

Licitações Exclusivas para Microempresas e Empresas de Pequeno Porte

Exclusive biddings for micro and small companies

Bruno Santos Cunha¹
Renato Saeger Magalhães Costa²

RESUMO

A análise da Lei Complementar n. 123/2006, alterada pela Lei Complementar n. 147/2014, permite verificar uma nítida promoção das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte na seara das licitações e contratações públicas. Para além das prerrogativas já contempladas pela Lei Federal n. 8.666/93, impôs-se, pela novel legislação referida acima, um discriminante sobremodo restritivo, permitindo-se “licitações exclusivas” para ME’s e EPP’s. No ponto, importa discutir tal prerrogativa de exclusividade de participação, sobretudo tendendo-se como pano de fundo a competição inerente aos processos licitatórios na busca da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública.

Palavras-Chave: Licitação Exclusiva. Licitação Pública. Processo Licitatório. Microempresa e Empresas de Pequeno Porte.

ABSTRACT

O The analysis of the Complementary Law n. 123/2006, later modified by the Complimentary Law 147/2015, allows the verification of a clear promotion to the small business in the realm of public procurement. Beyond the prerogatives already prescribed in the Federal Law n. 8.666/93, it has been set, by the new laws mentioned above, a particularly high discriminant factor, permitting set aside acquisitions for small business in public procurement. In such scope, it is important to discuss how to put in practice the “set aside” policy on public

¹ Procurador do Município do Recife e Advogado em Urbano Vitalino Advogados. Mestre em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo – USP. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Ex-professor do Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. E-mail: brunofloripa@gmail.com

² Estagiário em Urbano Vitalino Advogados. Bacharelando em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP. E-mail: renato.costa@urbanovitalino.com.br

bidding processes, mainly taking into consideration the idea of selecting the most beneficial bid and contract for the Public Administration.

Keywords: Set Aside Acquisition. Public Procurement. Bidding Process. Small Business.

1 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O TRATAMENTO DIFERENCIADO ÀS ME'S E EPP'S EM CERTAMES LICITATÓRIOS

A Constituição Federal de 1988 previu, em seu texto – mais especificamente nos artigos 170, IX, e 179, da CF/88³ –, que as Microempresas e Empresas de Pequeno Porte teriam dispensadas para si, por parte do Poder Público, eventual tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las.

Em virtude de tal disposição constitucional, observa-se, pois, que para além da definição legal do tratamento diferenciado e favorecido às ME's e EPP's no que tange a regimes especiais de tributação – o que encontra fundamentado constitucional, também, no art. 146, III, d, da CF/88 –, a Lei Complementar n. 123 de 14 de Dezembro de 2006 instaurou verdadeiro sistema protetivo amplo a tais espécies de “empresas”. Nesse sentido, a referida Lei Complementar estendeu a proteção às ME's e EPP's para o campo dos certames licitatórios.

Em termos amplos – e ratificando a possível constitucionalidade do tratamento diferenciado instaurado pela Lei às ME's e EPP's no bojo de certames públicos –, o Tribunal de Contas da União já asseverou ser possível que o Poder Público estabeleça tal sorte de discrimen tendo como pano de fundo, sempre, o “justo intuito de alçar à condição de iguais sujeitos desiguais”. Veja-se a expressão do TCU:

Nada obstante a existência do preceito constitucional da realização de licitação para as contratações públicas com o obje-

3 CF/88 – Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

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

tivo de melhor atendimento ao interesse público, assegurado o tratamento isonômico entre os participantes, não há que se olvidar que é também princípio constitucional o tratamento favorecido às empresas de pequeno porte (CF/88, arts. 170, IX e 179), com o justo intuito de alçar à condição de iguais sujeitos desiguais. Creio que esses princípios não se antagonizam, ao contrário. Formam um todo harmônico em busca, justamente, da almejada isonomia, da igualdade. Penso, ainda, não ter sido outro o espírito com que o legislador ordinário promulgou a LC 123/2006, estabelecendo as 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, e o Executivo baixou o Decreto 6204/2007, regulamentando o tratamento favorecido, diferenciado e simplificado a ser aplicado aos entes em questão nas contratações públicas no âmbito da Administração Federal.⁴

O que se estuda, por ora, são as formas pelas quais a atuação do Poder Público é lícita quando intenta implementar o tratado diferenciado às ME's e EPP's (ou, em outras palavras, quando tenta concretizar a igualdade material). Eis, pois, o escopo do presente estudo.

