

## Visão geral do Estatuto das Microempresas e seu impacto nas licitações\*

Jair Eduardo Santana  
Edgar Guimarães

**Palavras-chave:** Microempresa e empresa de pequeno porte (licitação). Licitação (modalidades e tipos).

**Sumário:** **1.1** Introdução - **1.2** Matriz constitucional - **1.3** Tratamento diferenciado e o princípio da isonomia - **1.4** Definição de microempresa e empresa de pequeno porte e a comprovação desta condição jurídica nas licitações - **1.5** Âmbito de incidência da LC nº 123/06 - **1.6** Modalidades e tipos de licitação abrangidos pela LC nº 123/06 - **1.7** Sociedade de Propósito Específico SPE formada por microempresas e empresas de pequeno porte

### 1.1 Introdução

Após sanção do Chefe do Poder Executivo Federal, em 15 de dezembro de 2006 foi publicada a Lei Complementar nº 123/06,<sup>1</sup> que institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte.

Objetivando materializar comandos constitucionais, notadamente aqueles contidos no Título VII, "Da Ordem Econômica e Financeira", que, dentre outras coisas, determinam tratamento favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte, o legislador complementar criou um regime tributário diferenciado, instituiu o Simples Nacional, sistema que implica no recolhimento mensal, mediante documento único de arrecadação de alguns impostos, e promoveu também alterações nas licitações, prescrevendo benefícios a serem dispensados às MEs/EPPs.

No tocante às alterações na disciplina jurídica das licitações, a tratativa desta matéria encontra-se consignada nos artigos 42 a 45 e 47 a 49 da mencionada Lei Complementar. A partir de uma análise sistemática de tais dispositivos, é possível constatar que ditas alterações se resumem em três grandes categorias: (i) alteração na fase de habilitação (artigos 42 e 43); (ii) alteração no julgamento das propostas, com a criação de um empate ficto e critério de desempate (artigos 44 e 45); (iii) licitações/contratações diferenciadas (artigos 47 a 49).

Outra inovação, distinta das acima mencionadas, pois indiretamente ligada às licitações e muito mais próxima da execução contratual, diz respeito à possibilidade da ME/EPP emitir cédula de crédito microempresarial, tendo como lastro o empenho do poder público, liquidado e não pago no prazo de 30 dias, podendo tal cédula ser negociada no mercado financeiro, consoante se depreende das disposições contidas no parágrafo único do art. 46 da LC nº 123/06.

No que diz respeito especificamente às licitações, as normas consignadas nos artigos 42 a 45 são de eficácia plena e imediata, ou seja, encontram-se produzindo efeitos no mundo jurídico desde a publicação da LC nº 123/06 (*DOU*, 15 dez. 2006). Sendo assim, por ocasião do processamento/julgamento de licitações instauradas a partir daquela data, todas as entidades da Administração Pública, de qualquer esfera governamental, estão obrigadas a prestar total obediência a tais dispositivos.

Portanto, a implementação das prerrogativas conferidas às MEs/EPPs, estabelecidas nos artigos 42

a 45, deve ser respeitada e disciplinada pela Administração Pública que deverá prever em seus instrumentos convocatórios os benefícios outorgados pela lei a esta categoria jurídica de licitantes.

Ainda que o TCU, em recentes decisões (Acórdão nº 702/2007 Plenário e Acórdão nº 2.144/2007 Plenário), tenha se manifestado no sentido de que não é necessária a previsão editalícia para que sejam concedidos os benefícios da LC nº 123/06, bastando que a Comissão ou o Pregoeiro cumpram a lei no curso da licitação, partilhamos entendimento no sentido da necessidade da sua previsão expressa no ato convocatório do certame. Não que a medida seja condicionante do reconhecimento dos benefícios legais, porque estes, como sabido, já foram homenageados pelo Estatuto e, no caso, desfrutam da auto-aplicabilidade.<sup>2</sup> Mas fundamentalmente para que permitam melhor operacionalizar o certame com a enunciação prévia das *regras do jogo*.

O supedâneo para tal entendimento encontra-se fundado no princípio da vinculação ao instrumento convocatório que determina à entidade licitadora e aos licitantes o estrito cumprimento dos termos do edital. Em outras palavras, sendo o edital a lei interna da licitação, afigura-se indispensável que este instrumento faça previsão de todas as regras e condições que regerão a competição, impossibilitando qualquer espécie de surpresa no curso do procedimento.

Quanto à regra encartada no art. 46 da LC nº 123/06 (emissão de cédula microempresarial), a situação é distinta dos artigos antes mencionados, pois trata-se, em verdade, de norma de eficácia contida, dependente de regulamentação advinda do Poder Executivo e que até o momento não se encontra materializada.

Os artigos 47, 48 e 49 (licitações/contratações diferenciadas), embora também se refiram a normas de eficácia contida, foram objeto de regulamentação por parte de algumas pessoas políticas que integram a nossa federação, *v.g.*, a União, que em 5 de setembro de 2007 editou o Decreto Federal nº 6.204/07. Alguns Estados-Membros e Municípios procederam da mesma forma.

Tendo em vista que a LC nº 123/06 em seu art. 47, menciona, expressamente, que o tratamento diferenciado e simplificado ali referido deverá estar previsto "na *legislação* do respectivo ente", sustentamos que o meio formal a ser utilizado para a necessária regulamentação do bloco normativo constante dos artigos 47 a 49, é a *lei ordinária*.

## 1.2 Matriz constitucional

O tratamento diferenciado e favorecido às MEs e EPPs está previsto nos artigos 170, inciso IX, e 179 da Constituição Federal, assim consignados:

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.

Para atender tal comando constitucional, foi editada a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006 (LC nº 123/06), que trouxe regramento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte (MEs/EPPs) em inúmeras dimensões, conforme prevê seu art. 1º:

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

I - à apuração e recolhimento dos impostos e contribuições da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, mediante regime único de arrecadação, inclusive obrigações acessórias;

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

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

Ao estabelecer tratamento *diferenciado e favorecido* para as microempresas e empresas de pequeno porte, a elas deu *preferência nas aquisições de bens e serviços pelo Poder Público*. Ou seja, criou-se em relação às *aquisições públicas* ambiente no qual é imputado àquelas empresas tratamento preferencial e diferenciado.

É dizer, a legislação invocada impacta significativamente as licitações em seus artigos 42 a 45 e 47 a 49, de cujo *bloco normativo* sobressaem as problemáticas que serão enfrentadas em *capítulos* próprios.

Para maior clareza, cabe ressaltar que o *status* de lei complementar da LC nº 123/06 decorre do fato de ter o legislador optado por disciplinar, através de um único diploma legal, os diversos aspectos do regime jurídico das MEs e EPPs, incluindo aqueles de cunho tributário. A Constituição Federal de 1988 (art. 146, inc. III) determina que matéria de natureza tributária deverá ser veiculada através de lei complementar.

Não obstante, as normas relativas a licitações têm caráter de lei ordinária, o que, aliás, encontra-se previsto no art. 86 da LC nº 123/06: "as matérias tratadas nesta Lei Complementar que não sejam reservadas constitucionalmente a lei complementar poderão ser objeto de alteração por lei ordinária".

