

PARECER Nº 16.970/17

MICROEMPRESA E EMPRESA DE PEQUENO PORTE. PARTICIPAÇÃO EM LICITAÇÕES PARA OBRAS E SERVIÇOS TÉCNICOS DE ENGENHARIA. RESTRIÇÃO DO ART. 6º DA LEI ESTADUAL Nº 13.706/11. ANÁLISE À LUZ DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS E DA LEI COMPLEMENTAR Nº 147/2014, CONCLUINDO-SE POR SUA INCOMPATIBILIDADE. RECOMENDAÇÃO DE ENVIO DE PROJETO DE LEI VISANDO À REVOGAÇÃO EXPRESSA DA NORMA.

Trata-se de expediente encaminhado pela Secretaria de Obras, Saneamento e Habitação, em interesse da Companhia Riograndense de Saneamento – CORSAN, versando consulta sobre a aplicabilidade do disposto no art. 6º da Lei Estadual nº 13.706/11, a qual dispõe sobre a concessão de tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte nas licitações públicas, no âmbito da Administração Pública Estadual.

Transcreve-se, a seguir, o Memorando n 007/206-SUPEJ/DELCO, lançado pela Assessoria Jurídica da CORSAN, o qual inaugura o expediente e explicita o teor da consulta (fls. 02/04):

“A partir do final do ano de 2014, os editais para obras e serviços de engenharia lançados por esta Companhia passaram a observar a vedação contida no art. 6º da Lei Estadual nº 13.706/11 (Anexo I), *in verbis*:

Art. 6º As microempresas e empresas de pequeno porte, nas licitações destinadas à execução de obras e serviços técnicos de engenharia, só poderão participar de processos licitatórios, cujos valores estimados da contratação, não excedam às receitas brutas anuais previstas no art. 3º da Lei Complementar Federal nº 123/2006.

Em respeito a tal dispositivo legal, os editais desta empresa passaram a ter a seguinte redação, sugerida através do Parecer n.º. 227/2014-DELCO/SUPEJ (Anexo II), que analisou a questão:

2.1.1.1 Não poderá participar direta ou indiretamente desta licitação:

(...)

I) Em cumprimento ao estabelecido no art. 6º da Lei 13.706/11, as microempresas e empresas de pequeno porte não poderão participar deste certame, de forma isolada ou em consórcio, tendo em vista que o valor estimado da contratação decorrente desta licitação excede o limite previsto no art. 3º. da Lei Complementar Federal n.º 123/2006.

I.1) Considera-se Microempresa a licitante que se enquadre no inciso I, do art. 3º da Lei Complementar Federal n.º 123/2006;

I.2) Considera-se Empresa de Pequeno Porte a licitante que se enquadre no inciso II, do art. 3º, da Lei Complementar Federal n.º 123/2006.

m) Caso constatada alguma das situações referidas acima, ainda que a posteriori, a empresa licitante será excluída da licitação. Entretanto, a vedação referida tem causado transtornos para a Companhia, principalmente para a Comissão Permanente de Licitações e para os Pregoeiros, tendo em vista a considerável quantidade de impugnações e recursos administrativos contrários à limitação exposta.

Além disso, trata-se de uma vedação cujos benefícios para o interesse público são difíceis de sustentar, pois contraria a evolução legislativa que cada vez mais amplia a inserção das micro e pequenas empresas no mercado nacional, a exemplo das últimas modificações realizadas na Lei Complementar n.º. 123/06, por intermédio da Lei Complementar n.º. 147/14, que impôs a exclusividade da participação dessas empresas em determinados casos citados na norma (art. 48, incisos I e III).

Saliente-se que os editais desta Companhia já impõem a comprovação de capacidade das licitantes para a execução do objeto, como critério de habilitação técnica e econômico-financeira, sendo que neste último caso a comprovação é feita através do certificado de Capacidade Financeira Relativa de Licitante (Decreto Estadual n.º.36.601/96) e através da exigência de capital social ou patrimônio líquido mínimos ou, ainda, de garantia da proposta (art. 31, §§ 2º e 3º, da Lei n.º. 8.666/93).

Ainda, tal vedação tem sofrido diversas demandas judiciais que a contestam, tendo havido divergência jurisprudencial sobre o

assunto, o que tem acarretado a suspensão de certames, com a iminência de anulação dos mesmos, trazendo prejuízos às atividades da CORSAN.

Como exemplo mais emblemático, cite-se o processo n.º. 001/1.15.0000077-0 (Anexo III – cópia da petição inicial e Anexo IV – cópia da contestação), referente à Concorrência n.º 078/14, do qual se originaram diversas decisões em grau de recurso (Anexo V – cópia da petição de agravo de instrumento; Anexo VI – cópia das contrarrazões; Anexo VII – acórdão que julgou procedente o agravo de instrumento; Anexo VIII – cópia do recurso especial; Anexo IX – cópia do recurso extraordinário; Anexo X – decisão denegatória do RE e do Resp.; Anexo XI – cópia dos agravos contra a decisão denegatória do RE e do REsp).

Atualmente, o referido processo segue em tramitação no primeiro grau, não tendo sido proferida sentença, enquanto que a decisão que concedeu a liminar suspendendo a licitação aguarda julgamento perante o Superior Tribunal de Justiça (AREsp. n.º. 845266/RS). Entretanto, o relator do referido AREsp, ao negar seguimento ao recurso interposto pela corrê CLS GARCIA, já sinalizou que também não conhecerá do recurso interposto pela CORSAN, em virtude da suposta ausência de pressupostos recursais, já levantadas pelo TJRS ao negar seguimento ao recurso especial e ao recurso extraordinário. Assim, possivelmente não teremos uma resposta sobre o aso por parte das Cortes Superiores.

Os argumentos favoráveis e contrários à vedação podem ser encontrados nas petições e decisões acima referidas, sendo que há precedentes jurisprudenciais favoráveis à limitação, inclusive em ações judiciais em que a própria CORSAN atuou como parte.

Além disso, a CPL e os pregoeiros enfrentam dificuldades na aplicação do referido dispositivo quando as empresas possuem receita bruta acima dos limites dispostos no art. 3º da LC n.º. 123/06, mas não se desenquadram como ME/EPP perante a Junta Comercial. Também ocorre o inverso, empresas com receita bruta abaixo dos limites referidos, mas não enquadradas como ME/EPP perante o órgão mencionado.

Sobre a limitação ora debatida, pesquisando os editais lançados pela Administração Pública Estadual, não encontramos a mesma vedação, ou seja, ao que parece, o art. 6º da Lei Estadual n.º. 13.706/11 não tem sido aplicado.

Diante do exposto, tendo em vista a atribuição da Procuradoria-Geral do Estado de prestar consultoria

jurídica à Administração Pública, com vista a assegurar a unidade de orientação, coordenação e o controle das atividades, solicitamos que o expediente seja encaminhado àquele órgão, na forma do Of. CIRC. GAB. N.º. 001/15 e do Of. CIRC. GAB. N.º. 004/15 (Anexo XII), para que seja emitido parecer jurídico sobre os seguintes questionamentos:

1. O art. 6.º da Lei Estadual n.º 13.706/11 deve ser aplicado para toda a Administração Pública Estadual, devendo os editais de licitações destinados à contratação de obras e serviços técnicos de engenharia vedar a participação de microempresas e empresas de pequeno porte quando os valores estimados da contratação excederem às receitas brutas anuais previstas no art. 3.º da Lei Complementar Federal n.º 123/2006?
2. Sendo afirmativa a resposta acima, para a análise da condição da licitante atinente à vedação referida, deve ser considerada apenas a sua receita bruta anual ou também o seu enquadramento perante a Junta Comercial, de forma cumulativa?” (grifos do original)

O expediente está instruído com cópia das peças processuais referidas no Memorando acima transcrito. Acolhida a manifestação pelo Sr. Secretário Adjunto de Obras, Saneamento e Habitação, a consulta é remetida a esta Casa para parecer.

