

Secretaria de Logística
e Tecnologia da Informação

Ministério do
Planejamento,
Orçamento e Gestão



O que você pode fazer para comprar mais das Micro e Pequenas Empresas (MPE's)



Sumário

Primeiramente	3
Utilizar o poder de compra do governo no fortalecimento das MPE's	6
A função social da licitação	9
Objetivos da licitação	10
▪ Assegurar a todos os interessados iguais oportunidades	
▪ Selecionar a proposta mais vantajosa	
O que você pode fazer para comprar mais das MPE's	15
O que a lei geral das MPE's possibilita	18
▪ Autoriza a participação em licitações de MPE's com débitos tributários e previdenciários	
▪ Cria o "empate ficto"	
▪ Emissão de Cédula de Crédito Microempresarial	
▪ Fomento ao desenvolvimento local	
▪ Licitações restritas à participação de MPE's	
▪ Exclusividade para MPE's em compras de até R\$ 80 mil	
▪ Incentivo a subcontratação de MPE's	
▪ Cota de até 25% para bens de natureza divisível	
▪ Vedações ao tratamento diferenciado e simplificado às MPE's	
Por Fim	33

A Constituição Federal, em seu artigo 146, inciso III, alínea 'd', artigo 170, inciso IX e artigo 179, estabelece:

“Art. 146 – Cabe à lei complementar:

.....
III – Estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

.....
d) definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte;(...)”

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.”

Desde 5 de outubro de 1988, data da promulgação da Constituição, poucos foram os esforços no sentido de ampliar a participação das MPE's nas licitações e contratos realizados pela Administração Pública.

O mesmo se diga das normas expedidas para disciplinar as MPE's:

a) Lei nº 7.256, de 27/11/84 – estabelece normas integrantes do Estatuto da Microempresa, relativas ao tratamento diferenciado, simplificado e favorecido, nos campos administrativo, tributário, previdenciário, trabalhista, crédito e de desenvolvimento empresarial.

Esta lei, embora faça referência expressa ao campo administrativo, não estabelece tratamento diferenciado para as MPE's em certames licitatórios.

b) Lei nº 8.864, de 28/03/94 – estabelece normas para as microempresas (ME), e Empresas de Pequeno Porte (EPP), relativas ao tratamento diferenciado e simplificado, nos campos administrativo, fiscal, previdenciário, trabalhista, crédito e de desenvolvimento empresarial (artigo 179 da Constituição Federal).

Esta lei também não traz novidades no tocante à participação de MPE's em licitações.

c) Lei nº 9.317, de 05/12/96 – dispõe sobre o regime tributário das microempresas e das empresas de pequeno porte, institui o Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES e dá outras providências.

Esta lei trata exclusivamente do sistema tributário.

d) Lei nº 9.841, de 05/10/99 - institui o Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, dispo

sobre o tratamento jurídico diferenciado, simplificado e favorecido previsto nos artigos 170 e 179 da Constituição Federal.

Em seu artigo 24, determinava que a política de compras governamentais daria prioridade à microempresa e à empresa de pequeno porte. Infelizmente, tal prerrogativa nunca foi efetivamente implementada.

“Artigo 24 – A política de compras governamentais dará prioridade à microempresa e à empresa de pequeno porte, individualmente ou de forma associada, com processo especial e simplificado nos termos da regulamentação desta Lei.”

e) O artigo 970 do novo Código Civil (Lei nº 10.406/02) estabelece que *“a lei assegurará tratamento favorecido, diferenciado e simplificado ao empresário rural e ao pequeno empresário, quanto à inscrição e aos efeitos daí decorrentes”*.

Foi constatado, em trabalhos de pesquisa, que, das cerca de **10 milhões de empresas existentes no Brasil, somente metade está legalmente formalizada. Destas, 99,2% são MPE's**, as quais empregam 60% dos trabalhadores que têm registro em carteira de trabalho.