De início – e adentrando na temática –, é de ver-se que a já referida LC n. 123/2006 trazia, na redação originária de seu art. 47, o que segue:

(Redação originária da LC n. 123/2006) Art. 47. **Nas contratações públicas** da União, dos Estados e dos Municípios, **poderá ser concedido tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte** objetivando a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica, **desde que previsto e regulamentado na legislação do respectivo ente.**

Nesse patamar, tinha-se a abertura, pela via legal, da possibilidade de discriminação positiva das ME's e EPP's em certames licitatórios, ainda que não se entre na discussão, por ora, acerca da autoaplicabilidade ou não de tal dispositivo, isto é, da necessidade de que fosse regulamentado por legislação específica de cada ente, como dispunha expressamente a redação acima

transcrita (art. 47, *in fine*).

Ainda no ambiente legislativo, a promulgação da Lei Complementar n. 147/2014, alteradora da já aludida LC n. 123/2006, houve por densificar, ainda mais, a abrangência do regime de prerrogativas das ME's e EPP's nas licitações públicas. É o que se extrai, pois, da nova redação dada ao art. 47 da LC n. 123/2006:

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

Ainda sob a égide da redação originária da LC n. 123/2006 – quando se tinha, frise-se, o caractere de abertura discricionária para a implementação do tratamento diferenciado às ME's e EPP's nos certames licitatórios –, é de ver-se que o posicionamento da doutrina já se mostrava bastante incisivo sobre as especificidades do *discrímén* a ser manejado em relação às demais sociedades empresárias licitantes. Houve, em verdade, real pasmo da doutrina especializada, acentuado diante da instauração da obrigatoriedade do *discrímén* então eleito. É o que bem resume Sidney Bittencourt:

Joel Niebuhr, por exemplo, em artigo indignado, critica a técnica legislativa adotada, considerando que o legislador 'resolveu, meio arditosamente, imiscuir-se na seara da licitação pública, prescrevendo normas abertamente incompatíveis com o regime jurídico que lhe é próprio, já bastante complicado, o que causa espécie e dificuldade de toda a sorte'.

Além disso, é flagrante, diante de impropriedades de toda ordem, que todo o texto voltado para as licitações públicas foi concebido sem a cautela requerida pela matéria. A técnica adotada não é das melhores – longe disso –, o que permite que se suscitem dúvidas quanto à experiência de seu elaborador no assunto.

Por fim, não há como negar veracidade ao afirmado por Aline Câmara e Leonardo Ribeiro, ao apreciarem os novos rumos do tema impostos pela Lei Complementar n. 123/06, sob o prisma

de sua aplicação: 'E mais: analisando a questão sob um enfoque prático, os procedimentos licitatórios tornar-se-ão ainda mais morosos e complicados'.⁵

A conclusão preliminar, assim, é que a legislação foi precipitada quando adentrou, de afogadilho, no ambiente das contratações públicas. É que, como visto, a intenção de promoção das ME's e EPP's foi implementada sem a necessária conjunção com os princípios básicos do regime licitatório, de estatura também constitucional e legal, cujas premissas não podem ser afastadas indistintamente para que se promovam outros valores tutelados pela ordem jurídica.

2 A ELEIÇÃO DO FATOR DE DISCRÍMEN APLICADO ÀS ME'S E EPP'S EM LICITAÇÕES E A RAZOABILIDADE DA RESTRIÇÃO À COMPETIÇÃO: A BUSCA DA PROPOSTA MAIS VANTAJOSA PARA A ADMINISTRAÇÃO

Após os esclarecimentos acerca das redações do art. 47 da Lei Complementar n. 123/2006, de nítido cunho prospectivo em termos de política de fomento às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, há de se adentrar nas efetivas distinções manejadas pela lei para que se concretize o tratamento diferenciado dado a tais sociedades empresárias. Também nesse ponto, importa evidenciar as alterações à LC n. 123/2006 trazidas pela LC n. 147/2014.