É o Relatório.

Primeiramente, entende-se pertinente trazer à baila os dispositivos constitucionais que tratam das microempresas e empresas de pequeno porte, já que se trata das normas que fundamentam as normas infraconstitucionais que regulam a matéria. Transcrevem-se, portanto, os artigos 170 e 179, inseridos no Título VII, que trata da ordem econômica e financeira, no capítulo I, relativo aos princípios gerais da atividade econômica.

“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:

- I - soberania nacional;
- II - propriedade privada;
- III - função social da propriedade;
- IV - livre concorrência;
- V - defesa do consumidor;
- VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)
- VII - redução das desigualdades regionais e sociais;
- VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995)

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.” (grifou-se)

“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)

Dissertando acerca do princípio constitucional insculpido no inciso IX do art. 170 da CF/88, assevera Eros Grau:

“O último dos chamados princípios da ordem econômica é o tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País (art. 170, IX, na redação que lhe foi conferida pela Emenda Constitucional nº 6/95). O preceito originariamente referia tratamento favorecido para empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte. **Trata-se, formalmente, de princípio constitucional impositivo (Canotilho), já que a Constituição como princípio o tomou;** daí o seu caráter constitucional conformador. Não consubstancia,

no entanto, como os demais princípios da ordem econômica, uma diretriz (Dworkin) ou norma-objetivo. Ainda assim, fundamenta a reivindicação, por tais empresas, pela realização de políticas públicas. De resto, está parcialmente reproduzido no preceito inscrito no art. 179º. (A ordem Econômica na Constituição de 1988, 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 278) (grifou-se)

Dando concreção ao princípio constitucional do tratamento favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte, foi editada a Lei Complementar nº 123/2006, recentemente alterada pela Lei Complementar nº 147/14. No que respeita às contratações públicas, a LC 123/2006 tratou do tema no Capítulo V – Do Acesso aos Mercados, na Seção I – das Aquisições Públicas, nos artigos 42 a 49.

As normas que estabelecem tratamento diferenciado e favorecido às MEs e EPPs traduzem a utilização da contratação administrativa como instrumento de fomento econômico, visando ao alcance da redução das desigualdades sociais e regionais.

Sobre o tema, cita-se o elucidativo magistério de MARÇAL JUSTEN FILHO:

“III.1.1. – As funções estatais clássicas e a função promocional Em termos muito simples, cabem ao Estado não apenas as competências repressivas e delimitadoras da autonomia privada e o fornecimento de utilidades destinadas à satisfação de necessidades coletivas. Também lhe incumbe uma função promocional orientada a incentivar o desenvolvimento econômico e social.

Aliás, essa intervenção orientada a alterar o cenário socioeconômico é consagrada constitucionalmente como uma das finalidades primordiais do Estado brasileiro. **Assim, o art. 3º da CF/88 determina que ‘Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – constituir uma sociedade livre, justa e solidária; II – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.’**

Esse é o contexto necessário ao exame das preferências outorgadas em favor das ME e EPP, especialmente

porque a LC nº 123 introduziu uma inovação marcante em face as concepções tradicionalmente adotadas relativamente às licitações e contratações administrativas.

III.1.2 – O enfoque tradicional sobre a função do contrato administrativo

No enfoque até então prevalente (que caracteriza a própria Lei nº 8666), a licitação e a contratação administrativa são disciplinadas sob o exclusivo enfoque do aprovisionamento de bens e serviços necessários ao desempenho das funções estatais. Trata-se, portanto, de atuação administrativa norteada exclusivamente pela concepção da vantajosidade. Nesse âmbito, a licitação é orientada à obtenção da proposta de menor valor e de maior qualidade, mediante a mais ampla competição entre os possíveis interessados.

III.1.3 – Contratação administrativa e promoção de outros valores

Ocorre que a promoção das finalidades contempladas nos incs. I, II e III do art. 3º da CF/88 pode impor ao Estado brasileiro a adoção de providências de outra ordem. A redução das desigualdades e o incentivo às regiões menos desenvolvidas podem exigir tratamento diferenciado, destinada a favorecer os setores mais carentes. O Estado poderá adotar uma pluralidade de medidas de distinta natureza e em setores variados. Assim, poderão ser adotadas medidas de fomento econômico direto, inclusive com a transferência de recursos financeiros para a instauração de atividades empresariais e não empresariais. Pode ser utilizada a competência tributária, gerando a figura da tributação extrafiscal. Mas também se pode conceber uma solução que, até o presente, não merecia maior atenção. Trata-se da utilização da contratação administrativa para promover fins sociais e econômicos, além da mera e simples obtenção dos bens e serviços necessários ao desempenho das atividades materiais do Estado.

III.1.4 – A função social do contrato administrativo

Utilizei, no passado, a expressão função social do contrato administrativo para indicar essa forma de instrumentalização da contratação administrativa. **Adota-se função social para o contrato administrativo quando a finalidade buscada**

por meio da contratação consiste não apenas na obtenção de bens e serviços necessários à satisfação de necessidades estatais mas também a obtenção de outras finalidades de cunho social. Nesses casos, a contratação administrativa é utilizada para incentivar o desenvolvimento econômico e social, eliminar desigualdades individuais e coletivas e promover a realização de fins constitucionalmente protegidos.

O Estado desembolsa valores eventualmente superiores aos necessários para obter uma determinada utilidade e tal se legítima em vista dos benefícios sociais propiciados de modo indireto. **Ou, para ser mais preciso, o Estado se vale da contratação administrativa para cumprir certas funções de assistência social e de intervenção no domínio econômico que a ele são impostas pela ordem jurídica.** Se o Estado não produzisse essas contratações, possivelmente permaneceria uma situação de exclusão social e econômica insuperável por outras vias. Mais precisamente, pode-se reconhecer que as contratações administrativas, nas hipóteses de dispensa de licitação citadas, apresentam uma natureza jurídica de fomento”. (O Estatuto da Microempresa e as Licitações Públicas, 2ª ed., 2007. São Paulo: Dialética, pp. 27/29) (grifou-se)

Também o Tribunal de Contas da União teve a oportunidade de se manifestar sobre o conteúdo principiológico da LC 123/06, no Acórdão 1231/2008 – Plenário. Em dito aresto, colhe-se interessante manifestação do Ministério Público, acolhida pelo Ministro Relator, a qual se transcreve a seguir:

“No presente caso, para a correta análise da igualdade garantida constitucionalmente, é necessária uma interpretação sistemática da Lei Maior, desse modo, além de se considerar o art. 37, inciso XXI, é importante que sejam observados os seguintes dispositivos:

‘Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade’

‘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.' (grifei)

'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.' (grifei)

Nesse contexto é importante lembrar que não existe hierarquia entre as normas constitucionais, tampouco há dispositivos incluídos no texto constitucional, pelo Poder Constituinte Originário, a exemplo do art. 179 supra, que sejam inconstitucionais.

Sendo assim, o princípio da igualdade entre as pessoas, incluindo-se aí os licitantes, não deve necessariamente prevalecer em relação ao princípio do tratamento favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte, ambos devem estar em harmonia.