Mesmo atentando-se para o importante papel social que cumprem, **participam em menos de 18% do volume de compras governamentais**, estimado em R\$ 260 bilhões de reais, e produzem somente 20% do Produto Interno Bruto do País, correspondendo a cerca de 26% da massa salarial brasileira.

Ademais, informações das Juntas Comerciais mostram que 50% das MPE's que começaram a funcionar em 2002 fecharam em 2004.

Em outro trabalho, realizado em parceria com o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – MP, estima-se que há a possibilidade da geração de aproximadamente 790 mil empregos/ano, caso essa participação de 18% passe para 30%. O que certamente ocorreria se o tratamento diferenciado existisse.

Na tentativa de reverter a situação, o Plano Plurianual para o período de 2004/2007 (Lei federal nº 10.933/04), estabeleceu como estratégia, objetivando o crescimento com geração de trabalho, emprego e renda, em um ambiente sustentável, *“incentivar e fortalecer as MPE's com o desenvolvimento da capacidade empreendedora”*. Dentre as diretrizes fixadas, destaca-se:

Utilizar o Poder de Compra do Governo no Fortalecimento das MPE's

Traduzindo-se o poder de compra pela prerrogativa que tem o consumidor de definir suas exigências e necessidades, tornando-se um indutor de qualidade, produtividade e inovação tecnológica e, sendo o Estado um grande comprador, ele poderia usar deste “poder” para fomentar a atividade produtiva dos pequenos empresários, gerando emprego, ocupação e renda, o que, aliás, contribuiria para a competitividade e desenvolvimento do país.

Os pequenos empresários, por sua vez, conhecendo melhor as regras e as modalidades existentes, poderão se converter em grandes fornecedores do Estado, fazendo, inclusive, baixar os preços das compras públicas.

Isto porque, no ano de 2005, as MPE's foram responsáveis por 14% - R\$ 3 bilhões – do total de aquisições do Governo. Desse valor, R\$ 2,5 bilhões foram aquisições de bens e serviços comuns, que corresponde a 19% do total desses mesmos itens adquiridos pelo Governo. As formas e modalidades mais utilizadas pelas MPE's nas compras do Governo Federal são pregão, convite e dispensa de licitação, em especial por meio da cotação eletrônica.

Naquele mesmo ano, a forma mais utilizada pelas MPE's foi dispensa de licitação com R\$ 660,5 milhões, seguida de pregão presencial com R\$ 614,2 milhões. Na seqüência, aparece o pregão eletrônico com R\$ 525 milhões. O Governo comprou, ao todo, aproximadamente R\$ 3 bilhões das MPE's.

De janeiro a junho de 2008, o Governo Federal comprou R\$ 2,7 bilhões de bens e serviços das MPE's, valor que representa 27% de um total de R\$ 10,1 bilhões das compras realizadas no período. 80% das aquisições desse segmento ocorreram através de pregão eletrônico, que foi a modalidade mais utilizada pelas MPE's para fornecer ao Governo no primeiro semestre deste ano. Elas foram responsáveis, em 2008, por 37% - R\$ 2,0 bilhões - das compras eletrônicas que chegaram a R\$ 5,3 bilhões no total.

Entre os materiais mais vendidos ao Governo por esse segmento empresarial, em todas as modalidades de compra, estão os gêneros

A Função Social da Licitação

alimentícios, com R\$ 158,0 milhões; equipamentos e artigos hospitalares, com R\$ 231,0 milhões. Entre os serviços mais contratados aparecem outros serviços técnicos e profissionais, com R\$ 531,0 milhões, e "serviços de leasing ou aluguel", com R\$ 162,7 milhões.

As MPE's que mais forneceram ao Governo Federal em 2008 estão localizadas nas Regiões Sul e Sudeste, com uma participação de cerca de R\$ 748,7 milhões e R\$ 601,8 milhões, respectivamente. A participação das MPE's das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste juntas somou R\$ 1.364,0 bilhões.

Desta forma, a iniciativa de tornar efetivo o uso do poder de compra do Estado, por meio da Lei Complementar 123/2006, atingiu-se o patamar de 27% de participação das MPE's no volume de contratações tipicamente realizadas por esse segmento empresarial num período de três anos.