Assim, é no art. 48, I, da LC n. 123/2006 que reside a maior expressão protetiva às ME's e EPP's, sobretudo em sua redação dada pela LC n. 147/2014. E aqui se fala na instauração de licitações exclusivas, com inegável restrição à participação / competição irrestrita, premissa maior de tais certames públicos. Eis as duas redações do mencionado dispositivo, em sequência cronológica:

(Redação originária da LC n. 123/2006) Art. 48. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública **poderá realizar processo licitatório:**

I - destinado exclusivamente à participação de microempresas

⁵ BITTENCOURT, Sydney. **As licitações públicas e o estatuto nacional das microempresas**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 18.

e empresas de pequeno porte nas contratações cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais);

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

I - deverá realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nos itens de contratação cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais);

Já sob a redação originária da Lei Complementar n. 123/2006 as contestações acerca da margem protetiva às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte se acumularam, ainda que o próprio regime fosse tido como opcional (*a administração pública poderá realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de ME's e EPP's*). Empreendida a alteração para um regime de obrigação legal do *discrímén* (*a administração pública deverá realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de ME's e EPP's*), as críticas se avolumam ainda mais.

Nesse norte, clara e direta foi a expressão de Joel de Menezes Niebuhr quando do estabelecimento, por intermédio de certames exclusivos, do chamado tratamento diferenciado às ME's e EPP's nas contratações públicas. Daí que as críticas mais incisivas e sensatas deram-se quanto à razoabilidade da restrição à competição (congruência e razoabilidade do fator de *discrímén*, na leitura constitucional realizada pelo STF⁶). Veja-se a enérgica conclusão do autor:

Sob o manto do tratamento diferenciado e simplificado, o inciso I do art. 48 da Lei Complementar n. 123/2006 permite que se promova licitação destinada exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte desde que o valor do contrato não ultrapasse R\$ 80.000,00. [...].

O inciso I do art. 48 da Lei Complementar n. 123/2006 é flagrantemente inconstitucional.

Em primeiro lugar, ele **opõe-se ao princípio da isonomia**, pois impede que pessoas não qualificadas como microempresas ou empresas de pequeno porte participem de licitação.

[...] não se olvida que as microempresas e empresas de pequeno

6 Como exemplo, veja-se, entre outros: STF – ADI 1076-MC – Plenário – Rel. Min. Sepúlveda Pertence – Julgamento em 15.6.1994; STF – ADI 3070 – Plenário – Rel. Min. Eros Grau – Julgamento em 29.11.2007.

porte não são iguais às empresas de médio e grande porte e, por isso, devem ser favorecidas sem produzir afronta ao princípio da isonomia (inciso IX do art. 170 da Constituição Federal).

Entretanto, **favorecer microempresas e empresas de pequeno porte não significa impedir que outras pessoas participem da licitação. Ou seja, favorecer significa privilegiar microempresas e empresas de pequeno porte dentro da licitação e não excluir de cambulhada aqueles que não recebam tal qualificativo.** Quer dizer que o favorecimento pressupõe a competição. O problema é que o inciso I do art. 48 da Lei Complementar n. 123/2006 recusa a competição, ferindo de morte o direito das pessoas que não sejam microempresas e empresas de pequeno porte de participarem de licitação, que se funda no princípio da isonomia, encartado no caput do art. 5º da Constituição Federal.⁷

Não se nega, pois, que um fator de desigualdade possa ser erigido pela lei, a teor da clássica parêmia de que o princípio da isonomia não implica a igualdade absoluta, mas, sim, consiste no tratamento igual para os iguais e distinto para os desiguais, na medida em que se desigualam. O que se põe em xeque, no presente caso, é o próprio fator de discrimen eleito e sua congruência com o objetivo da licitação, na medida em que se opera nítida restrição à competição.

Em adição, importa mencionar que o próprio Supremo Tribunal Federal chancela – como não poderia deixar de ser – a ideia da hiperpermeabilidade da licitação, no sentido de que seja amplamente acessível a todos a possibilidade de ofertar bens e serviços à Administração, na esteira do escopo maior de tais certames públicos: a obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração (art. 3º da Lei Federal n. 8.666/93).

Como bem anota o STF,

[...] a função da licitação é a de viabilizar, através da mais ampla disputa, envolvendo o maior número possível de agentes econômicos capacitados, a satisfação do interesse público. A competição visada pela licitação, a instrumentar a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, impõe-se seja desenrolada de modo que reste assegurada a igualdade (isonomia) de todos quantos pretendam acesso às contratações da Adminis-

7 NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 296-297.

tração. A lei pode, sem violação do princípio da igualdade, distinguir situações, a fim de conferir a uma tratamento diverso do que atribui a outra. Para que possa fazê-lo, contudo, sem que tal violação se manifeste, é necessário que a discriminação guarde compatibilidade com o conteúdo do princípio.⁸