A propósito do assunto, Marçal Justen Filho leciona no seguinte sentido:

Isso significa que as normas sobre licitação contidas na LC nº 123 apresentam natureza de lei ordinária e sua prevalência em face das regras da Lei nº 8.666 derivaria do princípio da posteridade ("a lei posterior revoga a anterior"), não em vista do princípio

da superioridade ("a lei superior prevalece sobre a lei inferior") nem do da especialidade ("a lei complementar prevalece sobre a lei ordinária, em matéria a ela reservada constitucionalmente").<sup>3</sup>

Desta forma, sustentamos que este conjunto normativo da LC nº 123/06 que trata das licitações, poderá ser objeto de alterações, valendo-se o legislador do processo legislativo pertinente à lei ordinária, que é mais simplificado se comparado ao da lei complementar.

### **1.3 Tratamento diferenciado e o princípio da isonomia**

Sinteticamente, é possível afirmar que licitação é um procedimento administrativo consubstanciado num conjunto de atos praticados de forma ordenada e sucessiva pelo Poder Público, visando à seleção da melhor oferta, em razão de determinado negócio jurídico que pretende celebrar por meio de um contrato. Cada ato deste conjunto cumpre uma função específica no contexto geral.<sup>4</sup>

A relação que se instaura entre a Administração Pública licitadora e os particulares que acodem ao chamamento público, estes denominados licitantes, contempla interesses opostos, na medida em que, de um lado, existe o interesse público a ser satisfeito de maneira ótima e, de outro, o interesse do particular em contratar com o Poder Público.

Sobre a perspectiva de que alberga interesses antagônicos, é possível identificar-se as finalidades da licitação, especificamente para definir os objetivos a serem alcançados. Da inteligência do art. 3º da Lei nº 8.666/93, conclui-se que a licitação cumpre duas finalidades básicas: garantir a isonomia na atuação administrativa e obter a proposta mais vantajosa para o Poder Público.

Instaurado o competitivo, abre-se a possibilidade de qualquer interessado formular sua proposta, participando, em igualdade de condições, com outros proponentes e, em caso de eventual vitória, contratar com a Administração Pública.<sup>5</sup> Assim, identificada está uma das finalidades nucleares da licitação, qual seja, a observância do princípio constitucional da isonomia.

O tratamento diferenciado outorgado pela LC nº 123/06 às MEs e EPPs poderia ser objeto de questionamento, tendo como pano de fundo eventual violação ao princípio constitucional da igualdade encartado no art. 5º da Carta Federal, e à própria isonomia a que se refere a lei de licitações em seu art. 3º.<sup>6</sup>

A legitimidade dos benefícios estabelecidos pela LC nº 123/06 advém de determinação constitucional, expressamente prevista nos art. 170, inc. IX, e art. 179 da Constituição Federal. Considera-se, portanto, que o favorecimento às MEs e EPPs constitui princípio constitucional da ordem econômica, devendo ser observado pela Administração Pública por ocasião de suas licitações que objetivam contratações com particulares.

José Anacleto Abduch Santos, ao enfrentar a problemática do tratamento favorecido às ME/EPP *versus* o princípio da igualdade, assim leciona:

Quaisquer discriminações legais são legítimas e, portanto válidas, se a discriminação tiver suporte constitucional (o que não significa necessariamente previsão constitucional expressa, ressalte-se). No caso da norma em exame, o fundamento constitucional está

expressamente previsto no art. 170, inc. IX, da Constituição Federal, erigindo à condição de princípio o tratamento favorecido à empresa de pequeno porte, e no art. 179, que remete à lei a criação de situação jurídica de efetivo tratamento diferenciado. À luz de um dos referentes metodológicos acima citados, o da interpretação sistemática, é de se referir que tal princípio deve coabitar harmonicamente o sistema jurídico com os demais princípios e valores constitucionais, e certamente deverá ser ponderado quando da solução de casos concretos.<sup>7</sup>

Por sua vez, Marçal Justen Filho observa que "somente serão válidos os benefícios instituídos em prol das MEs e EPPs que sejam aptos a assegurar a neutralização das diferenças por elas apresentadas em face das grandes empresas".<sup>8</sup> O tratamento diferenciado, portanto, não deverá ir além do estritamente necessário para eliminar as diferenças entre pequenas e grandes empresas sob pena de se afrontar o princípio da isonomia.

O Tribunal de Contas da União, consoante autoriza a Súmula nº 347 do Supremo Tribunal Federal, apreciou a constitucionalidade do tratamento diferenciado e privilegiado conferido às MEs/EPPs nas licitações e concluiu inexistir qualquer afronta aos comandos principiológicos estabelecidos na Constituição Federal, conforme se depreende do voto do Ministro Relator Guilherme Palmeira, consubstanciado no Acórdão nº 1.231/2008 Plenário.

Impende, ainda, alertar que a LC nº 123/06 encontra-se em plena vigência exceto os dispositivos pendentes de regulamentação e, no que diz respeito às licitações/contratações, até o presente momento não houve qualquer provocação do Poder Judiciário a propósito de eventuais inconstitucionalidades normativas.<sup>9</sup> Sendo assim, impõe-se, desde logo, o seu inafastável cumprimento.

#### **1.4 Definição de microempresa e empresa de pequeno porte e a comprovação desta condição jurídica nas licitações**

Para uma compreensão mais exata dos pontos que abordaremos adiante, transcreveremos trecho do art. 3º da LC nº 123/06 que define e diferencia as microempresas e empresas de pequeno porte:

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

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

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

Pelas disposições legais acima transcritas, tem-se um conceito objetivo de ME e EPP. Todavia, para fins de obtenção dos benefícios, o simples enquadramento nos limites de receita bruta anual fixados pela LC nº 123/06 não é suficiente. O §4º do mesmo art. 3º relaciona os casos em que não se aplicará o regime de favorecimento para nenhum efeito legal, de sorte que caberá à Administração Pública exercer o devido controle, a fim de precaver-se contra eventuais simulações que visem a qualificação indevida de certa pessoa como beneficiária das vantagens outorgadas às MEs e EPPs.

Cabe, também, observação no sentido de que tanto as pessoas físicas quanto as jurídicas, podem, uma vez preenchidos os necessários requisitos legais, receber o *status jurídico* de microempresa ou empresa de pequeno porte, gozando dos benefícios a elas inerentes.

Feitas estas considerações iniciais, surgem as seguintes dúvidas: (i) para que uma ME/EPP possa gozar dos benefícios a ela outorgados pela LC nº 123/06 nas licitações, ela precisa, necessariamente, ser optante do Simples Nacional? (ii) nas licitações, para fins de obtenção dos benefícios contemplados pela LC nº 123/06, como verificar/comprovar a condição jurídica de ME/EPP dos licitantes? (iii) uma ME/EPP pode participar de uma licitação gozando dos privilégios da LC nº 123/06 e disputar um contrato no valor de R\$5.000.000,00 (cinco milhões de reais)?<sup>10</sup>

Primeiramente, é preciso dizer que a LC nº 123/06 apresenta alguns *blocos normativos* e que tais blocos são absolutamente dissociados, ou seja, temos a instituição do Estatuto da Microempresa, a criação do Simples Nacional, alterações na Consolidação das Leis Trabalhistas, alterações na legislação previdenciária e alterações nas licitações.

A assertiva acima, aliada à inexistência de lei que obrigue a ME/EPP a optar pelo Simples Nacional, nos leva a sustentar a tese de que a obtenção de benefícios nas licitações não está vinculada ao cadastro/registro no Simples. Em outras palavras, determinada ME/EPP, embora preencha todos os requisitos legais para ser enquadrada no Simples Nacional, por sua decisão poderá permanecer no regime tradicional, não perdendo com isso a possibilidade de gozar dos benefícios que lhe reserva a lei. Portanto, a resposta à primeira indagação é negativa.