Nesse sentido, o art. 179 estabelece o tratamento diferenciado às citadas empresas, visando a igualar os desiguais, de forma a atender o mandamento constitucional estabelecido no art. 5º. Como já explanado, tal tratamento não pode ser considerado inconstitucional. No que se refere a tal questão, segue a posição do Supremo Tribunal Federal:

'Por disposição constitucional (CF, artigo 179), as microempresas e as empresas de pequeno porte devem ser beneficiadas, nos termos da lei, pela 'simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas' (CF, artigo 179). Não há ofensa ao princípio da isonomia tributária se a lei, por motivos extrafiscais, imprime tratamento desigual a microempresas e empresas de pequeno porte de capacidade contributiva distinta, afastando do regime do Simples aquelas cujos sócios têm condição de disputar o mercado de trabalho sem assistência do Estado.' (ADÍ 1.643, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 14/03/03)

Ainda, no que tange ao princípio da igualdade, é oportuno transcrever o ensinamento de Hely Lopes Meirelles, reproduzido pela representante, em sua peça inaugural:

‘Igualdade entre os licitantes: a igualdade entre os licitantes é princípio impeditivo da discriminação entre os participantes do certame, quer através de cláusulas que, no edital ou convite, favoreçam uns em detrimento de outros, quer mediante julgamento faccioso, que desiguale os iguais ou iguale os desiguais (art. 3º, § 1º)’

Segundo a doutrina, existiria ofensa ao princípio da igualdade caso fosse dispensado tratamento idêntico a licitantes em situações diversas.

É incontroverso que as pequenas empresas, em um mercado de livre concorrência, estão em situação de desvantagem em relação às empresas de maior porte, dessa forma, caso não houvesse o tratamento diferenciado, previsto na Lei Complementar 123/2006, amparado no art. 179 da Constituição Federal, as pequenas empresas dificilmente conseguiriam oferecer a melhor proposta em uma licitação, o que diminuiria a possibilidade de contratar com a Administração Pública, maculando, assim, o princípio da igualdade, pois as contratações se dariam, em sua maioria, com as grandes empresas.

Nessa hipótese, as maiores empresas teriam oportunidade de crescer ainda mais, enquanto as pequenas teriam que contar apenas com as relações privadas para o seu desenvolvimento, o que é assaz difícil no mercado competitivo. Segundo informações retiradas do sítio do Sebrae Nacional, em 27.3.2008, 22% das micro e pequenas empresas que iniciaram suas atividades em 2005 já tinham encerrado sua existência no ano de 2008.

É importante lembrar que as pequenas empresas geram a maior parcela dos empregos do país, contribuindo para reduzir as desigualdades sociais e regionais, preceitos também estabelecidos na Carta Magna (art. 3º, III, art. 43 e art. 170, V e VII), ou seja, a Lei Complementar 123/2006, ao estimular as pequenas empresas, busca a igualdade plena garantida na Constituição. Ademais, embora se trate de **intervenção do Estado na economia, os privilégios concedidos pela lei em questão incentivam a livre iniciativa, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, IV, CF), estimulando surgimento de concorrentes, assim, impedindo a concentração do mercado.**

Não é demais observar que o princípio da isonomia está previsto no § 1º, inciso II, do art. 3º da Lei 8.666/1993, contudo,

a própria lei já traz exceções ao criar os critérios de desempate contidos no § 2º do mesmo artigo. A Lei Complementar 123/2006 apenas acrescentou mais um critério de desempate, sendo que os percentuais estabelecidos para que as propostas sejam consideradas empatadas, até 5% ou 10%, dependendo do caso, estão em consonância com a razoabilidade, não havendo, portanto, ilegalidade alguma.

Sobre a questão, Maria Sylvia Zanella di Pietro escreveu:

‘As exceções mencionadas não conflitam com o princípio da isonomia, uma vez que o art. 5º da Constituição somente assegura igualdade entre os brasileiros e estrangeiros em matéria de direitos fundamentais. Além disso, no caso das microempresas e empresas de pequeno porte, o tratamento diferenciado resulta da própria situação desigual dessas empresas em relação a outras que não têm a mesma natureza; por outras palavras, trata-se de tratar desigualmente os desiguais’.

Pelo até aqui exposto, é possível afirmar que a Lei Complementar 123/2006 está dispensando o tratamento diferenciado assegurado pela Constituição (art. 179), quando permite que as microempresas e as empresas de pequeno porte, ao contratar com a Administração Pública, apresentem comprovação da regularidade fiscal somente na assinatura do contrato e quando dá prazo para a regularização desta documentação. Ressalte-se que a Lei Maior possibilita que, por meio de lei, ocorra a redução ou até mesmo a eliminação de obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias.

Quanto à contratação, nos moldes do art. 44 da Lei Complementar 123/2006, não ser a mais vantajosa para a Administração, contrariando o interesse público, não é possível concordar com tal alegação.

Os baixos percentuais estabelecidos para que as propostas sejam consideradas empatadas, como já visto, são razoáveis, portanto, não se pode asseverar que a contratação com microempresa ou empresa de pequeno porte, mesmo com preço um pouco acima do ofertado por empresa que não se inclua nessas categorias, não seja a mais vantajosa para a Administração.

No que tange ao interesse público, este deve ser considerado em sentido vasto, não podendo ficar restrito ao menor preço a ser contratado pela Administração. Na situação em análise, também

há de ser considerado como interesse público a fomentação de um mercado mais competitivo e menos concentrado, além da geração de empregos. Uma forma de alcançar tais objetivos é incentivando o surgimento e a permanência de microempresas e empresas de pequeno porte, nos moldes da Lei Complementar em comento. Destarte, o Estado, ao estimular a contratação da Administração Pública com pequenas empresas, está resguardando o interesse público em seu conceito mais amplo.

Por todo o exposto, tem-se que a Lei Complementar 123/2006, em seus arts. 42 a 44, não apresenta inconstitucionalidade alguma.

Assim sendo, o edital do Pregão Eletrônico 38/2007 não pode ser considerado ilegal ou inconstitucional, pois simplesmente reproduz o disposto na Lei Complementar.” (grifou-se)

E, no mesmo acórdão, há importante estudo elaborado pela área técnica, relatando os precedentes históricos de tratamento favorecido a empresas de pequeno porte, que teria tido origem nos Estados Unidos, *verbis*:

“2.HISTÓRICO

2.1. Não obstante toda a controvérsia em torno do assunto, é necessário observar que a idéia de oferecer condições privilegiadas para a participação de pequenas empresas em concorrências públicas como política de desenvolvimento econômico não é novidade.

2.2. A necessidade de apoiar pequenas empresas foi percebida pelos Estados Unidos durante a Segunda Guerra Mundial (1939-1945). Para inserir as pequenas empresas no mercado da guerra, foi criada em 1942 a ‘Smaller War Plants Corporation – SWPC’, que já tratava da obtenção de contratos governamentais pelas pequenas empresas. Com o fim da guerra e a extinção da SWPC, foi criado o ‘Office of Small Business – OSB’, do Departamento de Comércio. Durante a Guerra da Coréia (1950-1953), foi criada a ‘Small Defense Plants Administration – SDPA’, que também incluía atividades relacionadas a contratos governamentais com as pequenas empresas. Enfim, o Presidente Eisenhower decide propor a criação de uma agência independente para as pequenas empresas, o que foi aprovado

pelo Congresso em 30 de julho de 1953, com a ‘Small Business Act - Public Law 83-163, 67 Stat. 232’. Nasce assim a agência ‘The U.S. Small Business Administration – SBA’. Essa norma legal é vigente até hoje, com alterações sofridas ao longo dos anos, e serviu como inspiração para a Lei Complementar n.º 123/2006.

2.3. Outros países como: Japão (1948); França (1980); Alemanha e Itália (anos 80); Canadá (1995); e Inglaterra (2003) também estabeleceram leis criando condições favoráveis à obtenção de contratos governamentais como forma de fomentar o desenvolvimento da economia nacional, a redução da concentração do poder econômico e a criação de emprego.

