

MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE. LICITAÇÕES EXCLUSIVAS E COM COTA RESERVADA. LEI COMPLEMENTAR Nº 123/2006.

Por JML Consultoria¹

A Lei Complementar 123/2006 foi editada em consonância com mandamento constitucional que prevê o tratamento diferenciado e favorecido destinado às microempresas e empresas de pequeno porte (ME e EPP), que se consubstancia em **princípio geral orientador da ordem econômica**, objetivamente delineado nos arts. 170, inc. IX e 179, da Constituição Federal de 1988, que, visando incentivar os empreendimentos nacionais desse porte, prevê a simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias².

Para dar maior efetividade às disposições constantes na LC nº 123/2006, bem como concretizar as políticas delineadas no texto constitucional, a partir da edição da **Lei Complementar nº 147, de 07 de agosto de 2014**, foram realizadas importantes alterações em sua redação legal³ destacando-se, dentre elas, a **obrigatoriedade**⁴ de a Administração Pública conferir o tratamento diferenciado e favorecido às micro e pequenas empresas nas licitações públicas com o fim de promover o desenvolvimento econômico e social, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica **através da implementação das medidas descritas no art. 48 da LC nº 123/2006**, nos seguintes termos:

“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)

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

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);

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;

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.**

§ 1º (Revogado).

¹ Texto elaborado pelas consultoras Ana Carolina Coura Vicente Machado e Julieta Mendes Lopes Vareschini.

² CF/88 - Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

IX - **tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.**

(...)

Art. 179. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, **assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.** (grifou-se)

³ A respeito do tema, recomenda-se a leitura de matéria publicada na Revista JML de Licitações e Contratos nº 34, de março de 2015, seção “Síntese Jurídica”, que sinteticamente analisou todas as alterações promovidas pela Lei Complementar nº 147/2014 no âmbito das licitações públicas.

⁴ Anteriormente a concessão de tais benefícios às ME e EPP era uma mera **faculdade** conferida à Administração Pública.

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

§ 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)

Sobre a hipótese prevista no inc. I do art. 48 da LC nº 123/2006, destaca-se que nas licitações onde o objeto pode/deve ser parcelado com vistas à ampliação da competitividade, nos moldes do que determina a Lei nº 8.666/93⁵ e recomenda o Tribunal de Contas da União⁶, esse regramento deve ser observado em relação a cada item (ou lote⁷) especificamente. Ou seja, nos itens da contratação cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) a Administração deve realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte.

Exemplificando, para uma melhor compreensão: se a Administração pretende adquirir cadeiras, mesas e armários e o valor orçado para as cadeiras for inferior a R\$ 80.000,00, a estas deve ser aplicada a regra do art. 48, I, da LC 123, destinando-as, portanto, à licitação com disputa exclusiva entre ME e EPP.

Já para os itens que ultrapassam oitenta mil reais (sendo estes relativos a bens de natureza divisível, mas que não possam – justificadamente – ser parcelados em montantes menores para possibilitar a realização de licitações exclusivas, em face de inviabilidade técnica e/ou econômica⁸⁻⁹),

⁵ Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão:

(...)

IV - ser subdivididas em tantas parcelas quantas necessárias para aproveitar as peculiaridades do mercado, visando economicidade;

(...)

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

(...)

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

⁶ Súmula 247/TCU: “**É obrigatória a admissão da adjudicação por item** e não por preço global, nos editais das licitações para a contratação de obras, serviços, compras e alienações, **cujo objeto seja divisível, desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo ou perda de economia de escala, tendo em vista o objetivo de propiciar a ampla participação de licitantes** que, embora não dispondo de capacidade para a execução, fornecimento ou aquisição da totalidade do objeto, possam fazê-lo com relação a itens ou unidades autônomas, devendo as exigências de habilitação adequar-se a essa divisibilidade.” (grifou-se)

⁷ O agrupamento de itens em lotes deve ser visto como alternativa excepcional e desde que existente justificativa plausível e amparada por estudos e pesquisas realizados na fase interna da licitação, que demonstrem que essa é a opção mais vantajosa, do ponto de vista técnico e econômico. Nesse sentido, a orientação do TCU: “Licitação em lotes ou grupos, como se itens fossem, deve ser vista com cautela pelo agente público, porque pode afastar licitantes que não possam habilitar-se a fornecer a totalidade dos itens especificados nos lotes ou grupos, com prejuízo para a Administração. Em princípio, essa divisão só se justifica quando o lote ou grupo for constituído de vários itens para um só local ou ambiente. Por exemplo: compra de móveis, em que todos os itens constantes do lote ou grupo, destinados a um determinado ambiente, devem ser adquiridos de uma só empresa, de forma a manter idêntico estilo, modelo, design etc.” BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Licitações e contratos: orientações e jurisprudência do TCU*. 4. ed. rev., atual. e ampl. – Brasília: TCU, Secretaria-Geral da Presidência; Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010, p. 239.

⁸ A respeito, assevera Jair Santana: “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.” SANTANA, Jair. *Novo estatuto da ME e EPP. Lei Complementar n.º 147 de 7 de agosto de 2014. Essencialidades e Orientações.*, Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 25.

⁹ Da mesma forma, pondera José Anacleto Abduch Santos: “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 tornar 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

deve ser aplicado o inc. III do art. 48 da LC 123/2006, o qual determina que em certames para aquisição de bens¹⁰ de natureza divisível, deverá ser estabelecida cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte.