Com relação à comprovação da condição jurídica de ME/EPP, cabe registrar que o Departamento Nacional de Registro do Comércio, em 30 de abril de 2007, expediu a Instrução Normativa nº 103, estabelecendo regras para o enquadramento, desenquadramento e re-enquadramento de ME/EPP.

De acordo com dita instrução, o empresário deverá declarar à respectiva Junta Comercial Estadual que cumpre todos os requisitos da legislação para ostentar a condição jurídica de ME/EPP (IN nº 107/07, art. 1º, II, 2). Esta declaração será arquivada e, sempre que requerida, a Junta Comercial expedirá certidão atestando aquela condição, que será apresentada nas respectivas licitações.

A propósito da comprovação desta condição jurídica, o Decreto nº 6.204/07 fixou disciplina diversa da constante da mencionada Instrução Normativa. O art. 11 do regulamento federal estabelece que, para fins de obtenção de benefícios nas licitações, deverá ser exigido dos licitantes uma declaração, sob as penas da lei, de que cumprem os requisitos legais para a qualificação como ME/EPP, estando aptos a usufruir o tratamento favorecido estabelecido na LC nº 123/06.

Iniciados os trabalhos relacionados ao processamento da fase externa do certame, é aconselhável



que o órgão julgador da entidade licitadora (comissão de licitação ou pregoeiro) proceda, desde logo, à verificação da condição jurídica de ME/EPP dos licitantes, bem como da inexistência de impedimentos à fruição dos benefícios previstos na LC nº 123/06, uma vez que o favorecimento previsto na lei terá reflexos tanto na habilitação como no julgamento das propostas dos beneficiários. Se, neste momento, pairar qualquer espécie de dúvida, por medida de extrema cautela, a diligência terá cabimento, a fim de que a situação seja esclarecida e o órgão julgador possa, com segurança, dar prosseguimento ao certame licitatório.

Em muitas circunstâncias, a promoção de diligências com a sua necessária instrução poderá demandar o encerramento da sessão pública, com a designação de nova data visando a continuidade dos trabalhos.

Ao realizar a verificação acima referida, caberá ao órgão julgador manifestar-se positiva ou negativamente, ou seja, reconhecendo ou não o *status jurídico* de ME/EPP do licitante. Este ato, que apresenta natureza decisória, por óbvio comporta questionamentos, os quais poderão ser materializados com a utilização da via recursal.

Ainda a propósito da comprovação da condição de ME/EPP, Marçal Justen Filho defende que "se o ato convocatório impuser qualificação específica para a fruição do benefício, a empresa que deixar de atender à exigência previamente não poderá fazê-lo posteriormente. Nesse caso, presumir-se-á a renúncia pelo interessado do direito à preferência consagrada na LC nº 123".<sup>11</sup>

É imperioso anotar que em 15 de junho de 2007 foi editada a Lei nº 11.488 que estendeu o tratamento diferenciado e favorecido às cooperativas que tenham auferido, no ano-calendário anterior, receita bruta até o limite definido no inciso II do *caput* do art. 3º (R\$2.400.000,00), nela incluídos os atos cooperados e não-cooperados.

Desta forma, as cooperativas que atendam ao limite de receita bruta anual nos termos acima referidos têm direito aos mesmos benefícios outorgados às MEs/EPPs nas licitações, o que, convenhamos, será mais um fator de extrema complexidade e merecedor de muita atenção por parte da entidade licitadora.

Dessume-se que o instrumento convocatório deverá fixar, de forma clara e objetiva, o documento necessário para que o licitante receba o *status jurídico* de ME/EPP e, por conseguinte, os benefícios da LC nº 123/06, indicando o momento da sua apresentação e a espécie de recurso cabível contra a decisão proferida pela comissão de licitação ou pregoeiro que analisar os eventuais casos desta natureza que se apresentem no certame licitatório.

Cabe anotar que a ME/EPP não pode ser alijada de uma licitação em que esteja em disputa um contrato no valor de R\$5.000.000,00 (cinco milhões de reais), pois inexistente qualquer suporte legal neste sentido. Desta forma, se a ME/EPP preencher todos os requisitos fixados no edital, poderá ela concorrer e gozar dos privilégios da LC nº 123/06. Caso vença o certame e assine o respectivo contrato, no curso daquele exercício financeiro o seu *status jurídico* não sofrerá qualquer alteração, ainda que a receita bruta tenha ultrapassado o limite de R\$2.400.000,00. Se obtida receita bruta superior a este valor, somente no exercício seguinte é que esta contratada perderá a condição de ME/EPP, não se constituindo este fato em motivo para rescisão contratual.

Por derradeiro, em qualquer licitação, o licitante que não obtiver o *status jurídico* de ME/EPP, por evidente, não será afastado da competição por esta razão específica. O resultado jurídico será inexistência de qualquer direito ou benefício consignado na LC nº 123/06, podendo aquele licitante disputar em igualdade de condições com outros não beneficiados pelo tratamento diferenciado.

Quando se fala de *categorização de microempresa e empresa de pequeno porte para efeito de licitação* logo se contrasta o *valor da futura contratação* com o *valor do faturamento anual daquelas*.

Não é incomum que contratos da Administração Pública sejam vultuosos e não se limitem aos parâmetros do art. 3º e incisos da LC nº 123/06.

Logo, portanto, vem a pergunta: é possível firmar contrato com microempresa ou pequena empresa cujo valor supere o faturamento anual a elas permitido?

Na verdade, a matéria é por demais singela posto que a própria LC nº 123/06 possui texto normativo específico para solucionar eventual impasse (artigo 3º, §3º). E, em acréscimo, não se encontrará na Lei de Licitações nº 8.666/93 qualquer *causa* que justifique eventual *quebra contratual*.

De todo modo, registramos que em pregão realizado pela CHESF Companhia Hidroelétrica do Rio São Francisco para contratação de empresa especializada para fiscalização do *Programa Luz para Todos*, diversas irregularidades foram verificadas pelo TCU, tais como a terceirização de atividade-fim, a realização do certame através de lote único, quando o objeto era divisível, apresentação de atestado de capacidade técnica imprestável ao objeto (uma licitante apresentou atestado que comprovava execução de serviço de engenharia, e o pregão visava locação de mão-de-obra).

Apesar das tantas irregularidades, chamou-nos a atenção fato interessante, que motivou a representação ao TCU por uma das empresas participantes: a vencedora do certame era microempresa. *A licitação estava orçada em mais de 22 milhões de reais*, e a ME vencedora (que efetivamente fez uso da prerrogativa dos artigos 44 e 45 da LC nº 123/06) apresentou como último preço para o desempate o valor aproximado de 17 milhões de reais.

Discutia-se, então, se uma empresa cujo faturamento anual não pode ultrapassar os R\$240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais) poderia firmar um único contrato 71 vezes maior que seu faturamento permitido.

O TCU entendeu que inexistia irregularidade quanto a isto, pois o próprio artigo 3º, §3º da LC nº 123/06 impede qualquer restrição quanto a contratos firmados com ME ou EPP diante do enquadramento ou desenquadramento da respectiva empresa. Ademais, o desenquadramento ocorre sempre no ano-calendário seguinte à superação do limite da receita bruta anual da ME ou EPP, conforme preceitua o artigo 3º, §9º desta mesma lei.

