de preferência para produto nacional em relação ao produto estrangeiro previstas no art. 3º da Lei nº 8.666, de 1993, a prioridade de contratação prevista neste artigo será aplicada exclusivamente entre as propostas que fizerem jus às margens de preferência, de acordo com os Decretos de aplicação das margens de preferência, observado o limite de vinte e cinco por cento estabelecido pela Lei nº 8.666, de 1993; e

h) a aplicação do benefício previsto neste inciso e do percentual da prioridade adotado, limitado a dez por cento, deverá ser motivada, nos termos dos arts. 47 e 48, § 3º, da Lei Complementar nº 123, de 2006”. (grifou-se)

²⁸ SANTANA, Jair. *Novo estatuto...*, p. 31-32.

²⁹ A redação do dispositivo indica que essa é uma faculdade da Administração, a qual poderá empregá-la se entender, face o caso concreto e diante dos demais princípios aplicáveis à atividade administrativa, por sua conveniência e oportunidade.

Outrossim, quando a situação envolver duas micro ou pequenas empresas sediadas local ou regionalmente com preços distintos, ou seja, se o preço de uma ou de outra para um mesmo item for menor, não há que se cogitar em aplicar algum tipo de preferência, dado que às duas deve ser dispensado o mesmo tratamento, não restando outra alternativa senão contratar, por primeiro, pelo menor preço, em função dos princípios aplicáveis à licitação.

Por derradeiro, por segurança jurídica e para o adequado desenvolvimento do processo licitatório, todas essas questões devem ser disciplinadas no instrumento convocatório, evitando questionamentos ou até mesmo disputas judiciais, que possam atrasar e/ou impedir a consecução das atividades administrativas.