2.4. Como já mencionado, a Lei Complementar n.º 123/2006 é inspirada no ‘Small Business Act’. Jonas Lima resume as normas adotadas nos Estados Unidos com o ‘Small Business Act’ da seguinte maneira:

‘1ª) a ‘meta’ (com feição de patamar mínimo) de 23% dos contratos governamentais serem destinados às pequenas empresas; 2ª) o incentivo à participação das pequenas empresas como contratantes principais ou subcontratadas, inclusive fornecedoras; 3ª) a inserção de pequenas empresas nas oportunidades de contratações governamentais das agências na máxima extensão praticável; 4ª) a estruturação das exigências dos contratantes de modo a facilitar competição “por e entre” pequenas empresas, procurando eliminar obstáculos à participação delas; 5ª) o cuidado para evitar exigências desnecessárias e injustificadas para os contratos, que pudessem impedir a participação das pequenas empresas; 6ª) a possibilidade de separação ou divisão de contratações para dar oportunidade a mais de uma empresa; 7ª) a recomendação a todas as agências federais para que fosse assegurada uma participação em proporção justa das pequenas empresas nas compras e serviços do governo; 8ª) a pesquisa de mercado para se estabelecer exigências necessárias e justificadas nas licitações; 9ª) a avaliação das pequenas empresas subcontratadas; 10ª) a previsão de metas percentuais adicionais de licitações destinadas a empresas de veteranos de guerra (incluindo inválidos), indivíduos economicamente desfavorecidos e mulheres; 11ª) a realização de licitações destinadas exclusivamente à

participação das pequenas empresas para contratos de bens e serviços com valor acima de US\$ 2.500 (dois mil e quinhentos dólares), porque abaixo disso as ‘micro-compras’ são feitas diretamente, e não superior a US\$ 100.000 (cem mil dólares), a menos que não possam ser obtidas 2 (duas) ou mais ofertas de pequenas empresas com preços competitivos com os de mercado, qualidade e entrega dos bens ou serviços; 12^a) a obrigação de apresentação de relatório anual sobre a aplicação da lei à Câmara dos Representantes e ao Senado; 13^a) o estabelecimento de pena de multa de até US\$ 500.000 (quinhentos mil dólares) e prisão de até 10 (dez) anos, ou ambos, além da perda dos contratos vigentes e impedimento de novos contratos por até 3 (três) anos, para quem falsear a verdade sobre o estado da empresa, pretendendo enquadrá-la dissimuladamente como “pequena empresa”, visando obter contratos do governo; 14^a) a determinação de que todas as pequenas empresas recebam certificação da agência independente, ‘The U.S. Small Business Administration’, com efeito de uma pré-qualificação antecipada e permanente, para que possam usufruir os benefícios da lei, evitando complicações ou delongas sobre documentos durante a licitação; 15^a) a criação de uma ‘Ouvidoria’ (‘Ombudsman’), semelhante a um ‘Fórum Permanente’, para promover discussões pelo País quanto à aplicação da Lei, à necessidade de sua atualização, além de receber reclamações de desvios; e 16^a) o estabelecimento de preferência, como se fosse uma espécie de critério de “desempate”, nas licitações abertas a todas as empresas, pelo preço ofertado pela pequena empresa que não exceda 10% (dez) por cento do preço ofertado por outra empresa não beneficiada pela lei, ressalvadas situações especificadas.’

2.5. Mencione-se que a Lei Complementar n.º 123/2006 é considerada evolução em relação ao ‘Small Business Act’. Entre diversos aspectos comparáveis, é possível observar: avanço quanto aos conceitos para enquadramento das empresas (o Brasil define os limites de enquadramento de acordo com a receita bruta da empresa, enquanto outros países estabeleceram o enquadramento pela quantidade de empregados); avanço no sentido de evitar desvios nas licitações (consubstanciado nos critérios de exclusão de empresas do regime privilegiado, estabelecidos no § 4º do artigo 3º da Lei); avanço quanto

à questão do direito de preferência (com a obrigação de apresentação de proposta mais vantajosa para a Administração por parte da pequena empresa que deseja obter o contrato); entre outros.” (grifou-se)

Nesse diapasão, seguindo esse vetor axiológico, no que pertine às licitações e contratações administrativas, a LC 123/2006 assegurou benefícios às microempresas e empresas de pequeno porte, conferindo-lhes, portanto, tratamento favorecido. Dentre esses benefícios, alguns afiguravam-se autoaplicáveis – como a regularização fiscal tardia e a preferência em caso de empate ficto, de que tratam os artigos 42 a 45, enquanto outros dependiam da edição de lei específica – a licitação diferenciada, prevista nos artigos 47 e 48.

Explicitando o tema, traz-se o magistério de Marçal Justen Filho:

“24.2) Os benefícios genéricos

A LC 123/2006 assegura dois benefícios genéricos às ME e EPP. São a regularização fiscal tardia e a preferência em caso de empate ficto.

A regularização fiscal tardia significa que a ME ou a EPP pode participar da licitação, mesmo sem dispor dos documentos comprobatórios de sua regularidade fiscal. Se vier a obter a vitória, ser-lhe-á assegurada oportunidade para apresentar a documentação necessária em momento anterior à contratação. A preferência em empate ficto se verifica quando a propositade uma ME ou EPP superar em até 10% o valor daquela de menor valor (desde que tenha essa sido apresentada por um licitante que não se qualifique como ME ou EPP). Essa margem é reduzida para 5% quando se tratar de pregão. Nesse caso, a LC 123/2006 considera existir um empate e assegura à ME ou EPP a faculdade de formular um lance de desempate.

Esse dois benefícios incidem em qualquer licitação de tipo menor preço, independentemente de previsão explícita no ato convocatório.

(...)

24.3) As licitações diferenciadas

A LC 123/2006 prevê a realização de licitações diferenciadas, em que se consagre tratamento discriminatório favorável às ME ou EPP. Foram previstas três categorias de licitações diferenciadas.

A primeira consiste na licitação destinada à participação

exclusiva de ME ou EPP, quando o objeto apresentar valor de até R\$ 80.000,00. A segunda envolve o fracionamento do objeto da licitação, assegurando-se que uma parcela do objeto seja disputada exclusivamente por ME ou EPP. A terceira refere-se à subcontratação compulsória de parte do objeto licitado, de modo que os licitantes sejam constringidos a recorrer a ME ou EPP para executar parte da prestação objeto do contrato.

O art. 48, § 3º, da LC 123/2006 prevê que, mediante justificativa adequada, admite-se a adoção de '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'.

Existem diversas condições e restrições relativamente à adoção dessas licitações diferenciadas.

24.4) A questão da regulamentação da LC 123/2006

Existem dispositivos da LC 123/2006 que são autoaplicáveis e independem de regulamentação. Assim se passa com o disposto nos arts. 42 a 45, que asseguram os benefícios da regularização fiscal tardia e da preferência em caso de empate ficto. Isso não impede a edição de atos regulamentares para detalhar praticamente o modo de execução das regras.

Já as contratações e licitações diferenciadas, previstas nos arts. 47 e 48 da LC 123/2006, somente poderão ser implementadas mediante regulamentação por meio de lei específica. A exigência de lei deriva da insuficiência da LC 123/2006 para dispor sobre as condições de efetivação dos benefícios.

No âmbito federal, o tratamento preferencial em contratações públicas, previsto na LC 123/2006 encontra-se regulamentado pelo Dec. 8.538/2015. O Dec. 7.174/2010 regulamentou a questão no âmbito de contratações versando sobre bens e serviços de informática e automação.

O parágrafo único do art. 47 da LC 123/2006 estabelece 'No que concerne 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'. A regra se afigura inconstitucional.

Os entes federais são titulares de competência para produzir as normas regulamentares aplicáveis no seu âmbito próprio. "(Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 17ª ed., 2016. São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 137-138) (grifou-se)

Portanto, a Lei Complementar 123/2006, recentemente alterada pela LC 147/14, estabelece, no que diz respeito às licitações e contratações públicas, normas gerais, editadas pela União no exercício da competência definida no art. 22, XXVII da Constituição Federal. Estados e Municípios têm competência para edição de normas que regulem suas especificidades, guardando, logicamente, observância aos ditames da Lei Complementar.

