

LICITAÇÃO. PARTICIPAÇÃO DE PESSOAS FÍSICAS, MEI E EIRELI.

Vedação à participação de pessoas físicas, MEI e EIRELI em licitações

Por JML Consultoria¹

Questão que sempre surge em treinamentos e na consultoria da JML é a seguinte: é possível proibir a participação em licitações de pessoas físicas, MEI (microempreendedor individual) e EIRELI (empresa individual de responsabilidade limitada)?

Já de plano, importa frisar que a legislação aplicável às licitações e contratações diretas (Regulamento de Licitações e Contratos do Sistema S e Lei 8.666/93) não proíbem a participação de pessoas físicas. Essa possibilidade deve ser analisada à luz das especificações do objeto. Em suma, tem-se que, na descrição do objeto, deve-se ponderar o atendimento satisfatório das necessidades do Serviço Social Autônomo, o que requer a especificação no edital dos requisitos mínimos indispensáveis à prestação dos serviços almejados, e o respeito à isonomia, que proíbe a restrição imotivada. Dessa feita, qualquer exigência que possa restringir a participação deve vir acompanhada de justificativa plausível, apta a comprovar a sua necessidade para a consecução do interesse público.

E, ao definir o objeto e as demais condições da contratação, já delimita a Entidade quem pode executá-lo.

Assim é que podendo o objeto ser executado por pessoa física e pessoa jurídica não poderá ser impedida a participação de uma ou de outra²⁻³. Ao contrário, deverá o edital admitir a participação de ambas, evidenciando que o procedimento destina-se a todos aqueles que atenderem as condições pré-fixadas, sejam eles pessoas físicas ou jurídicas.

Portanto, se na fase interna verificar-se, em face das especificações mínimas do objeto a ser contratado e das condições de sua execução, devidamente justificadas, que o mesmo pode ser prestado tanto por pessoa física como jurídica, deve o edital permitir aludida participação e disciplinar os requisitos para cada qual.

Ainda que seja justificável a preocupação com a participação de pessoa física – risco de vínculo empregatício – isso por si só não respalda tal vedação, quando o objeto puder ser adequadamente executado por pessoa física, porquanto existem várias cautelas que, se bem adotadas, minimizam esse risco (que, ademais, também existe na contratação de pessoa jurídica, porquanto a execução se dá pela pessoa física que a representa). Dessa feita, para minimizar o risco trabalhista, é de suma importância a adequada fiscalização contratual, a fim de afastar as características do contrato de trabalho: subordinação, habitualidade, hierarquia, etc.

¹ Texto elaborado pelas Consultoras: Ana Carolina Coura Vicente Machado; Julieta Mendes Lopes Vareschini; Nyura Disconzi da Silva.

² Somente se houver justificativa adequada e plausível, bem como condição ou especificação que afaste alguma delas, é que poderá haver impedimento à participação, pois, por força de determinação constitucional, só se admite exigências essenciais à execução do objeto (art. 37, XXI, *in fine*), sendo vedadas condições irrelevantes, impertinentes, ou que restrinjam ou frustrem o caráter competitivo da licitação (art. 3º, § 1º, I, da Lei nº 8.666/93).

³ Conforme pondera Marçal Justen Filho: “Quando viável a execução das prestações através de pessoa física, a habilitação jurídica será comprovada através da cédula de identidade”. JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 16. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 550.

Inclusive, a extinta Controladoria-Geral da União - CGU⁴ já orientou as entidades do Sistema S a adotar o credenciamento, por exemplo, para a prestação de serviços de consultoria e de instrutoria destinados ao atendimento de seu público alvo, reconhecendo a participação de pessoas físicas e jurídicas:

“12. Como devem ser as contratações de pessoas físicas e jurídicas para prestação de serviços profissionais de consultoria?”

A contratação de pessoas físicas e jurídicas para prestação de serviços profissionais de consultoria deve ser amparada em norma editada pelas entidades do Sistema “S” que discipline o cadastramento e o credenciamento, o que evita expô-las aos riscos e fragilidades comuns nessas contratações.

A norma objetiva sistematizar a gestão de consultores terceirizados, padronizando os procedimentos de acordo com os preceitos legais e exigências técnicas, assegurando padrões de desempenho e minimizando os riscos de inconformidades jurídicas. Ela deve discriminar as etapas de captação, seleção, contratação, cadastramento, capacitação e avaliação. Esses fatores são fundamentais para a definição do profissional a ser contratado, tendo em vista a expectativa de qualidade da prestação de serviços junto aos clientes.