Atingido negativamente o princípio da competição – caractere básico e inafastável da licitação, de estatura constitucional (art. 37, XXI, da CF/88) –, fulmina-se, também, a própria eficiência e economicidade afetas à atuação administrativa. A doutrina, no ponto, assim se manifesta:

A restrição à competitividade é mais clara que a luz solar. E o fato é que competição restrita limita o número de propostas ofertadas à Administração, cerceando o universo delas e diminuindo as chances de obter a mais vantajosa, o que, de lanço, não se harmoniza com o princípio da eficiência.⁹

Noutra ordem de argumentos, válido apontar que, ainda que de forma reflexa, têm-se maculados os princípios reitores da ordem econômica com a estipulação da exclusividade às ME's e EPP's nas licitações. É que os princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência, inerentes a uma matriz econômica de mercado capitalista – como a que se tem no Brasil (art. 170 da CF/88) –, são, de plano, incompatíveis com a criação de reservas de mercado, sobretudo quando entre os atores envolvidos na promoção de tal reserva está a Administração Pública com suas contratações.

Adiante – e voltando-se aos termos jurídicos próprios das licitações –, resta inconteste que a restrição à competição que ora se discute não se coaduna com o ambiente de plúrima participação inerente às contratações públicas. Daí, pois, a cabal impossibilidade de se estabelecer a exclusividade de certames para determinadas categorias de concorrentes privilegiados, sendo desproporcional e não razoável o fator de discrimen eleito para aplicação às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte de seu tratamento diferenciado.

É que, mesmo no ambiente de ampla e irrestrita competição, as ME's e EPP's já detêm prerrogativas bastantes que as diferenciam das demais so-

8 STF – ADI 3070 – Plenário – Rel. Min. Eros Grau – Julgamento em 29.11.2007.

9 NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 297.

ciedades empresárias, emprestando-lhes, em efetivo, o tratamento diferenciado que, constitucionalmente, pode lhes caber (art. 170, IX e art. 179 da CF/88). Como exemplo prático de tal tratamento diferenciado, basta que se aluda, entre outros, aos seguintes aspectos e prerrogativas dadas pela LC n. 123/2006 às ME's e EPP's no ambiente licitatório: 1) postergação da aferição da regularidade fiscal (art. 42); 2) possibilidade de adequação e correção de inconsistências relativas à regularidade fiscal (art. 43); 3) empate ficto e preferências de contratação (art. 44); 4) apresentação diferenciada de propostas na modalidade pregão (art. 45); etc.

Com a adoção dos critérios de tratamento diferenciado acima expostos (sem a necessidade de exclusividade) *“prestigiam-se os princípios da isonomia, da economicidade e o da ampliação da competitividade, sem afronta ao comando constitucional que prevê política pública de favorecimento e estímulo às entidades de menor porte, consolidada pela Lei Complementar n.º 123, de 2006, e seu Decreto regulamentador”*.¹⁰ É o que bem enuncia a Advocacia Geral da União nos fundamentos de Orientação Normativa que será alvo de discussão aprofundada a seguir.

Assim é que, diante do que exposto, tem-se como inviáveis e inaplicáveis aos certames licitatórios as ilações advindas da Lei Complementar n. 123/2006 (já com as alterações da LC n. 147/2014), sobretudo no que diz respeito ao fator de *discrímén* eleito pelo legislador, a representar indevida restrição da competição apenas entre Microempresas e Empresas de Pequeno Porte e, por conseguinte, entrave à própria seleção da proposta mais vantajosa para a Administração.

3 ESPECIFICIDADES DA CONCRETIZAÇÃO DO FATOR DE DISCRÍMEN UTILIZADO NA LC N. 123/2006 (COM A REDAÇÃO DADA PELA LC N. 147/2014): FORMA DE AFERIÇÃO DOS QUANTITATIVOS PARA A EXCLUSIVIDADE DE LICITAÇÕES PARA ME'S E EPP'S

A par da não razoável e desproporcional eleição do fator de *discrímén* acima exposto, interessa, por ora, debater a forma pela qual a aferição dos quantitativos para a exclusividade de licitações para ME's e EPP's vem sendo

10 AGU – Orientação Normativa n. 10, aprovada pela Portaria AGU Nº 572, de 13 de dezembro de 2011, publicada no Diário Oficial da União de 14.12.2011.

realizada, na prática, pela Administração Pública. Assim, ainda que se firme posição contrária à exclusividade de licitações tal qual exposto acima, importa debater as especificidades do regime jurídico estabelecido pela LC n. 123/2006 e LC n. 147/2014.