O objeto precípua desta regra também é o de permitir a ampliação do universo de competidores, criando em favor das micro e pequenas empresas um acesso mais constante às licitações públicas, nem sempre admitido em função de exigências de habilitação e em decorrência dos grandes quantitativos pretendidos.

Voltando ao exemplo anterior, na aquisição de cadeiras, mesas e armários, onde esses dois últimos possuem valor superior a 80 mil reais, deve ser estabelecida, para cada um deles, cota reservada para as ME e EPP, nos termos da lei.

Logo, a regra do art. 48, III, não se confunde com a hipótese prevista no art. 48, I, consoante bem explica José Anacleto Abduch Santos:

“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.”¹¹

Mesma conclusão se depreende da leitura do Decreto 8.538/2015, que regulamenta a LC 123/2006 no âmbito da Administração Pública 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.

§ 1º O disposto neste artigo não impede a contratação das microempresas ou das empresas de pequeno porte na totalidade do objeto.

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

§ 3º Se a mesma empresa vencer a cota reservada e a cota principal, a contratação das cotas deverá ocorrer pelo menor preço.

§ 4º Nas licitações por Sistema de Registro de Preço ou por entregas parceladas, o instrumento convocatório deverá prever a prioridade 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.

§ 5º Não se aplica o benefício disposto neste artigo quando os itens ou os 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. 6º.” (grifou-se)

As regras dos incisos I e III, portanto, são distintas e não se aplicam conjuntamente. Para os bens de natureza divisível, cujo valor ultrapasse R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) e o seu parcelamento em montantes menores para possibilitar a realização de licitações exclusivas (inc. I do art. 48) não seja

parcelamento de objetos para enquadrar a licitação nos limites fixados para a participação exclusiva de ME e EPP. (...) 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.” SANTOS, José Anacleto Abduch. *Licitações e o estatuto da microempresa e empresa de pequeno porte*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2015. p. 125-126.

¹⁰ Importante ressaltar que com a nova redação dada pela LC 147/2014 essa hipótese é aplicável apenas para aquisição de bens, e não mais para contratação de serviços.

¹¹ SANTOS, José Anacleto Abduch. *Licitações...*, p. 138.

possível, sob a perspectiva técnica e/ou econômica, a Administração deve reservar uma cota de até 25% (calculada sobre o quantitativo do objeto) para disputa apenas entre ME e EPP (mesmo que o valor da cota ultrapasse R\$80.000,00), cabendo ao edital estabelecer as condições para a formação da cota reservada, bem como as regras procedimentais que regerão o certame.

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”.¹²

Assim, na hipótese trazida na consulta, ao licitar a aquisição de bens divisíveis (04 equipamentos), cujo valor global é de R\$1.000.000,00, deve a Administração reservar cota de 25% (um equipamento, no valor de R\$250.000,00), sem que isso signifique ofensa ao previsto no art. 48, I, da LC 123, já que, como dito, são regras distintas e não se aplicam conjuntamente.

Apenas registra-se, a título de informação, que a questão comporta divergência, existindo posicionamentos diversos ao exposto por esta Consultoria, no sentido de que a cota reservada à ME e EPP deve se limitar ao valor de R\$ 80.000,00, a exemplo do seguinte parecer elaborado pela Consultoria Jurídica da União no Estado de Rondônia:

“23. Em que pesem divergências, registramos aqui, desde já o entendimento de que eventual cota reservada deve limitar-se ao valor de R\$ 80.000,00. A fundamentação de tal posição lastreia-se na lógica do sistema de favorecimento às ME/EPP, que lhes destina os itens de menor valor de forma exclusiva. Romperia essa lógica a existência de itens de grande valor com tal característica, e até mesmo por essa razão a Lei Complementar 123, no seu artigo 48, III estabelece a cota reservada de até 25%, justamente para que esta não ultrapasse o patamar de R\$80.000,00, independentemente do valor da cota principal. Essa interpretação mantém a coerência do sistema de favorecimento. No mesmo sentido, a Jurisprudência do TCU recomenda que se limite as adesões quando o somatório das contratações do gerenciador, dos participantes e dos futuros aderentes, para um determinado item/grupo, for ultrapassar o limite normativo de R\$80.000,00 (Acórdão n. 2.957/2011-Plenário, rel. Min. André Luís de Carvalho), recomendação essa também repetida no âmbito das Consultorias Jurídicas da União, em geral, para as Licitações pelo Sistema de Registro de Preços. Aliás, em existindo a funcionalidade no sistema de cadastramento específico de itens com cotas reservadas, talvez essa limitação seja automática pelo próprio sistema.”¹³

Por não ser um tema pacífico, cabe recomendar cautela à Administração, que deve justificar adequadamente a opção feita no caso concreto.¹⁴

¹² SANTOS, José Anacleto Abduch. *Licitações...*, p. 138.

¹³ Disponível em <www.agu.gov.br/page/download/index/id/36190385>. Acesso em 14.09.2017.

¹⁴ Importante consignar que a não realização de licitações diferenciadas às ME e EPP deve ser pautada em uma das hipóteses previstas no art. 49 da LC 123/2006, o qual estabelece:

“Art. 49. Não se aplica o disposto nos arts. 47 e 48 desta Lei Complementar 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)”