Veja-se que com a edição da LC 147/14, foi alterado o artigo 47, cujo caput passou a determinar como impositiva a concessão de tratamento favorecido a ME e EPP, mediante a utilização da licitação diferenciada prevista no art. 48, e não mais como faculdade, como previsto na anterior redação da norma. Além disso, foi acrescentado o parágrafo único ao art. 47, segundo o qual, “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”. O parágrafo acrescentado, portanto, deixou extreme de dúvidas que a regulamentação a ser editada pelos entes federados não poderá ter conteúdo menos favorável do que aquele veiculado na Lei Complementar.

A respeito de tal alteração procedida pela LC 147/14, traz-se à colação o magistério de Jair Santana:

“3.1. Plenitude da LC 147/2014.

O sistema legal brasileiro deve irrestrita observância – é óbvio – aos pilares constitucionais que o fundamentam. Nosso modelo, no entanto, abriga diversas fontes legislativas correlatas ao federalismo dentre nós instituído. De tal sorte, temos normas nacionais gravitando numa imensa constelação composta, também, por regras federais, estaduais, distritais e municipais. Há espaço para todas elas porque as competências legislativas (para falar só destas) são objeto de uma complexa operação feita pelos constituintes de 1988. **Importa para o presente momento que a LC 147/2014 é fruto do exercício da**

competência legislativa da União (art. 22, XXVII, CRFB/88) para dispor sobre o assunto, circunstância que não inibe – ao reverso, exige – esforço das unidades federativas para que as normas gerais ganhem corpo diante das especificidades existentes em cada Estado, Município ou Distrito Federal.

É ponto forte na LC 147/2014 estabelecer expressamente ponto sensível que havia ficado subentendido na Lei Complementar de 2006 no tocante à plenitude das regras então vigentes. O sistema normativo nunca possibilitou entendimento diverso. Não obstante, a renúncia legislativa de muitas Unidades da Federação talvez fosse um engodo ao não-cumprimento das regras vigentes. De qualquer modo, no interior de um novo cenário, sabe-se que a força normativa da União (normas gerais) é plena naquilo que puder ser regulado por outras Unidades Federativas (normas específicas) e não o for. Por outras palavras, “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” (parágrafo único do artigo 47, conforme redação dada pela LC 147/2014). Essa é, aliás, a sistemática constitucional no tocante à partilha de competências que se torna iluminada pelo presente caso.

3.2. Obrigatoriedade de materializar os benefícios previstos em favor da ME e EPP. Visão do Novo Estatuto da ME e EPP e da Lei n° 8.666/93.

Os benefícios materiais do Estatuto da microempresa e empresa de pequeno porte estavam encapsulados pela legislação anterior quando esta utilizou expressão dúbia aos olhos leigos e a maior parte do Setor relutava em entender que “poderá” significava “deverá”. Ou seja, para aqueles que entendiam haver uma mera faculdade em se aplicar os benefícios da Lei Complementar 123/06, não há mais como sustentar tal posição. A nova LC 147/2014 é assertiva e direta, estabelecendo em suas passagens uma expressão mandamental sem opção. Enfim, basta percorrer os olhos na literalidade dos dispositivos introduzidos pela LC 147/2014 para confirmar a premissa. De outra parte, ajunta-se a isso que a Lei Nacional n° 8.666/93 (modificado pela LC 147/2014) reforça a ideia.” (grifou-se) (Novo Estatuto da ME e EPP – LC 147 de 07/08/2014 – Compras Públicas e Pequenos Negócios – Essencialidades e Orientações – acesso pela internet em 27/01/2017)

Para além dessa alteração pontual no artigo 47 – já enfrentada à sociedade por esta Procuradoria-Geral no Parecer nº 16.481 -, a LC 147/14 trouxe alterações à Lei Geral de Licitações – Lei 8666/93, alterando-lhe o artigo 3º e acrescentando-lhe o artigo 5-A. Veja-se o teor das normas:

“Art. 3º **A licitação destina-se** a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a **promoção do desenvolvimento nacional sustentável** e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010) (Regulamento) (Regulamento) (Regulamento)

(...)

§ 14. As preferências definidas neste artigo e nas demais normas de licitação e contratos devem privilegiar o tratamento diferenciado e favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte na forma da lei.” **(Incluído pela Lei Complementar nº 147, de 2014) (grifou-se)**

“Art. 5º-A. **As normas de licitações e contratos devem privilegiar o tratamento diferenciado e favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte na forma da lei.**” **(Incluído pela Lei Complementar nº 147, de 2014) (grifou-se)**

Com efeito. Foi acrescentado no caput do artigo 3º, como princípio a ser garantido pela licitação, a promoção do desenvolvimento sustentável. O parágrafo 14 assegurou preferência ao tratamento diferenciado e favorecido às ME e EPP e o art. 5-A deixou claro que as normas de licitação e contratos devem privilegiar o tratamento diferenciado e favorecido às ME e EPP.

Comentando tais alterações, invoca-se, novamente, o magistério de Jair Santana:

“(...) De outra parte, ajunta-se a isso que a Lei Nacional n° 8.666/93 (modificado pela LC 147/2014) reforça a ideia. O art. 3o da Lei n° 8.666/93 tem índole principiológica e, por isso, contém vetores indicativos dos rumos que devem obrigatoriamente perseguir as aquisições públicas.

São eles (os vetores): (a) vantajosidade para a Administração Pública; (b) isonomia entre os licitantes e (c) desenvolvimento nacional sustentável. O terceiro vetor é novo dentre nós. Foi introduzido por Medida Provisória que se converteu na Lei 12.349, de 15.12.2010. Dissemos, na ocasião, a propósito da mudança de rumos: “Nota-se – desde a motivação da Medida Provisória no 459 – um esforço governamental em seguir padrões internacionais já experimentados. É que as principais alterações efetivadas no art. 3o da Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos tiveram como paradigmas, por exemplo, políticas como o Buy American Act, de 1933, revitalizado em 2009 pelo American Recovery and Reinvestment Act, nos Estados Unidos, além de regras existentes na China (Lei no 68/2002), na Colômbia (Lei n° 816/2003) e na Argentina (Lei n° 25.551/2001)”.

O art. 3o passou a imantar inúmeros valores e princípios constitucionais que, no resumo prático, induz e permite a realização de várias políticas públicas a partir do poder de compra governamental. De modo mais rasteiro, significa dizer que através das aquisições públicas se promove, por exemplo, o desenvolvimento econômico e social. Não nos custa reproduzir o seguinte, com propósito explicativo do que venha a ser o desenvolvimento nacional sustentável e o seu paralelo com as aquisições governamentais: “O desenvolvimento nacional é, assim, o alicerce para o progresso do Estado brasileiro. Por isso, deve estar presente em cada diretriz de cada agente público. **A inserção formal desse princípio na Lei Geral de Licitações é, portanto, auspiciosa, pois lembra aos aplicadores desta que, inclusive nas aquisições públicas, se deve utilizar de práticas que fomentem o crescimento do País, o que se consegue com atos de estímulo à indústria, ao comércio, ao**

emprego formal, ao desenvolvimento tecnológico e científico, além de outros...”