A ideia, no presente momento, é entender como se dá a aplicação prática, no ambiente licitatório, daquilo que disposto no art. 48, I, da Lei Complementar n. 123/2006. Ou seja: qual a fórmula que deve ser utilizada para o cálculo da margem de exclusividade de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) para contratação de ME's e EPP's?

De plano, duas ordens de discussão se instauram sobre a incidência da exclusividade em respeito ao objeto da contratação, a saber: 1) a aferição do patamar de exclusividade incide sobre a contratação como um todo ou sobre os itens / lotes específicos e apropriáveis individualmente?; 2) em se tratando de contratos de duração continuada que comportem prorrogação (serviços contínuos do art. 57, II, da Lei Licitações), a aferição da margem de exclusividade levará em conta apenas a primeira anualidade ou o período total de possível vigência do contrato com suas prorrogações?

Veja-se, por ora, que as duas questões acima expostas já encontram orientação doutrinária e jurisprudencial para sua possível resolução. Em primeiro lugar, há uma tendência de que as licitações realizadas em itens / lotes específicos e independentes entre si – isto é, apropriáveis individualmente sem prejuízo do serviço como um todo – sejam tratadas como distintas licitações, para as quais a aferição da margem de exclusividade será dada de forma apartada para cada item / lote. Nesse sentido, os precedentes do Tribunal de Contas:

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

Dessa forma, ao ser definido o “menor preço por item” como tipo de licitação, **foram realizadas, no mesmo pregão eletrônico, várias licitações distintas e independentes entre si [...]**.¹¹

[...] deve ser mencionado o Acórdão 3.771/2011-TCU-Primeira Câmara, o qual, apesar de não ter tocado a possibilidade de adesões indefinidas a uma ARP por parte de outros órgãos e entidades da administração pública, reconheceu que **o limite de R\$ 80.000,00 aplica-se a cada item da licitação e não ao valor global da mesma**. Naquela assentada, esta Corte entendeu que os diversos itens da licitação constituíram várias licitações distintas e independentes entre si.¹²

No mesmo norte, o Tribunal Regional da 5ª Região:

Licitação do tipo “MENOR PREÇO POR ITEM” na qual - embora seu valor global (R\$ 1.002.487,54) exceda o limite previsto na Lei Complementar nº 123/06 (R\$ 80.000,00) para ser assegurada a participação exclusiva das microempresas, empresas de pequeno porte e sociedades cooperativas - observa-se que **foram estabelecidas várias faixas de concorrência autônomas entre si, sendo, assim, cada item cotado substancialmente independente dos demais**.

3. **Existência de várias licitações distintas e independentes entre si**, cujo valor não excede o teto previsto na Lei Complementar nº 123/06 [...].¹³

Sobre o segundo questionamento, importante mencionar que a Advocacia Geral da União tem posição consolidada em Orientação Normativa no sentido que a *“definição do valor da contratação levará em conta o período de vigência do contrato e as possíveis prorrogações para a realização de licitação exclusiva (microempresa, empresa de pequeno porte e sociedade cooperativa)”*.¹⁴

Em outras palavras, para fins do limite de valores aptos a ensejar a exclusividade da licitação para ME’s e EPP’s é necessário vislumbrar o valor global da pretensa contratação já levando em conta as possíveis prorrogações legais. Assim, conjuga-se a questão do serviço contínuo com o seu prazo máximo em termos de renovações contratuais (art. 57, II, da Lei Federal n. 8.666/93), o que leva à conclusão de que os certames exclusivos para

12 TCU – Acórdão 2957/2011 – Plenário – Rel. Min. André Luís de Carvalho – Julgamento em 9.11.2011.

13 TRF 5ª Região – AG 104017 – Segunda Turma – Rel. Des. Francisco Wildo – Julgamento em 4.5.2010.

14 AGU – Orientação Normativa n. 10, aprovada pela Portaria AGU Nº 572, de 13 de dezembro de 2011, publicada no Diário Oficial da União de 14.12.2011.

Microempresas e Empresas de Pequeno Porte serão aqueles cujo valor global do objeto para 60 (sessenta) meses de prestação seja igual ou inferior a R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais).