*Determinou-se a anulação do certame*, entretanto, dadas as irregularidades intransponíveis relatadas no princípio desta exposição:

REPRESENTAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO QUE TEM POR OBJETO A CONTRATAÇÃO EMPRESA PARA FISCALIZAÇÃO DO PROGRAMA LUZ PARA TODOS. IDENTIFICAÇÃO



SUPPOSTOS VÍCIOS. CONCESSÃO DE MEDIDA CAUTELAR COM O INTUITO DE IMPEDIR CONTRATAÇÃO DA EMPRESA VENCEDORA DO CERTAME. NOTIFICAÇÃO DESSE CERTAME. EMPRESA E DA CHESF. APRESENTAÇÃO DE ESCLARECIMENTOS PELOS GESTORES POR ESSA EMPRESA. VERIFICAÇÃO DA OCORRÊNCIA DE IRREGULARIDADES DO CERTAME. DETERMINAÇÃO À CHESF PARA QUE PROMOVA SUA ANULAÇÃO.

1. É necessária a exigência pela Administração, em procedimento licitatório, de atestado que demonstre haver o licitante executado objeto com características similares ao da licitação em curso.

2. A Administração deve, também, promover a divisão em lotes do objeto licitado, quando disso resultar aumento da competitividade entre interessados e for ela economicamente e tecnicamente viável. (TCU Acórdão 607/08 Processo 027954/2007-7 Rel. Min. Benjamin Zymler Plenário *DOU*, 14 abr. 2008)

### 1.5 Âmbito de incidência da LC nº 123/06

Inicialmente, para a perfeita compreensão do âmbito de incidência da LC nº 123/06 e das entidades que estão submetidas ao regime jurídico que impacta as licitações (artigos 42 a 45 e 47 a 49 da LC nº 123/06), é preciso observar o contido em seu art. 1º, assim disposto:

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

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

De um simples passar de olhos, é possível inferir que todas as pessoas políticas da federação estão sujeitas à observância da LC nº 123/06, vale dizer, a União, Estados-Membros, Municípios, Distrito Federal e todos os Poderes constitucionalmente instituídos (Executivo, Legislativo e Judiciário), como também, os Tribunais de Contas, Ministério Público e os órgãos e entidades da Administração Direta e Indireta.

Quanto às empresas públicas e sociedades de economia mista, entidades estas que fazem parte da Administração Indireta, o legislador complementar fixou prazo de um ano para que tais entidades promovam ações visando a adaptação dos seus respectivos estatutos ao disposto na LC nº 123/06 (art. 77, §2º).

A propósito da temática ora enfrentada, comumente surge, em cursos e palestras que ministramos, a seguinte questão: as entidades do denominado Sistema "S" estão obrigadas, nas suas licitações, a observar o tratamento diferenciado outorgado às MEs/EPPs pela LC nº 123/06?

Neste contexto, é preciso anotar que as entidades do denominado Sistema "S" (SESC, SEBRAE, SENAI, SENAC, etc.) são caracterizadas como Serviços Sociais Autônomos,<sup>12</sup> não integrantes da estrutura organizacional da Administração Pública Brasileira e, portanto, não se submetem aos

rigores da disciplina jurídica das licitações, notadamente a Lei nº 8.666/93, Lei nº 10.520/02 (lei do pregão) e decretos regulamentares nºs 3.555/00 e 5.450/05 (pregão presencial e eletrônico, respectivamente), exceção feita quando do manuseio de recursos públicos transferidos voluntariamente pela União.<sup>13</sup>

Ditas entidades são pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos que, em razão de gerirem recursos provenientes de contribuições parafiscais e possuírem alguns privilégios próprios das pessoas jurídicas de direito público, não têm ampla liberdade para contratar bens e serviços, devendo, para tanto, instaurar um procedimento prévio denominado licitação, como forma de prestigiar os princípios constitucionais da moralidade, impessoalidade e isonomia, dentre outros.

Embora estejam obrigadas a licitar, sustentamos que não se submetem aos rigores da ordem jurídica regedora da matéria aplicada às entidades da Administração Pública, mas a regulamentos próprios devidamente publicados, consoante manifestação do próprio Tribunal de Contas da União vazada na Decisão nº 907/1997.

A LC nº 123/06 consigna de forma clara a sua abrangência ao fixar normas gerais relativas ao tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às MEs/EPPs no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Não estão incluídos neste rol os entes que compõem o Sistema "S", pois, como dito anteriormente, mencionadas entidades não integram a estrutura organizacional da Administração Pública brasileira.

Inexiste, portanto, qualquer comando normativo expresso que, de forma compulsória, obrigue o Sistema "S" a respeitar, por ocasião das suas licitações instauradas com recursos próprios, o regime jurídico favorecido a que se referem os artigos 42 a 45 e 47 a 49 da LC nº 123/06.<sup>14</sup>

Embora sustentemos esta posição, reconhecemos que fatalmente iremos nos deparar com um paradoxo, já que a LC nº 123/06 apresenta, substancialmente como finalidade nuclear, o incentivo e apoio à ME/EPP, finalidade esta coincidente com a do SEBRAE. Sendo assim, qual seria o fundamento para que o SEBRAE deixasse de implementar e observar aquele tratamento diferenciado outorgado às MEs/EPPs em suas licitações? Esta, sem dúvida alguma, é uma pergunta que não quer calar e que, seguramente, deverá merecer uma reflexão mais aprofundada tanto por parte da doutrina como também pelo Tribunal de Contas da União.

A bem da verdade, a questão anteriormente suscitada foi, com muita propriedade, resolvida, pois o Conselho Deliberativo Nacional do Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas SEBRAE, em 25 de fevereiro de 2008, baixou a Resolução nº 166, dispondo sobre o tratamento favorecido, diferenciado e simplificado a ser dispensado às MEs/EPPs nos procedimentos licitatórios instaurados no âmbito do SEBRAE.

De qualquer sorte, nos filiamos ao entendimento abalizado de Carlos Pinto Coelho Motta, que em estudo específico sobre esta problemática, assim concluiu:<sup>15</sup>

Respondendo sucintamente à consulta, entendo que as inovações dos artigos 42 a 49 da LC nº 123/06 somente serão aplicáveis ao Sistema "S" se as instituições componentes, em nível nacional, explicitarem tais diretrizes sob a forma de Regulamento, tal como se operou com a retrocitada Resolução SESC nº 949/98.

## 1.6 Modalidades e tipos de licitação abrangidos pela LC nº 123/06

Da ordem jurídica vigente na atualidade, subtrai-se a existência de seis modalidades de licitação: a *concorrência*, *tomada de preços*, *convite*, *concurso*, *leilão* e *pregão*. Cada qual apresenta conceito próprio e algumas delas finalidades muito específicas, como é o caso das modalidades *concurso* e *leilão*.

Resumidamente, é possível dizer que a *concorrência*, *tomada de preços*, *convite* e *pregão* se destinam a aquisição de bens, contratação de serviços, contratação de obras de engenharia. Por sua vez, a modalidade *concurso* é utilizada para contratação de trabalho técnico, artístico ou científico e o *leilão* para alienação de bens.

Diante do quadro acima desenhado, o regime jurídico favorecido, contemplado na LC nº 123/06, do qual é beneficiária a ME/EPP, teria aplicação irrestrita a todas as referidas modalidades licitatórias?

Desde logo, é preciso assentar que a LC nº 123/06 estabeleceu critérios de preferência a serem observados por ocasião de licitações que visem aquisição de bens e contratação de serviços. Assim, ao aplicarmos um critério residual ou excludente, é possível, de imediato, sustentar que a lei complementar talvez não produza qualquer impacto em licitações nas modalidades *concurso* e *leilão*, tendo em vista as suas respectivas finalidades e aplicabilidades.