3.3. Prevalência dos benefícios da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte sobre outros benefícios da Lei n° 8.666/93

A Lei que alterou o artigo 3° da 8.666/93 buscou sedimentar os valores relativos ao Desenvolvimento Nacional Sustentável, como destacamos. Foi assim que – a partir dos conceitos introduzidos inicialmente pela citada Medida Provisória – instituímos dentre nós o mecanismo da margem de preferência interna e externa (para o Mercosul). Não deixa de ser uma espécie de blindagem (não tolerada por alguns) para produtos, bens e serviços nacionais (vestuário, maquinário, etc.). **Nesse ímpeto, os §§ 14 e 15 do artigo 3o da Lei n° 8.666/93 (introduzidos pela LC 147/2014) preservam a mecânica da margem de preferência, mas estabelece que tais benefícios são posteriores àqueles dados às microempresas e empresas de pequeno porte. Ou seja, os benefícios das microempresas e empresas de pequeno porte precedem a margem de preferência.** Tudo a fim de sedimentar o desenvolvimento nacional sustentável. Ainda pertencendo à porção principiológica da Lei Nacional de Licitações (Lei n° 8.666/93), há um novo comando posto na Seção I do Capítulo I que tem grandioso valor para as políticas públicas induzidas pelo poder de compra governamental. **O preceito alfanumérico (art. 5o - A) está imbricado com os desígnios constitucionais aqui já referidos. E, por ser assim, não deixa margem para qualquer interpretação diversa da (con) textual. Dizemos de outro modo: as aquisições governamentais viabilizadas por licitações (por certo a expressão está em sentido amplíssimo) devem privilegiar o tratamento diferenciado já dado por Lei Complementar às microempresas e empresas de pequeno porte.** Na realidade, o ciclo das aquisições públicas entremostra que a norma em referência agita e sugere o desencadeamento de política, estratégia e de diretrizes para os suprimentos, prestigiando os vetores por aquela veiculados.” (grifou-se)

É à luz das normas constitucionais e da legislação federal que lhes dá concreção que deve ser interpretada a legislação estadual. Se antes

da edição da LC 147/14 já pairavam dúvidas em relação ao artigo 6º da Lei Estadual nº 13.706/2011 – conforme verifica-se de acórdãos do Tribunal de Justiça - , agora, com a introdução desse diploma legal e as alterações por ele perpetradas na LC 123/06 e na Lei 8666/93, a controvérsia adquire maior vulto.

A bem da clareza, transcreve-se o mencionado art. 6º:

“Art. 6º As microempresas e empresas de pequeno porte, nas licitações destinadas à execução de obras e serviços técnicos de engenharia, só poderão participar de processos licitatórios, cujos valores estimados da contratação, não excedam às receitas brutas anuais previstas no art. 3.º da Lei Complementar Federal n.º 123/2006.”

Contrastando a citada norma com as normas constitucionais que regulam a ordem econômica, bem como com aquelas normas nacionais insertas no Estatuto da Microempresa e EPP e na Lei Geral de Licitações, como acima explanado, parece correto afirmar que o art. 6º não guarda com elas congruência e pode ser considerado derogado pela LC 147/14.

Nesse diapasão é o entendimento esposado pela Zênite Informação e Consultoria, na seção Perguntas e Respostas, *verbis*:

**“PERGUNTAS E RESPOSTAS – 697/257/JUL/2015
PERGUNTA 10 – MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE
PEQUENO PORTE**

O Decreto nº 6.204/07 e as legislações estaduais e municipais regulamentadoras da LC nº 123/06 permanecem vigentes mesmo depois das alterações da LC nº 147/14? Como aplicar tais decretos e legislações diante dessas alterações?

Com a entrada em vigor da Lei Complementar nº 147, de 07 de agosto de 2014, diversas alterações foram promovidas na Lei Complementar nº 123/06, especificamente no que diz respeito às disposições sobre os benefícios e o tratamento simplificado e favorecido a ser concedido às microempresas e empresas de pequeno porte nas contratações públicas.

Com isso, uma questão que não raras vezes surge diz respeito à validade dos decretos que regulamentam a Lei Complementar nº 123/06 e que foram editados antes de essa lei sofrer tais alterações. Ou seja, com a entrada em vigor das modificações promovidas pela Lei Complementar nº 147/14, os decretos que disciplinavam o assunto foram revogados? Se negativo, como aplicá-los quando suas medidas conflitarem com as atuais disposições da Lei Complementar nº 123/06?

Nesse contexto, é preciso avaliar se as regras estabelecidas pelos decretos editados em momento anterior às alterações promovidas pela Lei Complementar nº 147/14 são compatíveis com essa nova disciplina, aplicando-se a lógica da teoria da recepção, pela qual se busca preservar os normativos anteriores que não afrontem a nova ordem jurídica.

Sobre o assunto, Joel de Menezes Niebuhr leciona:

Trata-se do fenômeno denominado recepção, bastante conhecido no âmbito do Direito Constitucional, prestante a preservar a vigência das normas anteriores a novo texto constitucional que a ele não sejam contrárias, obrando a favor da segurança jurídica. O mesmo deve ocorrer em relação aos decretos, cujas partes não contraditórias à nova Lei, sucessora da Medida Provisória, são recepcionadas por ela, e, conseqüentemente, preservadas. (NIEBUHR, 2008, p. 38.)

Sob esse enfoque, para a Consultoria Zênite, é preciso reconhecer que algumas disposições do Decreto nº 6.204/07, que regulamenta o tratamento favorecido, diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte nas contratações públicas de bens, serviços e obras, no âmbito da Administração Pública federal, foram derogadas, demandando agora uma leitura conforme a nova ordem legal. Nesse sentido, passa-se a apontar esses dispositivos:” (grifou-se) (Acesso pelo site www.revistazenite.com.br em 26/01/2017)

Aliás, tal posicionamento foi adotado, em relação ao art. 6º da Lei 13706/11, pelo Tribunal de Contas do Estado na Concorrência nº 03/2014, pelo Tribunal realizada, para contratação da prestação de serviços de engenharia para construção de prédio, embora a tese não tenha sido vencedora no Tribunal de Justiça. Transcreve-se, a seguir,

despacho do Diretor-Geral proferido nos autos do exp. n° 7473-0200/14-4:

“Vem a exame no âmbito desta Direção-Geral o Recurso Administrativo interposto pela Empresa PORTONOVO EMPREENDIMENTOS & CONSTRUÇÕES LTDA., o qual ataca a decisão que habilitou a Empresa R.S. FORNAZIERI ENGENHARIA-ME, por entender que a referida empresa estaria impedida de participar na licitação em função de seu enquadramento como microempresa, frente a regra do artigo 6° da Lei Estadual n° 13.706, de 06 de abril de 2011 (fls. 422/430), protocolado sob n° 19770-02.00/14-8.

(...)

Na sequência, a fim de preservar a ampla defesa e o contraditório, ao abordar o tratamento diferenciado às MEP's e, também, os demais aspectos do recurso interposto, em cotejo com as contrarrazões apresentadas, aquele Setor, em resumo, diz:

“Os textos atuais da Lei Complementar n° 123/2006, o Estatuto das Micro e Pequenas Empresas e a Lei Federal n° 8.666/1993, ambos alterados pela recente edição da Lei Complementar n° 147/2014, tornaram ineficaz o artigo 6° da já referida Lei Estadual n° 13.706/2011, entendendo como correta sua decisão inicial de habilitar a empresa R.S. FORNAZIERI ENGENHARIA – ME.”

E, portanto, ainda que tempestivo o Recurso Administrativo interposto pela Empresa PORTONOVO EMPREENDIMENTOS & CONSTRUÇÕES LTDA., a Comissão mantém seu entendimento anterior.

Devidamente analisadas a peça recursal, as contrarrazões, bem como o informe técnico elaborado pela Comissão, entende-se que o procedimento licitatório deva ter continuidade com ambas as empresas licitantes, nos termos por ela sugeridos.

Isso porque a Lei Complementar n° 123 de 2006, ao cumprir mandamento constitucional, criou condições especialíssimas para que as micro e pequenas empresas participem do vultoso mercado das Compras Públicas.