Frise-se, pois, que a linha de entendimento da AGU privilegia uma leitura sistêmica do regime licitatório, na medida em que a aferição de valores de contratação é uniformizada para todas as finalidades legais em que sua aplicabilidade é discutida, quais sejam: 1) a já citada realização de licitação exclusiva para ME's e EPP's da LC n. 123/2006; 2) para a escolha de uma das modalidades convencionais de licitação (concorrência, tomada de preços e convite); e, 3) para o enquadramento do teto das contratações diretas (dispensas de licitação) previstas no art. 24, I e II da Lei Federal n. 8.666/93.

Ainda acerca da estipulação dos patamares de valor de contratação para fins de definição da aplicabilidade do *discrimen* às ME's e EPP's em licitações públicas (exclusividade de participação), interessa notar a existência de precedentes de outros órgãos, para além da AGU, que comungam o entendimento de que é no valor global da contratação (já com possíveis prorrogações) que deve estar baseado o regime jurídico da licitação. Nesse sentido – e ainda que sem mencionar diretamente a questão da exclusividade de licitação para ME's e EPP's –, incisivas as conclusões do TCE/MG:

[...] a modalidade licitatória escolhida deve suportar o valor da contratação acrescido das possíveis prorrogações contratuais sem extrapolar o limite previsto nos incisos do art. 23 da Lei nº 8.666/93 para cada modalidade.¹⁵

A modalidade de licitação a ser utilizada ou a possibilidade de se realizar dispensa fundada no art. 24, I e II, da Lei n. 8.666/93, a administração deverá observar o valor total dos dispêndios previstos para a contratação de objetos da mesma natureza ao longo do respectivo exercício financeiro, se o prazo contratual a ele se restringir, ou no decorrer de toda sua possível vigência, no caso dos contratos que comportem prorrogação. O fracionamento das compras deve obedecer às disposições dos §§ 1º e 2º do art. 23 da Lei n. 8.666/93.¹⁶

Voltando especificamente à questão da exclusividade de licitações

15 TCE/MG - Consulta n. 812.182 - Relator Conselheiro Wanderley Ávila – Resposta em 3.7.2013.

16 TCE/MG – Consulta n. 610.717 – Relator Conselheiro Elmo Braz – Resposta em 12.12.2000.

para ME's e EPP's – e adentrando na fundamentação utilizada pela AGU para que se chegue à ilação contida em sua ON 10/2011 –, é interessante evidenciar os motivos que a nortearam: as prerrogativas das ME's e EPP's na licitação não devem implicar diminuição da permeabilidade do certame (competição), tal qual exposto no tópico acima. Eis, assim, os fundamentos bastantes em si para o deslinde da situação:

Quanto a aplicabilidade do raciocínio da Orientação Normativa para a definição se a licitação deverá ser exclusiva ou não para Microempresas, Empresas de Pequeno Porte e Sociedades Cooperativas, entende-se cabível, pois a Constituição Federal previu o tratamento favorecido a elas no art. 179 e o princípio da isonomia entre os licitantes, da eficiência nas licitações no art. 37. E a legislação previu mecanismos para dar tratamento favorecido as Microempresas, Empresas de Pequeno Porte e Sociedades Cooperativas nos casos das contratações com valores superiores a R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), consoante art. 44, §§ 1º e 2º da Lei Complementar nº 123, de 2006.

Com a adoção de tal critério prestigiam-se os princípios da isonomia, da economicidade e o da ampliação da competitividade, sem afronta ao comando constitucional que prevê política pública de favorecimento e estímulo às entidades de menor porte, consolidada pela Lei Complementar nº 123, de 2006, e seu Decreto regulamentador.¹⁷

Diante do que até aqui exposto, tem-se que, em termos práticos – e tratando-se de objetos de prestação continuada, a teor do art. 57, II, da Lei Federal n. 8.666/93 –, a aferição de valores para fins de exclusividade deverá seguir a lógica adiante esquematizada, sob pena de malferir a própria sistemática desenhada na LC n. 123/2006, na LC n. 147/2014 e na Constituição Federal de 1988. Veja-se:

Valor do objeto / contratação em R\$	Característica do certame licitatório
Até 1.333,33 mensais ou até 16.000,00 anuais.	Restrito à participação de ME's e EPP's.
Maior ou igual a 1.333,34 mensais ou maior ou igual a 16.000,01 anuais.	Aberto à participação de quaisquer licitantes.

17 AGU – Fundamentação da Orientação Normativa n. 10, aprovada pela Portaria AGU Nº 572, de 13 de dezembro de 2011, publicada no Diário Oficial da União de 14.12.2011.