Restam assim, integralmente submissas às disposições da LC nº 123/06, a *concorrência*, *tomada de preços*, *convite* e *pregão*, exceção feita apenas nas situações em que ditas modalidades contemplem em seus objetos *concessões* ou *permissões de serviços públicos*.

De outra banda, é necessária a análise da situação posta, agora sob a ótica do tipo de licitação adotado em determinado certame. Ou seja, os benefícios outorgados pela LC nº 123/06 devem ser implementados e respeitados em toda e qualquer licitação, independentemente do seu tipo?

Da inteligência do art. 45, §1º, da Lei nº 8.666/93, deduz-se que constituem *tipos de licitação*, exceto para a modalidade *concurso*, os seguintes: *menor preço*, *melhor técnica*, *técnica e preço*, *maior lance ou oferta*.

Do próprio comando do mencionado dispositivo subtrai-se também que os tipos ali indicados somente poderão ser aplicados a situações especificadas pela própria lei,<sup>16</sup> impactando, desta ou daquela forma, no julgamento das propostas e na seleção do vencedor do certame. Em outras palavras, (i) nas licitações do tipo *menor preço*, o fator preponderante no julgamento é o *preço* ofertado; (ii) nas licitações do tipo *melhor técnica*, como o próprio nome indica, a *melhor técnica* é elemento suficiente para a escolha do vencedor e (iii) nas licitações do tipo *técnica e preço*, necessariamente deverá ocorrer uma ponderação entre a *técnica* apresentada e o *preço* ofertado, como fatores de julgamento das propostas.

A LC nº 123/06, ao delinear e fixar o tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às ME/EPP nas licitações, nada estabeleceu a propósito de modalidade, ou sequer do tipo da licitação, fazendo menção tão-somente ao vocábulo *licitação*.

Ao discorrer sobre este assunto, Marçal Justen Filho observa que:

Embora o silêncio legislativo, afigura-se evidente que o benefício é aplicável exclusivamente nas licitações de menor preço. As licitações de técnica (técnica e preço e melhor técnica), em que a identificação da proposta mais vantajosa depende da conjugação de critérios econômicos e técnicos, apresentam sistemática incompatível com as regras simplistas dos artigos 44 e 45 da LC nº 123/06. Esses dispositivos buscam proteger as pequenas empresas por meio de mecanismo de redução do valor da proposta comercial. A aplicação do benefício em uma licitação de técnica e preço demandaria o fornecimento de critérios adequados, que não constam do diploma.<sup>17</sup>

À guisa de conclusão, considerando que nas licitações do tipo *técnica e preço e melhor técnica* o fator *preço* não é determinante para a escolha do vencedor, sustentamos que em competitórios que contemplem estes tipos, não se aplica o regime jurídico consubstanciado nos artigos 44 e 45 da LC nº 123/06 (empate ficto e desempate), ficando, tal disciplina, restrita às licitações do tipo *menor preço*, sendo esta, aliás, a acertada opção feita no âmbito federal, conforme inteligência do artigo 5º do Decreto nº 6.204/07. Todavia, não encontramos argumentos jurídicos que impeçam a aplicação do benefício dos artigos 42 e 43 da LC nº 123/06 (habilitação fiscal defeituosa e o seu saneamento) a toda e qualquer licitação, independentemente do tipo.

### **1.7 Sociedade de Propósito Específico SPE formada por microempresas e empresas de pequeno porte**

Ao cuidar do *associativismo*, a Lei Complementar nº 128, de 19 de dezembro de 2008, traçou regras para a *Sociedade de Propósito Específico* SPE formada por microempresas e empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional, *in verbis*:

Art. 56. As microempresas ou as empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional poderão realizar negócios de compra e venda de bens, para os mercados nacional e internacional, por meio de sociedade de propósito específico nos termos e condições estabelecidos pelo Poder Executivo federal.

§1º Não poderão integrar a sociedade de que trata o caput deste artigo pessoas jurídicas não optantes pelo Simples Nacional.

§2º A sociedade de propósito específico de que trata este artigo:

I - terá seus atos arquivados no Registro Público de Empresas Mercantis;

II - terá por finalidade realizar:

a) operações de compras para revenda às microempresas ou empresas de pequeno porte que sejam suas sócias;

b) operações de venda de bens adquiridos das microempresas e empresas de pequeno porte que sejam suas sócias para pessoas jurídicas que não sejam suas sócias;

III - poderá exercer atividades de promoção dos bens referidos na alínea b do inciso II deste parágrafo;

IV - apurará o imposto de renda das pessoas jurídicas com base no lucro real, devendo

manter a escrituração dos livros Diário e Razão;

V - apurará a Cofins e a Contribuição para o PIS/Pasep de modo não-cumulativo;

VI - exportará, exclusivamente, bens a ela destinados pelas microempresas e empresas de pequeno porte que dela façam parte;

VII - será constituída como sociedade limitada;

VIII - deverá, nas vendas às microempresas ou empresas de pequeno porte que sejam suas sócias, observar preço no mínimo igual ao das aquisições realizadas para venda;  
e

IX - deverá, nas vendas de bens adquiridos de microempresas ou empresas de pequeno porte que sejam suas sócias, observar preço no mínimo igual ao das aquisições desses bens.

§3º A aquisição de bens destinados à exportação pela sociedade de propósito específico não gera direito a créditos relativos a impostos ou contribuições abrangidos pelo Simples Nacional.

§4º A microempresa ou a empresa de pequeno porte não poderá participar simultaneamente de mais de uma sociedade de propósito específico de que trata este artigo.

§5º A sociedade de propósito específico de que trata este artigo não poderá:

I - ser filial, sucursal, agência ou representação, no País, de pessoa jurídica com sede no exterior;

II - ser constituída sob a forma de cooperativas, inclusive de consumo;

III - participar do capital de outra pessoa jurídica;

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

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

VI - exercer a atividade vedada às microempresas e empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional.

§6º A inobservância do disposto no §4º deste artigo acarretará a responsabilidade solidária das microempresas ou empresas de pequeno porte sócias da sociedade de propósito específico de que trata este artigo na hipótese em que seus titulares, sócios ou

administradores conhecessem ou devessem conhecer tal inobservância.

§7º O Poder Executivo regulamentará o disposto neste artigo até 31 de dezembro de 2008. (NR)

Ao que se vê, toda a regulação então existente cuidava da *união das forças microempresariais e empresariais de pequeno porte* no formato do *consórcio simples*. É dizer, o artigo 56 da Lei Geral (referimo-nos à LC nº 123/06) que tinha redação original dada pela LC mencionada<sup>18</sup> deu lugar a uma *nova figura*, desta vez *mais abrangente e com regime tributário diferenciado* em relação ao *consórcio simples*.

Possibilita-se doravante a criação de *Sociedades de Propósito Específico SPE* para as finalidades enunciadas na norma transcrita.

Em recente Nota Técnica, o Sebrae Nacional referindo-se à SPE veiculou:

O projeto cria as sociedades de propósito específico (SPE), formadas exclusivamente por empresas optantes pelo Simples Nacional, com regramento mais minucioso e específico do que atualmente é exigido em relação ao consórcio simples. Essa SPE será constituída como sociedade limitada, com registro na Junta Comercial, com vistas a permitir uma maior eficácia legal às centrais de negócios, que visam, dentre outras coisas, aumentar a competitividade de seus participantes, pela negociação conjunta, seja na compra de insumos e produtos para revenda, seja na venda.