Importante dizer que a Lei Complementar n° 123/2006, do ponto de vista técnico-jurídico, é norma nacional que veicula normas gerais de licitações e contratos (art. 22, XXVII, da Constituição Federal de 1988) e, por isso, demanda esforço normativo dos demais entes políticos (Estados, Distrito Federal e Municípios;), assim como consonância dessas normas ordinárias locais aos comandos da norma nacional, em atenção ao princípio inarredável da hierarquia das leis.

O que se observou ao longo dos anos foi que a Lei Complementar n° 123/2006 se mostrou carente de efetividade consideradas as

dimensões continentais do Brasil, salvo raras exceções.

Assim, com a edição recente da Lei Complementar n^o 147/2014, o cenário de inefetividade normativa sofreu um revés.

A Lei Complementar n^o 147/2014, repita-se de caráter nacional, acabou com qualquer dúvida em relação à imperatividade de se materializar os benefícios dados às microempresas e empresas de pequeno porte quando estas participam de procedimentos licitatórios.

De modo prático, antes da edição da Lei Complementar n^o 147/2014, estava vencendo (sem qualquer fundamento jurídico) a ideia de que as Unidades Administrativas tinham opção entre “dar” e “não dar” às microempresas e empresas de pequeno porte os benefícios do tratamento diferenciado.

A Lei Complementar n^o 147/2014 acabou com a possibilidade de interpretação desse gênero na medida em que – **alinhandose ao texto constitucional** – impõe, manda, determina e ordena o cumprimento de certas condutas em relação à política, às estratégias e procedimentos que se relacionam às Aquisições Governamentais.

Vale-se, no particular, da expressão indubitosa “deverá”, que veio substituir a palavra “poderá” utilizada pelos dispositivos originais da Lei Complementar n^o 123/2006.

Se o Estatuto das micro e pequenas empresas foi tímido ou equivocado em estabelecer que certos benefícios outorgados às MEP’s “poderiam” ser concedidos, a Lei de 2014 é enfática em obrigar a sua aplicação irrestrita.

E como se trata de norma geral de caráter nacional afeta a edição de novos normativos locais (estaduais e municipais), assim como enseja a revisão de normativos locais já existentes e que com ela não se coadunam, como é o caso da Lei Estadual n^o 13.706/2011, do Estado do Rio Grande do Sul, uma vez que a norma complementar federal é de hierarquia superior às normas ordinárias locais.

Assim diz o Decreto-Lei n^o 4.657/1942, com a redação dada pela Lei 12.376/2010:

“(…)

Art. 2^o Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue. (vide Lei n^o 3.991, de 1961) (vide Lei n^o 5.144, de 1966)

§ 1^o A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior”.

Verifica-se que o artigo 6^o da Lei Estadual n^o 13.706/2011 não mais se compatibiliza com a Lei Complementar n^o 123/2006,

profundamente alterada pela Lei Complementar nº 147/2014. É o que se pode chamar de revogação implícita e, portanto, não pode ser mais invocada em regular procedimento licitatório realizado após 30 de julho de 2014.

Então, no presente caso é de se acolher o entendimento fixado pela Comissão de Licitação na Concorrência nº 03/2014 quando da fase de habilitação e corroborado mais adiante no exame acurado da peça recursal.”

O Tribunal de Justiça do Estado, contudo, tem entendido que a norma do art. 6º da Lei 13.706/2011 é aplicável, como se verifica dos arestos abaixo citados:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO ADMINISTRATIVO. CONTRATO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. TUTELA ANTECIPADA DEFERIDA NA ORIGEM. MANUTENÇÃO, EM RAZÃO DA VEROSSIMILHANÇA DO DIREITO ALEGADO.

Para a concessão da tutela antecipada é necessário que haja prova inequívoca a dar respaldo ao julgador na convicção da verossimilhança das alegações da parte autora, bem como que haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, consoante preconiza o artigo 273, *caput* e inciso I, do CPC.

No caso, a antecipação da tutela deferida na origem deve ser mantida, porquanto o artigo 6º da Lei Estadual nº 13.706/2011 determina, de forma expressa, que as microempresas e empresas de pequeno porte só poderão participar de processos licitatórios destinados à execução de obras e serviços técnicos de engenharia cujos valores estimados da contratação, não excedam às receitas brutas anuais previstas no artigo 3º da Lei Complementar Federal nº 123/2006, requisitos estes não observados pela parte agravante. AGRAVO DESPROVIDO. UNÂNIME.”(Agravado de Instrumento Nº 70062749734, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: João Barcelos de Souza Junior, Julgado em 25/02/2015)

“LICITAÇÃO. ART. 6º, LEI ESTADUAL Nº 13.706/11. MICROEMPRESA E EMPRESA DE PEQUENO PORTE. FATURAMENTO E QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA. ART. 31, § 1º, LEI Nº 8.666/93. SENTIDO DA NORMA ESTADUAL. ART. 44, LC Nº 123/06.

A regra do art. 6º, Lei Estadual nº 13.706/11, não pode ser

lida como estabelecendo limite à participação concorrencial, baseada exclusivamente no faturamento bruto anterior, por evidente contraste com o § 1º do art. 31, Lei nº 8.666/93, mais se ajustando sua razão de ser a impedir distorção decorrente do emprego do art. 44, LC nº 123/06.

Inconfundível a hipótese com o banimento legal à participação em licitações, quanto a empresas infratoras, não se podendo conceber incidir menor faturamento em causa de sancionamento.”(Agravo de Instrumento Nº 70063174197, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Armínio José Abreu Lima da Rosa, Julgado em 01/04/2015)

“AGRAVO REGIMENTAL CONHECIDO COMO AGRAVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. LICITAÇÃO E CONTRATO ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIÇO DE ENGENHARIA. MICROEMPRESA. RECEITA BRUTA. CRITÉRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO NÃO ATENDIDO. DESCUMPRIMENTO DE EXIGÊNCIAS DO EDITAL. INABILITAÇÃO. CORREÇÃO.

Tratando-se de licitações destinadas à execução de obras e serviços técnicos de engenharia, é vedada a participação de microempresas e empresas de pequeno porte que não possuem receita bruta anual prevista no art. 3º da LC nº 123/2006 em valor superior ao estimado na contratação objeto do certame.

Inteligência do art. 6º da Lei Estadual nº 13.706/2011.

A finalidade da norma em epígrafe é no sentido de equacionar o resguardo do patrimônio público com as vantagens promovidas às microempresas e às empresas de pequeno porte em contratações promovidas pela Administração quando estas possuírem maior complexidade técnica, exigindo, portanto, quociente de capacidade econômico-financeira correspondente ao valor contratado, para assegurar o seu cumprimento e garantir o adimplemento de penalidades advindas de eventual inexecução. Não atendendo a licitante às exigências para sua participação no certame, tampouco exigências contidas no edital, que se mostram válidas, correta sua inabilitação.

Precedentes do TJRS e STJ.

Agravo regimental conhecido como agravo, desprovido.”(Agravo Regimental Nº 70047678529, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Eduardo Zietlow Duro, Julgado em 29/03/2012)

Dos acórdãos acima transcritos, vê-se que a norma do art. 6º da Lei 13706/2011 gera controvérsias desde antes da edição da LC 147/14 que produziu alterações na LC 123/06. Apesar disso, o Tribunal de Justiça do Estado vem mantendo sua aplicação, não tendo sido analisada, em nenhum momento, a constitucionalidade da norma, nem sua possível derrogação em razão da entrada em vigor da LC 147/14.

É sustentável o entendimento de que o art. 6º da Lei 13.706/11 restou revogado em razão dos novos comandos insertos pela LC 147/14 na LC 123/06 e na Lei 8666/93, como antes explanado. Todavia, por razões de segurança jurídica, não se afigura recomendável que a norma tenha sua aplicação afastada pela Administração Pública sob tal fundamento.