Em suma – e conforme visto acima –, resta incontroverso que as licitações exclusivas para ME's e EPP's, com objetos de prestação continuada, serão possíveis apenas nos casos em que a prestação somar até R\$ 1.333,33 mensais ou até R\$ 16.000,00 anuais. Em todos os demais casos – isto é, nos quais a prestação somar R\$ 1.333,34 mensais ou 16.000,01 anuais ou mais –, a licitação deverá ser realizada sem qualquer restrição à competição, restando aberta a todos e quaisquer licitantes possíveis.

4 DA EXCLUSIVIDADE DE PARTICIPAÇÃO NO CERTAME PARA ME'S E EPP'S – NECESSIDADE DE APURAÇÃO CONCRETA E EFETIVA DOS REQUISITOS DO ART. 49, II E III DA LC N. 123/2006 (COM REDAÇÃO DADA PELA LC N. 147/2014)

Como é cediço, o escopo principal da licitação é oportunizar à Administração Pública a contratação mais vantajosa, mediante um processo isonômico em que sejam assegurados a competição e a impessoalidade na contratação.

Assim, não obstante os artigos 47 e 48 da LC n. 123 – já com a novel redação advinda da LC n. 147/2014 – prevejam a possibilidade de a Administração licitar exclusivamente com a participação de ME's e EPP's, tal atividade só será legítima caso restem observados os demais requisitos insculpidos nesse mesmo diploma legal (sobretudo no art. 49, II e III).

Em primeiro lugar, importa frisar que o artigo 3º da Lei Federal n. 8.666/93 dispõe que 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”*, devendo ser *“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”*.

Temperando a busca da proposta mais vantajosa pela Administração, a própria legislação instaura atenuantes e condicionantes que, em larga medida, direcionam a atuação administrativa cotidiana e ordinária. Nesse sentido – e no caso concreto das ME's e EPP's –, não se olvida a existência de expressa determinação legal que, em nítida política pública de estatura legis-

lativa, traz incentivos à contratação pública de tais espécies de sociedades empresárias.

No entanto, para que seja viável a implementação de tal política de fomento às ME's e EPP's, a mesma legislação que a instaurou traz os requisitos intrínsecos para sua concretização. É o que se dá, no ponto, por intermédio do art. 49, II e III da mesma LC n. 123/2006.

Art. 49. Não se aplica o disposto nos arts. 47 e 48 desta Lei Complementar quando:

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

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

A redação acima transcrita é clara e de fácil entendimento. Aqui, em um necessário contraponto ao caráter de fomento da LC n. 123/2006 às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, há uma expressa proibição do manejo de processo licitatório exclusivo para tais pessoas jurídicas quando verificada a inexistência de, no mínimo, 3 (três) fornecedores competitivos sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório.

Isso quer dizer, em outras palavras, que a intenção legislativa é certificar-se da ocorrência de efetiva competição entre ME's e EPP's, de modo a se resguardar o objetivo geral preconizado no já aludido art. 3º da Lei Federal n. 8.666/93. Certamente, *"a inexistência desse número de empresas dessa categoria demandará a substituição do regime de licitação diferenciada pelo de licitação comum, com a participação de todos os tipos de empresa (micro, pequena, média ou grande)"*.¹⁸

Logo, é dever da Administração, ainda no bojo do processo interno de preparação da contratação (*in casu*, no ambiente de preparação do edital), estabelecer todas as nuances do certame futuro, definindo de forma precisa a caracterização do objeto a ser licitado, as condições de disputa e da contrata-

18 BITTENCOURT, Sydney. **As licitações públicas e o estatuto nacional das microempresas**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 104.

ção e seus conseqüências técnicas, financeiros, temporais, ambientais e jurídicos. Nesse momento, importa que reste comprovado, de forma apriorística, a existência de ao menos três Microempresas e Empresas de Pequeno Porte capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório e, bem assim, efetivar o comando de ampla competição tendente à contratação mais vantajosa pela Administração.

Em outras palavras, é imprescindível que o processo administrativo prévio e interno que subsidiou a formulação do certame traga consigo a caracterização inarredável de que o mercado local / regional de ME's e EPP's suporta a prestação pretendida pela Administração. Há de se verificar, pois, se há um mínimo de empresas com tal configuração na região, o que deve ter se dado no procedimento de cotações prévias.