As atividades estatais podem ser classificadas em dois grandes grupos: o das **atividades-fim** – que justificam a existência do Estado – e as **atividades instrumentais (ou atividades-meio)** que servem apenas ao seu aparelhamento, possibilitando a realização do primeiro grupo de atividades.

A licitação, desde os seus primórdios, com as Ordenações Filipinas de 1575, sempre foi vista como uma atividade instrumental, pois visava única e exclusivamente atender ao denominado interesse secundário do Estado. Entretanto, com a vigência da Constituição Federal de 1988, sua natureza jurídica passou a sofrer profundas alterações. Isto porque, um dos alicerces do nosso ordenamento jurídico-constitucional é a idéia de **função social**.

Na busca da função social, percebe o Estado que, ao se utilizar da licitação, objetivando uma obra, compra ou serviço, em face do montante despendido, ele se apresenta como atividade de desenvolvimento econômico sustentável, geração de emprego e renda para uma grande parcela da sociedade e erradicação da pobreza.

Com isso, **passa a licitação a ser uma das atividades-fim do Estado**. E essa nova função do instituto "licitação" recebeu do Governo federal a denominação de **uso do poder de compra do Estado**.

Objetivos da Licitação

Como decorrência da conjugação entre regulação e ordenação da atividade econômica, verifica-se a necessidade do Estado fomentar as atividades das micro e pequenas empresas para que sejam inseridas no processo de desenvolvimento econômico e social.

Inicialmente, o faz com a elaboração da Lei Complementar nº 123, de 14/12/2006, a qual 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 tocante às aquisições de bens e serviços pelos Poderes Públicos, à tecnologia, ao associativismo e às regras de inclusão.

“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 a 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.” (g.n.)

Ato contínuo, deverá haver medidas administrativas concretas para a efetiva implantação do tratamento diferenciado, bem como, a expedição de legislação específica de cada ente federativo, possibilitando validar as alterações introduzidas pela Lei Complementar nº 123/06. No âmbito da União, houve a expedição do Decreto nº 6.204, de 05 de setembro de 2007.

Com o reconhecimento da situação diferenciada da MPE's e aplicação de políticas públicas privilegiadas, estarão sendo atendidos os dois objetivos da licitação: isonomia e melhor proposta.

Referidos objetivos estão descritos no artigo 3º, caput, 1ª parte da Lei nº 8.666/93:

▪ **Assegurar a Todos os Interessados Iguais**

Oportunidades: retrata, em verdade, o princípio constitucional da isonomia (artigo 5º, ‘caput’), que segundo Aristóteles consiste em:

“Tratar os iguais igualmente e os desiguais desigualmente, na medida de suas desigualdades”.

Igualdade não significa invalidade de todo e qualquer tratamento discriminatório. **A discriminação entre situações pode ser uma exigência inafastável para atingir-se a igualdade.** Nesse caso, o tratamento uniforme é que seria inválido, por ofender à isonomia.

Ademais, o alcance do princípio da isonomia *“não se restringe a nivelar os cidadãos diante da norma legal posta, mas que a própria lei não pode ser editada em desconformidade com a isonomia”*.

Desta forma, a isonomia entre os concorrentes de um certame licitatório admite o tratamento diferenciado entre desiguais para a determinação da real extensão de seu universo.

A questão reside nos critérios para identificação do respeito à isonomia, pelos quais *“tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro lado, cumpre verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada. Finalmente, impende analisar se a correlação ou fundamento racional abstratamente existente é, in concreto, afinado*

com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional.

Em suma: importa que exista mais que uma correlação lógica abstrata entre o fator diferencial e a diferenciação conseqüente. Exige-se, ainda, que haja uma correlação lógica concreta, ou seja, aferida em função dos interesses abrigados no direito positivo constitucional”.