Sua criação se dá sob duas premissas. A personalidade jurídica para que esse ente possa pleitear financiamentos, obter registro de marcas e patentes, emitir notas fiscais, operar no Siscomex, deter estoques, firmar contratos em nome próprio, dentre outras competências. Além disso, a neutralidade tributária é fundamental, uma vez que consórcio não terá finalidade lucrativa, sendo, portanto, irracional tributá-lo. Por isso ele será tributado, obrigatoriamente, pelo Lucro Real. (*Aspectos Gerais da Lei Complementar nº 128/08, que altera a Lei Geral das Micro e Pequenas Empresas*. Sebrae Nacional Unidade de Políticas Públicas Brasília, Nota Técnica 01/009, janeiro de 2009).

O *consórcio simples* havia sido regulamentado por decreto do Poder Executivo federal (Decreto nº 6.451, de 12 de maio de 2008). Todavia, com a revogação do texto ao qual ele se referia, seu *suporte de validade*, perde ele também toda força eficaz de que dispunha.

No entanto, até o fechamento desta edição, a SPE ainda não contava com a regulamentação do Decreto reclamado pela LC nº 128/2008.

De qualquer modo, importante registrar desde logo que a nova regra beneficiará não apenas as *redes e centrais* de negócios existentes no País, mas também número expressivo de profissionais liberais:

(...) a aprovação do projeto (...) deverá formalizar cerca de 4 milhões de profissionais liberais dentro da modalidade de microempreendedor individual (MEI). A estimativa é do Sebrae (Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas), que também prevê



o favorecimento de 841 redes e centrais de negócios em todo o País, que poderão ser enquadradas nas chamadas Sociedades de Propósito Específico (SPEs).<sup>19</sup>

Especificamente sobre a SPE, registrou-se:

Outro "avanço" do projeto citado por Machado é a figura jurídica da Sociedade de Propósito Específico (SPE), que autoriza as empresas optantes do Simples Nacional a realizarem, conjuntamente, negócios nos mercados nacional e internacional. Compra, venda, distribuição de produtos e serviços, entre outras atividades, poderão ser realizados por empresários de pequeno porte associados e constituídos como SPE, com um único CNPJ e endereço. "A SPE legaliza a atuação das micro e pequenas empresas que trabalham ou querem trabalhar associadas no mercado", destacou o consultor.

Segundo o Sebrae, as redes e centrais de negócios, que poderão ser enquadradas nas SPE, estão presentes em todas as unidades da Federação e atuam em 77 segmentos produtivos. De acordo com mapeamento do Sebrae Nacional, o maior percentual está localizado no segmento de supermercados (24%), seguido por cooperativas de produtos e serviços (12%); farmácias e materiais de construção (7%); artesanato (6%); e fruticultura (4%).<sup>20</sup>

Ao que se vê, a substituição do *consórcio simples* pela SPE mantém *na origem* e *no essencial* idêntico fim. Ou seja, a participação nas sociedades de propósito específico tem por finalidade facilitar a revenda e a aquisição de produtos e a prestação de serviços pelas micro e pequenas empresa.

De outra parte, registramos que a figura *SPE* não é nova em nossa ordem jurídica. As parcerias público-privadas (PPPs) já contam com o instituto conforme previsto na Lei nº 11.079/04. Grosso modo, pode se dizer que é um *tipo societário* que *une esforços* em prol da consecução de uma determinada atividade (ou, de um *propósito específico*). E assim se assemelha aos *consórcios* e às *sociedades em conta de participação*.<sup>21</sup>

Numa rápida análise, parece-nos que a SPE criada pela LC nº 123/06 desfruta de algumas especificidades que não são encontráveis nas demais SPEs regidas por outras normas.

É possível dizer que as SPEs detêm o figurino de uma *joint venture* (ou *empreendimento conjunto*, que nada mais é do que uma *união de empresas* feita em caráter definitivo ou não com o fim de explorar determinado negócio. As *empresas unidas* não perdem, no caso, a sua personalidade primitiva. Lembrar-se-á o leitor da *Autolatina*, tipo societário que uniu a Volkswagen e Ford nos anos 90).

Dito isso tudo, valemo-nos de argumento de semelhança para contrastar pontos que nos interessam entre os institutos que são afins (SPE e *consórcios*) e prever a potencial possibilidade de SPEs (as previstas na LC nº 123/06) virem a desfrutar das benesses instituídas no *bloco das aquisições públicas* (artigos 42 a 49 da LC nº 123/06).

Antes da nova redação do artigo 56 da LC nº 123/06, havíamos ponderado em escrito que não se chegou a publicar: "Quando se trata de *licitações e contratações públicas*, o assunto *consórcio* (ou

*consorciamento*) de empresas não é novo. A Lei de Licitações nº 8.666/93 prevê a formação de *consórcios* para que em *união* licitantes participem de certames (artigo 33).

A despeito de não ser novidade no cenário jurídico, *consórcios em licitações públicas* é tema desafiador sempre merecendo da doutrina e da jurisprudência atenção redobrada.

É que a própria Lei de Licitações nº 8.666/93, ao inaugurar-se no assunto, se vale de expressão fluida, difusa e plástica ao dizer que *quando permitido* na licitação o consórcio, serão observadas regras que ela própria criou.

A primeira eterna dificuldade prática é, assim, densificar o comando legal diante de casos práticos: *quando, enfim, é permitida a participação de consórcio de empresas?*

A complexa resposta talvez tenha sempre que perpassar por outro domínio da Lei de Licitações nº 8.666/93 que se reporta aos componentes do objeto a ser contratado e à necessidade de ampliação da competitividade:

Art. 23. (...)

§1º As obras, serviços e compras efetuadas pela Administração serão divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viável, 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.

Se levamos o raciocínio para tal ponto, não podemos deixar de lembrar que a Constituição Federal em seu art. 219 determina o incentivo ao mercado interno:

Art. 219. O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal.

Em tal cenário, imagina-se que o artigo 33 da Lei de Licitações já citado, no que permite o consórcio de empresas, deixa à escolha do administrador admiti-lo, bem assim estabelecer vedações, como é o caso da *limitação do número de empresas na formação do consórcio*. Isso tudo para servir de amálgama à efetivação daquele mencionado princípio de incentivo ao mercado, respeitando-se sempre os demais valores prestigiados pelo sistema normativo, como é o caso da *isonomia entre os potenciais participantes*.

Logo se antevê, portanto, que se o assunto trazia há tempos acaloradas discussões. *Quando admitir consórcios, em quais circunstâncias se exerce tal discricionariedade, qual o número de empresas consorciadas*, dentre outros, são, portanto, alguns focos de discórdia no dia-a-dia das licitações públicas.

O tema em apreço se potencializa quando é conduzido para o cenário objeto desta nossa obra e envolve *consórcio de microempresas e empresas de pequeno porte*.

Dúvida não há que para o fim de fruição dos benefícios legais da LC nº 123/06, o consórcio em tela só é possível *se composto exclusivamente por empresas* pequenas e microempresas. Inimaginável, portanto, que pequenas empresas ou microempresas se unam a grandes empresas e pretendam as

benefícios escritos no bloco das aquisições públicas da LC nº 123/06.

O decreto regulamentador federal dos *consórcios simples de microempresas e de empresas de pequeno porte* cuida:

- a) da constituição destes;
- b) dos requisitos para a sua formação;
- c) da contabilidade;
- d) da exportação; e
- e) de disposições finais.

Percorrendo as letras do mencionado decreto, não se vai encontrar resposta para a grande maioria das questões que emergem quando o tema *consórcio* é visto sob o prisma operacional das *aquisições públicas*.