Com efeito. Esse procedimento pode causar ainda mais tumulto, ocasionando o ingresso de demandas judiciais por aquelas empresas que se julgarem prejudicadas com o afastamento da norma legal.

Sendo assim, concluindo-se que o art. 6º da Lei 13.706/11 não guarda compatibilidade com as normas introduzidas pela LC 147/14 e por razões de segurança jurídica, entende-se recomendável que seja encaminhado projeto de lei visando à revogação expressa do indigitado dispositivo legal.

Entretanto, até que seja o indigitado artigo 6º expressamente revogado, recomenda-se à CORSAN que permaneça mantendo a vedação nele contida em seus editais. Considerando que a norma estipula como condição para a participação de ME e EPP nas licitações de obras e serviços técnicos de engenharia que o valor da contratação não exceda às receitas brutas anuais previstas no art. 3º da LC 123/2006, e que o mencionado art. 3º exige, para qualificação como ME e EPP, além dos valores de receita bruta anual previstos nos incisos I e II, também o registro no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, entende-se que o parâmetro para verificar a condição da licitante englobe a sua receita bruta anual e o seu enquadramento na Junta Comercial.

É o Parecer.

Porto Alegre, 30 de janeiro de 2017.

Helena Beatriz Cesarino Mendes Coelho

Procuradora do Estado

Ref. Exp. nº 001725-22.87/15-5

PROCESSO Nº 001725-22.87/15-5

Acolho as conclusões do PARECER nº 16.970/17, da Procuradoria do Domínio Público Estadual, de autoria da Procuradora do Estado HELENA BEATRIZ CESARINO MENDES COELHO.

Oficie-se à Casa Civil, com vistas à Subchefia Legislativa, com cópia do presente parecer, para ciência da necessidade de encaminhamento de projeto de lei para revogação do art. 6º da Lei 13.706/11.

Oficie-se, outrossim, com cópia do presente parecer ao Senhor Secretário da Modernização Administrativa e dos Recursos Humanos e ao Agente Setorial desta Procuradoria-Geral junto à referida Secretaria.

Após, restitua-se à Secretaria de Obras, Saneamento e Habitação.

Em 13 de abril de 2017.

**Eduardo Cunha da Costa,
Procurador-Geral do Estado, em exercício.**



NORMAS PARA PUBLICAÇÃO

- 1 - Os trabalhos encaminhados para apreciação deverão estar de acordo com a linha editorial da RPGE “**Direito Público e Advocacia de Estado**” bem como, respeitar as normas de apresentação da ABNT, dentre as quais destacamos: NBR 6022 (Informação e documentação – Artigos em publicação periódica impressa – Apresentação); NBR 6023 (Informação e documentação – Referências – Elaboração); NBR 6028 (Informação e documentação – Resumo – Apresentação); e NBR 10520 (Informação e documentação – Índice – Apresentação).
 - 1.1 - Os artigos deverão ter sua extensão ditada pela necessidade de clareza na explicitação dos argumentos, respeitado o limite de 13 (treze) a 30 (trinta) laudas (20 linhas com 60 caracteres cada), incluindo quadros, tabelas, ilustrações, notas e referências, observando:
 - a) espaço 1½ e fonte Arial 11, exceto: resumo, que deve aparecer com fonte tamanho 10 e espaço entre linhas e legendas, que devem ser inseridas com fonte tamanho 10 e espaço entre linhas simples;
 - b) devem ser elaboradas em folha A4 (210mm x 397mm);
 - c) devem respeitar as seguintes margens: superior = 3cm; inferior = 2cm; esquerda = 3cm; e direita = 2cm;
 - d) os itens e subitens devem aparecer em letras maiúsculas e em negrito, e devem sempre ser iniciados na mesma página, não deixando espaços em branco entre um e outro, utilizando-se numeração para os itens (1, 2, 3 etc.) e sub-numeração para os subitens (1.1., 1.2., 2.1., 2.2. etc.), estes apenas com as letras iniciais em maiúsculo;
 - e) as notas de rodapé devem adotar um dos sistemas previstos pela Associação Brasileira de Normas Técnicas (alfabético ou numérico) para fazer citações de obras consultadas. Se a opção for pelo alfabético, as referências devem ser ordenadas no final do artigo em uma única ordem alfabética. Mas caso a opção tenha sido pelo sistema numérico, as referências finais aparecem na mesma ordem numérica crescente;
-

- f) a fonte das notas de rodapé devem vir no tipo Arial, estilo normal, tamanho 9, utilizando espaço simples entre linhas e alinhamento justificado e deverão ser colocadas ao pé da página de ocorrência;
- g) as citações podem ser transcrições literais (citação direta) ou uma síntese do trecho que se quer citar (citação indireta). Tanto num caso como no outro, as fontes devem estar indicadas, não se admitindo transcrições sem a devida referência;
- h) as citações diretas que ultrapassarem 5 linhas devem vir em um parágrafo especial, dispensando-se as aspas, separada do parágrafo anterior e posterior por uma linha a mais, fonte do tipo Arial, estilo normal, tamanho 11 e com recuo da margem esquerda igual ao dos parágrafos;
- i) as referências bibliográficas seguirão, obrigatoriamente, as normas da ABNT vigentes.

Todos(as) os(as) autores(as) citados(as) no texto, e somente estes(as), devem compor uma lista de referências, no final do texto. A exatidão e adequação destas referências são de exclusiva responsabilidade do(a)s autor(a)(es).

1.2 - Os artigos em formato .doc devem obrigatoriamente apresentar títulos, resumos (máximo 250 palavras) e palavras-chave/descriptores (contendo cinco palavras) em português e inglês. O resumo deve explicar, em um único parágrafo, o(s) objetivos(s) pretendido(s), procurando justificar sua importância (sem incluir referências bibliográficas), os principais procedimentos adotados, os resultados mais expressivos e conclusões.

1.3 – Os artigos devem ser enviados para o seguinte e-mail conselho-editorial@pge.rs.gov.br

Os trabalhos não devem apresentar identificação de autoria no corpo do texto. O nome completo do(s) autor(es) devem constar somente no corpo do e-mail bem como, titulação completa, instituição à qual está vinculado, cargo, e-mail, endereço e telefone para contato.

- 1.4 - Resenhas, pontos de vista, assim como relatos, comentários e discussão de jurisprudências devem ter no máximo 10 (dez) laudas de igual formatação ao descrito no item 1.1.
- 1.5 - Resumos de teses, dissertações e monografias – relacionados com a linha editorial da revista – não devem exceder o espaço de uma lauda.

DISPOSIÇÕES GERAIS

Os trabalhos a serem publicados observarão os seguintes critérios: concordância com as finalidades da revista; atualidade, originalidade e/ou ineditismo do tema abordado; profundidade da análise; correção e coerência da linguagem; clareza e consistência dos conceitos e da abordagem; importância científica do tema; coerência das reflexões/conclusões com a sequência do texto; correção e atualidade das citações e autores(as) referenciados(as).

Os trabalhos aceitos poderão sê-lo “sem restrições” ou “devolvidos para reformulações”. Quando as reformulações tratarem apenas de aspectos formais ou outras que não modifiquem as ideias dos(as) autores(as), serão efetuadas pelo Conselho Editorial; nos demais casos, o trabalho será reenviado ao(à) autor(a).

Os autores que tiverem seus trabalhos aprovados receberão a autorização de publicação que deverá ser assinada e enviada para o e-mail do conselho editorial, aceitando os colaboradores a cessão dos seus direitos autorais para a Revista da PGE e não farão jus a qualquer remuneração.

Os autores, cujas contribuições forem aprovadas para publicação, receberão três exemplares da Revista onde constar a publicação.

As regras e critérios para publicação poderão ser excepcionadas a critério do Conselho quando o assunto for de especial interesse ou o autor tiver reconhecimento pela excelência da sua obra.