No entanto, caso a contratação não tenha respaldo para ser realizada via essas normas específicas, a mesma deve ser realizada com base no Regulamento de Licitações e Contratos das entidades do Sistema “S”.

Para as unidades do Sistema SEBRAE, **a contratação de pessoas físicas e jurídicas para prestação de serviços profissionais de consultoria, e também de instrutoria, deve ser realizada com base no seu Regulamento de Gestão de Serviços de Instrutoria e Consultoria, que disciplina o cadastramento e o credenciamento de consultores e instrutores do Sistema SEBRAE**.⁵ (grifou-se)

O mesmo raciocínio se aplica ao microempreendedor individual. Com efeito, a Lei Complementar 123/06, com a alteração promovida pela Lei Complementar 128/08, criou a figura do microempreendedor individual, assim considerado o empresário individual a que se refere o art. 966 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, que tenha auferido receita bruta, no ano-calendário anterior, de até R\$ 60.000,00 e que seja optante pelo Simples Nacional.

Segue o texto legal:

“Art. 18-A. O Microempreendedor Individual - MEI poderá optar pelo recolhimento dos impostos e contribuições abrangidos pelo Simples Nacional em valores fixos mensais, independentemente da receita bruta por ele auferida no mês, na forma prevista neste artigo.

§ 1º Para os efeitos desta Lei Complementar, considera-se MEI o empresário individual a que se refere o art. 966 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), que tenha auferido receita bruta, no ano-calendário anterior, de até R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais), optante pelo Simples Nacional e que não esteja impedido de optar pela sistemática prevista neste artigo.”

⁴ Atual Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União.

⁵ CGU. Entendimentos do Controle Interno Federal sobre a Gestão dos Recursos das Entidades do Sistema “S”, 2013.

A Resolução do Comitê Gestor do Simples Nacional⁶ n° 94⁷, regulamentando a matéria, em seu art. 91 fixou mais alguns requisitos para o enquadramento legal do empresário como Microempreendedor Individual, assim dispendo:

“Art. 91. Considera-se Microempreendedor Individual - MEI o empresário a que se refere o art. 966 da Lei n° 10.406, de 2002, optante pelo Simples Nacional, que tenha auferido receita bruta acumulada nos anos-calendário anterior e em curso de até R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) e que: (Lei Complementar n° 123, de 2006, art. 18-A, § 1° e § 7°, inciso III)

I - **exerça tão-somente as atividades constantes do Anexo XIII** desta Resolução; (Lei Complementar n° 123, de 2006, art. 18-A, §§ 4°-B e 17)

II - possua um único estabelecimento; (Lei Complementar n° 123, de 2006, art. 18-A, § 4°, inciso II)

III - não participe de outra empresa como titular, sócio ou administrador; (Lei Complementar n° 123, de 2006, art. 18-A, § 4°, inciso III)

IV - não contrate mais de um empregado, observado o disposto no art. 96. (Lei Complementar n° 123, de 2006, art. 18-C)

§ 1° No caso de início de atividade, o limite de que trata o caput será de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) multiplicados pelo número de meses compreendidos entre o mês de início de atividade e o final do respectivo ano-calendário, consideradas as frações de meses como um mês inteiro. (Lei Complementar n° 123, de 2006, art. 18-A, § 2°)

§ 2° Observadas as demais condições deste artigo, e para efeito do disposto no inciso I do caput, poderá enquadrar-se como MEI o empresário individual que exerça atividade de comercialização e processamento de produtos de natureza extrativista. (Lei Complementar n° 123, de 2006, art. 18-A, § 4°-A)” (grifou-se)

Referidos artigos do Código Civil acerca de empresário citados na norma, determinam que:

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

Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce 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.

Art. 967. **É obrigatória a inscrição do empresário no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, antes do início de sua atividade.**

Art. 968. A inscrição do empresário far-se-á mediante requerimento que contenha:

I - o seu nome, nacionalidade, domicílio, estado civil e, se casado, o regime de bens;

II - a firma, com a respectiva assinatura autógrafa;

⁶ Órgão criado pela Lei Complementar 123 com o objetivo de regular e disciplinar vários temas pertinentes à matéria.

⁷ Disponível em <http://www.receita.fazenda.gov.br>

III - o capital;

IV - o objeto e a sede da empresa.” (grifou-se).