Não havendo tal comprovação por parte do Poder Público licitante, inexistente respaldo jurídico para que se proceda ao processo licitatório exclusivo para ME's e EPP's. Some-se a isso, ademais, que o art. 49, III, da mesma LC n. 123/2006 assevera que a vantajosidade da contratação deve ser o principal parâmetro para que a Administração Pública proceda a tal licitação especial. É dizer: não havendo um número mínimo de participantes hábeis, impossível que se alcance a contratação mais vantajosa; outrossim – e em casos tais –, impossível que se restrinja o viés competitivo às ME's e EPP's, sob pena de restarem frustrados os mais comezinhos princípios da licitação.

Verifica-se, pois, a “proibição de tratamento diferenciado às micro e pequenas empresas caso tal concessão não seja vantajosa para a Administração Pública ou represente prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado”.¹⁹

Ademais, ainda que presente o requisito do art. 49, inciso II, já mencionado, a Administração não poderá levar a cabo o certame licitatório que não seja instrumento de contratação mais vantajosa para si. Logo, a manutenção do certame exclusivamente para participação de ME's e EPP's, em casos tais, acaba por consagrar um processo licitatório que não traz consigo os melhores licitantes (com as melhores propostas) para o oferecimento do serviço.

5 CONCLUSÃO

¹⁹ BITTENCOURT, Sydney. *As licitações públicas e o estatuto nacional das microempresas*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 105.

Diante do exposto, resta patente que a legislação instauradora do fomento às ME's e EPP's foi precipitada quando adentrou, de afogadilho, no ambiente das contratações públicas. É que, como visto, a boa intenção de promoção das ME's e EPP's foi implementada sem a necessária conjunção com os princípios básicos do regime licitatório, de estatura também constitucional e legal, cujas premissas não podem ser afastadas indistintamente para que se promovam outros valores tutelados pela ordem jurídica.

Evidentemente, o fator de discrimen para as chamadas "*licitações exclusivas*" para fomento das ME's e EPP's em certames licitatórios representa indevida restrição à competição e, por conseguinte, entrave à própria seleção da proposta mais vantajosa para a Administração. É que, mesmo no ambiente de ampla e irrestrita competição, as ME's e EPP's já detêm prerrogativas bastantes que as diferenciam das demais sociedades empresárias, com o efetivo tratamento diferenciado que constitucionalmente pode lhes caber a teor dos art. 170, IX e art. 179 da CF/88 (como exemplos, a postergação da aferição da regularidade fiscal (art. 42 da LC n. 123/2006); a possibilidade de adequação e correção de inconsistências relativas à regularidade fiscal (art. 43); o empate ficto e preferências de contratação (art. 44); a apresentação diferenciada de propostas na modalidade pregão (art. 45); e etc).

Ultrapassada a questão da viabilidade de licitações exclusivas – e apenas para fins didáticos e de debate dialético –, vê-se que para fins da aferição do limite legal de valores aptos a ensejar tal exclusividade para Microempresas e Empresas de Pequeno Porte é necessário vislumbrar o valor global da pretensa contratação, já levando em conta as possíveis prorrogações contratuais (no caso de serviços tidos como contínuos). Assim, conjuga-se a questão da exclusividade à questão do serviço contínuo, com o seu prazo máximo em termos de renovações contratuais (art. 57, II, da Lei Federal n. 8.666/93), o que leva à conclusão de que os certames exclusivos para ME's e EPP's serão apenas aqueles: 1) cujo valor global da prestação para 60 (sessenta) meses seja igual ou inferior a R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais); 2) cujo valor anual da prestação seja igual ou inferior a R\$ 16.000,00 (dezesseis mil reais); ou, 3) cujo valor mensal da prestação seja igual ou inferior a R\$ 1.333,33 (mil trezentos e trinta e três reais, e trinta e três centavos).

Por fim, e nos termos do art. 49, II e III, da LC n. 123/2006, a exclusividade do certame para ME's e EPP's só poderá ser manejada caso restem cum-

pridas, em concreto, as seguintes determinações: 1) a aferição de existência de um mínimo de 3 (três) fornecedores competitivos enquadrados como ME ou EPP local ou regionalmente, sendo todos capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório; 2) a aferição da ausência de prejuízo para a Administração em virtude da restrição á competição.

REFERÊNCIAS

BITTENCOURT, Sydney. **As licitações públicas e o estatuto nacional das microempresas**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

CUNHA, Bruno Santos; CARVALHO, Thiago Mesquita Teles de. **Súmulas do TCU**: organizadas por assunto, anotadas e comentadas. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2014.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.