Traduzindo para o tratamento diferenciado dado as MPE’s, verifica-se que estão presentes todos os critérios, ou seja, há uma correlação lógica entre os privilégios concedidos e a justificativa (transformar a licitação em atividade de desenvolvimento econômico sustentável, gerar emprego e renda e erradicar a pobreza), bem como tal correlação está afinada com os preceitos constitucionais (artigo 146, inciso III, alínea ‘d’, artigo 170, inciso IX e artigo 179 da Constituição Federal).

Celso Antônio Bandeira de Mello, ao analisar a preferência dada às MPE’s pela Lei Complementar nº 123/06, leciona:

“Deve-se considerar que estas distintas providências correspondem a um exemplo paradigmático da aplicação positiva (ou seja, não meramente negativa) do princípio da igualdade, o qual, como é sabido, conforta tratamentos distintos para situações distintas, sempre que exista uma correlação lógica entre o fator discriminante e a diferença de tratamento. No caso concreto, é a própria Constituição Federal que impõe, como princípio da ordem econômica, o “tratamento favorecido para as empresas de pequeno

O que você pode fazer para comprar mais das MPE's

porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País” (art. 170, IX). Ou seja: ali se determina a outorga de vantagens às sobreditas empresas. É a Lei Magna, portanto, que estabelece uma correlação entre o pequeno porte econômico de uma empresa e a justiça de se lhe atribuírem benefícios em sua atividade empresarial.”

▪ Selecionar a Proposta Mais Vantajosa:

A eleição da melhor proposta está diretamente relacionada ao critério de julgamento escolhido pela Administração Pública, que deve estar orientado pelos seguintes fatores: qualidade, rendimento, preço, condições de pagamento, prazo e outros pertinentes ao objeto da licitação.

O que se pretende é a melhor proposta no mercado e não no processo licitatório. Logo, se existem falhas de mercado, está justificada a intervenção do Estado na economia. O artigo 173 da Constituição Federal permite que o Estado, em situações especiais, intervenha no domínio econômico quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo.

Em conclusão: dar um **tratamento diferenciado às micro e pequenas empresas insere-se na noção de relevante interesse coletivo**, a justificar o uso do instituto da licitação como instrumento de intervenção no mercado.



- **Padronizar e Simplificar Editais:** o quanto mais objetivo, claro e simplificado forem os editais e cartas-convite, maior será a compreensão de suas exigências e a participação de MPE's (que por vezes não dispõem de assessoria especializada).
- **Ampliar a Divulgação dos Instrumentos Convocatórios:** quanto maior a divulgação de editais de licitação e cartas-convite, maior será a participação de MPE's nos certames.
- **Permitir a Formação de Consórcios entre MPE's:** permitindo o consórcio de MPE's, você estará ampliando a capacidade das MPE's de fornecer ao governo. A nova Lei Geral das MPE's expressamente trata do assunto em seu artigo 56.
- **Planejar suas Compras:** a realização de certames em épocas predeterminadas possibilitará que as MPE's tenham os documentos necessários e válidos, bem como, que tenham o objeto para ser fornecido, nos prazos determinados.
- **Efetuar o Pagamento no Prazo Determinado pela Lei nº 8.666/93 (artigo 40, inciso XIV) e acordado entre as partes (artigo 55, inciso III):** isso ampliaria a participação das MPE's, pois não haveria risco de prejuízo em face de eventual não-pagamento.
- **Ampliar a Participação de MPE's nas Licitações de Obras e Serviços de Engenharia:** isso incluiria a ampliação de participação nas modalidades concorrência e tomada de preços, bem como nas licitações do tipo melhor técnica e técnica e preço.
- **Simplificar os Documentos de Habilitação:** a documentação exigida deve se tornar menos limitadora e mais instigadora da competitividade, facilitando a participação de MPE's.
- **Verificar Certidões Disponíveis na Internet:** dispensando a apresentação dos respectivos certificados, facilitando a habilitação das MPE's.