Portanto, além do limite ao faturamento anual de R\$ 60.000,00 que deve ser observado, não pode o MEI ter participação em outra empresa como sócio ou titular. E, também, somente é permitida a contratação de um único empregado e que este receba salário mínimo ou piso da categoria. Por fim, **somente pode se enquadrar na condição de MEI se permitida a atividade do empreendedor para tal fim.**

Então, considerando a legislação acima citada, é possível que um microempreendedor individual – MEI participe de licitações, desde que o objeto seja compatível com as atividades desenvolvidas por essa categoria empresarial, as quais constam no Anexo XIII da Resolução 94/CGSN.⁸

Objetos complexos, que demandem para sua execução uma estrutura mínima (funcionários, instalações e equipamentos), capital social mínimo, que não se amoldam com a realidade de um empresário individual, por exemplo, em face das exigências necessárias, podem inviabilizar a participação deste no procedimento, do mesmo modo que ocorre com as pessoas físicas, que poderão ser afastadas do certame em face do não atendimento das condições mínimas regularmente impostas.

Por outro lado, se a complexidade do objeto for compatível com o regime jurídico aplicável aos microempresários individuais, a eles será permitido participar do procedimento, sendo ilegal vedação nesse sentido.

Portanto, é perante o objeto que se define se é possível ou não a participação de MEI, à luz da legislação citada anteriormente. Tanto é assim que a própria Lei Complementar 123/06 estendeu ao MEI os mesmos benefícios previstos neste diploma legal para as microempresas e empresas de pequeno porte, a exemplo do tratamento diferenciado nas licitações:

“Art. 18-E. O instituto do MEI é uma política pública que tem por objetivo a formalização de pequenos empreendimentos e a inclusão social e previdenciária. (Incluído pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

§ 1º A formalização de MEI não tem caráter eminentemente econômico ou fiscal. (Incluído pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

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

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

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

Quanto à Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI), nos termos do art. 44 do Código Civil Brasileiro, esta é considerada pessoa jurídica de direito privado:

⁸ Disponível para consulta em: <http://www.portaldoempreendedor.gov.br/mei-microempreendedor-individual/atividades-permitidas>

“Art. 44. São pessoas jurídicas de direito privado:

I - as associações;

II - as sociedades;

III - as fundações.

IV - as organizações religiosas; (Incluído pela Lei nº 10.825, de 22.12.2003)

V - os partidos políticos. (Incluído pela Lei nº 10.825, de 22.12.2003)

VI - as empresas individuais de responsabilidade limitada (Incluído pela Lei nº 12.441, de 2011) (Grifou-se)

Referida categoria foi criada para evitar a figura do sócio fictício, muito comum nas sociedades limitadas, apenas para atender a exigência de que a sociedade possuísse, no mínimo, dois sócios.

O art. 980-A do Código Civil contempla os requisitos para a constituição da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada:

“Art. 980-A. A empresa individual de responsabilidade limitada será constituída por uma única pessoa titular da totalidade do capital social, devidamente integralizado, que não será inferior a 100 (cem) vezes o maior salário-mínimo vigente no País.

§ 1º O nome empresarial deverá ser formado pela inclusão da expressão "EIRELI" após a firma ou a denominação social da empresa individual de responsabilidade limitada.

§ 2º A pessoa natural que constituir empresa individual de responsabilidade limitada somente poderá figurar em uma única empresa dessa modalidade.

§ 3º A empresa individual de responsabilidade limitada também poderá resultar da concentração das quotas de outra modalidade societária num único sócio, independentemente das razões que motivaram tal concentração.

§ 4º (VETADO).

§ 5º Poderá ser atribuída à empresa individual de responsabilidade limitada constituída para a **prestação de serviços de qualquer natureza** a remuneração decorrente da cessão de direitos patrimoniais de autor ou de imagem, nome, marca ou voz de que seja detentor o titular da pessoa jurídica, vinculados à atividade profissional.

§ 6º Aplicam-se à empresa individual de responsabilidade limitada, no que couber, as regras previstas para as sociedades limitadas”.

Inferre-se que a EIRELI pode prestar serviços de qualquer natureza, desde que atendidos os requisitos do dispositivo anteriormente citado, razão pela qual não se vislumbra a possibilidade de proibir sua participação em licitações.

Por derradeiro, cumpre frisar que a terceirização de serviços – tanto de pessoas físicas quanto jurídicas – sempre traz um risco de responsabilização na Justiça do Trabalho. Porém, esse risco, por si só, não pode ser utilizado como justificativa para excluir determinada categoria da licitação. As cautelas, para minimizar tais riscos, envolvem a fiscalização adequada do ajuste e a exclusão da prestação dos serviços das características da relação de trabalho (subordinação, hierarquia, habitualidade, onerosidade, etc.), consoante pontuado.