Sabe-se, no entanto, que o intuito do *consórcio simples* é mesmo potencializar as forças das microempresas e das empresas de pequeno porte que isoladamente não teriam a mesma performance num certame público acaso a respectiva *união* estivesse selada.

Por isso valem aqui, pensamos, os fundamentos postos em torno dos *princípios constitucionais* regentes da matéria (vide 1.2) que, enquanto verdadeiros enunciados e não meras proposições normativas, não estão a descrever simples ideais desprovidos de qualquer significação efetiva. Ao contrário, são vetores que demandam concreção por parte do Estado. É dizer, o Poder Público está pela Constituição vigente totalmente comprometido com a realização da justiça social e, para ali aportar, deverá perpassar pelo equacionamento do trabalho humano em face da livre iniciativa propiciando a todos existência digna. Esse é o *mote* que também guiará o *consórcio simples* de que aqui falamos.

Por outras palavras, ao falarmos de *consórcio simples* podemos também dizer que o novo regime dado às micro e pequenas empresas (agora regulamentado pelo decreto citado) busca de uma só vez valorizar a livre iniciativa e o trabalho humano, assegurando a todos existência digna (artigo 170 da Constituição Federal de 1988).

Saindo novamente do altiplano constitucional e repousando na efervescência diária das licitações e contratações, verifica-se que o *consórcio simples* desafiará a inteligência daqueles que com ele se deparam por relevante tempo.

Assim é que nos perguntamos:

- a) Em quais circunstâncias será admitido o *consórcio simples*?
- b) No *consórcio simples*, as suas integrantes devem observar em conjunto ou separadamente o limitador financeiro que as categoriza (artigo 3º da LC nº 123/06)?
- c) O *consórcio simples* desfruta das prerrogativas previstas na LC nº 123/06 no tocante ao julgamento de propostas (empate e desempate *fictos*, *saneamento* na habilitação,

dentre outros)? Se positivo, isso depende de expressa previsão no edital, considerando que nem a lei em referência e tampouco o decreto regulamentador explicitam a situação?

d) Será possível o consórcio entre microempresa e pequena empresa? Em tal caso, se positiva a resposta, como avaliar a questão enunciada no item (b) acima?

e) Como tratar da simultânea presença, numa licitação, de um consórcio simples e de diversas empresas sujeitas ao regime da LC nº 123/06 para efeito das benesses legais?

f) Uma empresa que integre um consórcio simples de empresas pequenas poderá participar isoladamente numa mesma licitação e desfrutar dos privilégios legais, já que pela regra geral do Direito têm *personalidades jurídicas diversas*, não se confundindo entre si?

g) Será possível que a Administração Pública determine a *subcontratação forçada* para *consórcio simples* (artigo 48, II, da LC nº 123/06)?

Se considerarmos que eventualmente as questões supra são aflitivas para alguns, imaginamos que muitos podem sentir dificuldades para solucionar problemas naturais surgidos na operacionalização de licitações pelo *meio eletrônico*.

De fato, se pensarmos em *pregão eletrônico* com a participação de *consórcio simples de microempresa e de empresa de pequeno porte*, as dúvidas redobram na essência:

h) Como deverá ser feito o *credenciamento*? Nesse momento já se exigirá a comprovação do *compromisso público ou particular de constituição do consórcio simples*? Se tal exigência não se fizer *por antecipação à sessão*, como saber se o *consórcio simples* foi constituído para *fornecimento de bens ou de serviços*?

i) As plataformas de aquisições governamentais estão *aptas* ao reconhecimento de *consórcio simples* e, assim, operacionalizar a sessão do início ao fim?

j) De que forma se realizará a *verificação da habilitação*?

k) Haverá necessidade de se adaptar *siste mas de execução orçamentária* para que o fluxo eletrônico da liquidação da despesa se efetive?

Enfim, em lugar de esboçar resposta pronta para os questionamentos postos, preferível instigar a reflexão do leitor e lembrar, por oportuno, que o cenário das *aquisições públicas* é muito promissor<sup>22</sup> tanto para os *consórcios simples* quanto para as empresas que os integrem.

E, por ser assim, é quase certo que cada vez mais se verão *consórcios simples* participando dos certames licitatórios instaurados pelo Poder Público, como já se vê no acréscimo significativo de pequenas e microempresas em certames públicos. Se for mesmo assim, haverá a Administração Pública que se preparar para superar todos os entraves que naturalmente irão surgir.

Resta saber a esta altura, portanto, qual será o entendimento prevalente acerca da extensão da aplicabilidade das disposições postas no *acesso aos mercados* em relação às SPEs, porquanto não

há previsão expressa na LC nº 123/06 (redação dada pela LC nº 128/2008), conforme se verifica do §2º, II, artigo 56. Porque, a depender da solução tomada, muitas das questões levantadas em torno dos *consórcios simples* vão emergir e demandar diversas providências no âmbito da Administração Pública.

\* Publicado anteriormente em: SANTANA, Jair Eduardo; GUIMARÃES, Edgar *Licitações e o novo estatuto da pequena e microempresa: reflexos práticos da LC nº 123/06*. 2. ed. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 23-57.

<sup>1</sup> A título de informação, em 14 de agosto de 2007, o Chefe do Poder Executivo Federal sancionou a Lei Complementar nº 127 e em 19 de dezembro de 2008 a Lei Complementar nº 128, promovendo alterações pontuais na LC nº 123/06, porém, nenhuma destas alterações afetou o regime jurídico das licitações/contratações públicas. Notemos que a LC nº 128/2008 faz ajustes na Lei Geral da Micro e Pequena Empresa e cria a figura do Microempreendedor Individual MEI, considerado aquele empreendedor com receita bruta anual de até R\$36 mil. É o chamado autônomo e ambulante, que normalmente não paga tributos, mas também não tem direitos previdenciários ou os benefícios de quem atua de maneira formal. Traz ela ainda a figura da SPE (1.7 desta obra).

<sup>2</sup> Em sentido análogo, o Acórdão nº 13/08, respondendo a consulta formulada pelo Município de Toledo, o Pleno do Tribunal de Contas do Paraná registrou entendimento de que *os benefícios constantes da LC nº 123/06 são de aplicação obrigatória*, e que a opção pelo SIMPLES pela micro ou pequena empresa não tem o poder de instituir diferenciação nos certames entre tais empresas, pois o SIMPLES é apenas um regime tributário diferenciado. Assim, *independentemente de optar ou não pelo SIMPLES, as micro e pequenas empresas têm direito à aplicação dos benefícios da LC nº 123/06 nas licitações*. Consulta regime licitatório diferenciado instituído pela LC nº 123/06 à ME e EPP Obrigatoriedade de aplicação. (TCEPR Acórdão nº 13/08 Tribunal Pleno Processo nº 335454/07 Origem: Município de Toledo Interessado: José Carlos Schiavinato Assunto: Consulta Relator: Conselheiro Hermas Eurides Brandão).

<sup>3</sup> JUSTEN FILHO. *O estatuto da microempresa e as licitações públicas: comentários aos artigos da Lei complementar nº 123 atinentes a licitações públicas*, p. 17.

<sup>4</sup> O art. 4º, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93, dispõe que "O procedimento licitatório previsto nesta Lei caracteriza ato administrativo formal (...)". Note-se a impropriedade do legislador, pois a licitação não se caracteriza pela prática de apenas *um ato*, mas sim *de vários atos*.