- **Evitar Formalismo Excessivo:** correção de erros meramente formais nas propostas e documentação dos participantes, e introduzir uma fase saneadora (artigo 43, §3º da Lei nº 8.666/93).
- **Dispensar Documentos para Bens de Entrega Imediata:** poderão ser dispensados alguns documentos, permitindo uma maior participação das MPE's, em compras de bens com prazo de entrega até 30 dias da data prevista para apresentação da proposta, exceto as certidões de regularidade do INSS e FGTS (artigo 32, §1º da Lei nº 8.666/93).
- **Utilização da contratação direta:** na hipótese de dispensa de licitação, prevista no artigo 24 da Lei nº 8.666/93, sempre que possível contratar MPE's.
- **Especificação do objeto:** efetuar pesquisa detalhada acerca das especificações que deverão constar no descritivo do objeto. Isto evitará exigências impertinentes e impossíveis de serem atendidas, principalmente pelas MPE's.
- **Conhecimento do mercado:** possibilitará a adequação de suas necessidades àquilo que pode ser ofertado pelo mercado de MPE's existentes.
- **Constante troca de informações internas:** possibilitará a identificação e solução das dificuldades existentes na inclusão das MPE's.
- **Ter total conhecimento dos procedimentos licitatórios:** o domínio das fases do certame possibilitará o aprimoramento das falhas existentes e a efetiva inclusão das MPE's.

O que a Lei Geral das MPE's possibilita

Com a edição da Lei Complementar nº 123, em 14 de dezembro de 2006, os artigos 42, 43, 44 e 45 deveriam ser aplicados imediatamente nas licitações instauradas após a data da promulgação. Os demais dispositivos, excepcionando-se o artigo 46, foram regulamentados por meio do Decreto nº 6.204/07 e já podem ser plenamente aplicados.

Um dos cuidados que a Administração Pública deve ter quando da realização de certames com a adoção do tratamento estabelecido pela Lei Complementar nº 123/06, está na identificação das microempresas e das empresas de pequeno porte.

Considera-se microempresa e empresa de pequeno porte a sociedade empresária, a sociedade simples e o empresário que se



18

refere o artigo 966 do Código Civil, devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que no caso das microempresas, o empresário, a pessoa jurídica, ou a ela equiparada, venha a auferir, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais); e no caso das empresas de pequeno porte, o empresário, a pessoa jurídica, ou a ela equiparada, que auferir, 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) (artigo 3º, incisos I e II da LC nº 123/06).

Aliás, de conformidade com o artigo 72 da LC nº 123/06, a condição de microempresa e de empresa de pequeno porte deve obrigatoriamente estar inserida na redação do nome empresarial. Logo, uma simples verificação do agente público poderia suprir a dúvida quanto à natureza jurídica da empresa participante do certame.

Entretanto, em face das inúmeras situações concretas que poderão surgir, quando da efetiva aplicação desta lei – haja vista a exceção contida no §4º, do artigo 3º da LC nº 123/06 –, seria importante que a Administração dispusesse de outros mecanismos para verificar tal condição de MPE's.

Nesse sentido é que o Decreto nº 6.204/07, em seu artigo 11, determina que o enquadramento como MPE, para usufruir dos benefícios previstos nos artigos 42 a 49 da LC nº 123/06, será realizado por meio de declaração.

19

A lei geral das MPE's:

▪ **Autoriza a participação em licitações de MPE's com débitos tributários e previdenciários:** vencendo a licitação, terão um prazo para regularizar a situação para a assinatura do contrato de fornecimento (artigos 42 e 43).

O artigo 42 indica que a regularidade fiscal, como sinônimo do efetivo atendimento das exigências do Fisco (quitação ou, parcelamento ou discussão dos tributos pelo contribuinte), nos termos do artigo 29 da Lei nº 8.666/93, é condição para assinatura do contrato, ou da formalização de uma relação jurídica, quando não houver termo contratual.

Por sua vez, o artigo 43 determina que as MPE's deverão atender ao contido no artigo 29 da Lei nº 8.666/93, apresentando toda a documentação comprobatória da regularidade fiscal, ainda que a certidão esteja positiva.