<sup>5</sup> É bem verdade que a possibilidade de participação fica condicionada ao atendimento das condições fixadas no ato convocatório.

<sup>6</sup> Até o momento em que fechamos a 1ª edição deste livro, tramitavam no STF quatro ADINs que atacam alguns dispositivos da LC nº 123/06 argüindo supostas inconstitucionalidades, todavia, nenhuma das ações questiona os benefícios outorgados às MEs e EPPs nas licitações. Não refinamos a pesquisa a propósito do assunto na 2ª edição. No entanto, encontramos cinco ADINs no STF postas contra a LC nº 123/06 no mês de fevereiro de 2009 que não colocam em xeque as benesses das MEs e EPPs nas licitações.

<sup>7</sup> SANTOS. As licitações e o estatuto da microempresa. *Revista JML de Licitações e Contratos* p. 3-20.

<sup>8</sup> JUSTEN FILHO. *O estatuto da microempresa e as licitações públicas: comentários aos artigos da Lei complementar nº 123 atinentes a licitações públicas*, p. 21.

<sup>9</sup> Em verdade, deflagraram-se no Supremo Tribunal Federal STF procedimentos para reconhecimento de inconstitucionalidade que nada têm a ver com as questões agitadas nesta obra (*vide* nota 6). De outra parte, o TCU reconhece a *constitucionalidade* das regras em comento fazendo-o de modo expresse: "As normas gerais estabelecidas pela Lei Complementar nº 123/2006 e regulamentadas pelo Decreto nº 6.204/2007 são consentâneas ao princípio constitucional da isonomia insculpido no art. 37, inciso XXI" (Acórdão nº 1231/2008 TCU Plenário). Não será demasiado registrar que o STF já se manifestou sobre a *constitucionalidade do tratamento diferenciado* no regime anterior ao Novo Estatuto das Microempresas: (...) "3. Por disposição constitucional (CF art. 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). 4. 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 condições de disputar o mercado de trabalho sem assistência do Estado. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada improcedente. (STF ADIN nº 1.643-1 União Federal Rel. Min. Maurício Corrêa Data de julgamento 05.12.2002).

<sup>10</sup> Veja o Acórdão nº 607/08 TCU citado nesta obra no Capítulo 1.4.

<sup>11</sup> JUSTEN FILHO. *O estatuto da microempresa e as licitações públicas: comentários aos artigos da Lei complementar nº 123 atinentes a licitações públicas*, p. 29.

<sup>12</sup> De acordo com a lição de Hely Lopes Meirelles, "Serviços Sociais Autônomos são todos aqueles instituídos por lei, com personalidade de Direito Privado, para ministrar assistência ou ensino a certas categorias sociais ou grupos profissionais, sem fins lucrativos, mantidos por dotações orçamentárias ou por contribuições parafiscais. São entes paraestatais, de cooperação com o Poder Público, com administração e patrimônios próprios (...). Embora oficializadas pelo Estado, não integram a Administração direta nem a indireta, mas trabalham ao lado do Estado, sob seu amparo, cooperando nos setores, atividades e serviços que lhes são atribuídos, por serem considerados de interesse específico de determinados beneficiários" (MEIRELLES. *Direito administrativo brasileiro*, p. 346).

<sup>13</sup> A esse respeito ver Decreto Federal nº 5.504/05, Portaria Interministerial-MPOG nº 217/06 e Portaria Interministerial-MPOG nº 150/2007.

<sup>14</sup> Em sentido contrário, ver VARESCHINI. *Licitações e contratos no Sistema S*, p. 278-279. Jessé Torres Pereira Junior, também de forma contrária, manifestou-se em Palestra proferida no "Seminário Nacional: capacitação de agentes públicos para o processamento eficaz das licitações", realizado pela JML Eventos, nos dias 16, 17 e 18 de abril de 2007, em Curitiba, Paraná.



<sup>15</sup> MOTTA. Parecer - sistema "S", serviços sociais autônomos e a LC nº 123/06. *Revista JML de Licitações e Contratos*, p. 31-33.

<sup>16</sup> Consoante disposições do art. 45, §4º, e art. 46 da Lei nº 8.666/93, o tipo *técnica e preço* somente pode ser utilizado nas licitações para aquisição de equipamentos/serviços de informática de natureza complexa, serviços de natureza predominantemente intelectual e, excepcionalmente, para objetos de grande vulto, dependentes de tecnologia sofisticada e de domínio restrito; o tipo *melhor técnica*, apenas nas licitações para serviços de natureza predominantemente intelectual e, excepcionalmente, para objetos de grande vulto, dependentes de tecnologia sofisticada e de domínio restrito; o tipo maior lance ou oferta, para alienação de bens e concessão de direito real de uso; e, por um critério excludente, o tipo *menor preço* em todas as situações não contempladas anteriormente.

<sup>17</sup> JUSTEN FILHO. *O estatuto da microempresa e as licitações públicas: comentários aos artigos da Lei complementar nº 123 atinentes a licitações públicas*, p. 69.

<sup>18</sup> Redação anterior: "Art. 56. As microempresas ou as empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional poderão realizar negócios de compra e venda, de bens e serviços, para os mercados nacional e internacional, por meio de consórcio, por prazo indeterminado, nos termos e condições estabelecidos pelo Poder Executivo federal. §1º O consórcio de que trata o caput deste artigo será composto exclusivamente por microempresas e empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional. §2º O consórcio referido no caput deste artigo destinar-se-á ao aumento de competitividade e a sua inserção em novos mercados internos e externos, por meio de ganhos de escala, redução de custos, gestão estratégica, maior capacitação, acesso a crédito e a novas tecnologias".

<sup>19</sup> Fonte: *Diário Legislativo da Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo* 5 jan. 2009.

<sup>20</sup> Loc. cit.

<sup>21</sup> Lei nº 10.406/02, artigos 991 a 996.

<sup>22</sup> Entre janeiro e maio de 2008, as despesas licitáveis quase chegam a R\$5 bilhões. No mesmo período, em 2007, tais despesas superam aquele valor em quase R\$200 milhões. Apenas no mês de maio de 2008, as despesas licitáveis ultrapassam R\$1,5 bilhões. Em maio do ano passado, o gasto em tal setor foi de R\$1,7 bilhões. No ano de 2007 (janeiro a dezembro), as despesas licitáveis somaram quase R\$39 bilhões e, em 2006, elas ficaram próximas de R\$29 bilhões (fonte: Informativo Comprasnet). Tais números se referem à União Federal. Lembramos que nesse universo de oportunidades de negócios não estão contabilizados valores relativos a Estados, Municípios e Distrito Federal, dentre outras unidades administrativas da esfera federal. Informalmente obtivemos em relação ao Portal do Banco do Brasil <[www.licitacoes-e.com.br](http://www.licitacoes-e.com.br)> os seguintes dados relativos a 2008: negociou-se através daquela plataforma cerca de R\$12 bilhões, disputando-se 220 mil lotes existentes em 55 mil licitações. São 114 mil fornecedores e, entre tais, 50 mil MEs/EPPs. Cabe considerar que o número de fornecedores de ME/EPP é pequeno se visto pelo universo dos aproximados 5 milhões de micro e pequenas empresas existentes no Brasil.

**Como citar este conteúdo na versão digital:**

Conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico publicado em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

SANTANA, Jair Eduardo; GUIMARÃES, Edgar. Visão geral do Estatuto das Microempresas e seu impacto nas licitações. *Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP*, Belo Horizonte, ano 8, n. 94, out. 2009. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=62987>>. Acesso em: 28 abr. 2020.