As MPE's não serão inabilitadas (excluídas do certame) com a apresentação da certidão positiva, até porque, caso fossem declaradas inabilitadas, nos termos do artigo 41, §4º da Lei nº 8.666/93, haveria a preclusão do direito de participarem das fases subseqüentes, nos casos das modalidades convite, tomada de preços e concorrência.

No tocante à possibilidade da MPE's participar do certame mesmo que em débito com a Administração, ressaltamos que terá 02 (dois) dias úteis, cujo termo inicial corresponderá ao momento em que o

proponente for declarado vencedor do certame¹, para sanar a questão, regularizando o débito e apresentando nova documentação (§1º).

Tal prazo admite prorrogação, por igual período, que deverá sempre ser concedida pela Administração quando requerida pelo licitante, exceto se houver urgência na contratação ou prazo insuficiente para o empenho (artigo 4º, §3º do Decreto nº 6.204/07).

Fica evidenciado que a análise da regularidade fiscal não foi excluída da fase de habilitação.

Implica dizer que, caso a MPE's apresente documentação com restrição, poderá a Administração Pública proceder a uma habilitação com condição. Isto porque, somente após a mesma ser declarada vencedora, com o suprimento da restrição, poderá a Administração expedir um ato de saneamento da fase de habilitação.

No caso da MPE's não sanar a documentação, ou se a documentação entregue não seja aceita, deverá a Administração expedir ato administrativo de inabilitação da mesma, o qual também poderá embasar o exercício do direito de petição.

¹ Conforme redação do §2º, do artigo 4º do decreto nº 6.204/07, entende-se por declaração do vencedor, no caso do pregão, o momento imediatamente posterior à fase de habilitação, e no caso das demais modalidades de licitação, no momento posterior ao julgamento das propostas, aguardando-se os prazos de regularização fiscal para a abertura da fase recursal.

Outro ponto significativo está na disposição expressa da aceitação de certidão positiva com efeito de negativa, em face do parcelamento do débito.

Determina o §2º, do artigo 43 que o não saneamento da documentação implicará na perda do direito à contratação com a Administração Pública, ou seja, deve-se entender que não restará a MPE nenhum direito a ser questionado perante o órgão/ente licitante, principalmente no tocante aos efeitos do ato de adjudicação (expectativa de direito de ser contratado e direito público subjetivo de ser contratado, caso a Administração necessite do objeto adjudicado ao vencedor). O mesmo se diga do constante no §4º, do artigo 4º Decreto nº 6.204/07.

É certo afirmar que, como havia uma condição a ser suprida, a inércia da MPE caracteriza sua recusa em regularizar a documentação, o que justificará a extinção do ato de habilitação.

Ademais, poderá a MPE estar sujeita à penalidade indicada no artigo 81 da Lei nº 8.666/93, a qual deve ser precedida de contraditório e ampla defesa, bem como, deve decorrer de uma situação que não possa ser justificada pela MPE.

Caso a Administração venha a se utilizar da prerrogativa prevista no §2º, deverá atentar para o fato de que, se a licitação realizada for na modalidade pregão, caberá uma negociação com o licitante remanescente no tocante ao valor de sua proposta. Se optar pela revogação, deverá atentar para o disposto no §3º, do artigo 49 da Lei

nº 8.666/93, que determina ser necessária a oitiva dos demais licitantes antes da decisão de desfazimento do certame.

▪ **Cria o “empate ficto”** - pelo qual a MPE que tiver apresentado uma proposta com um valor igual ou até 10% superior àqueles apresentados pelas demais empresas (ou de 5% na modalidade pregão) e desde que a licitação seja do tipo menor preço (artigo 5º, ‘caput’, Decreto nº 6.204/07), poderá apresentar uma nova proposta cobrindo o menor valor (artigos 44 e 45).

O artigo 44 estabelece, claramente, mais um critério de desempate, afora os já determinados pela Lei nº 8.666/93, em seus artigos 3º, §2º (preferências por empresas) e 45, §2º (sorteio).

Nas licitações onde houver a participação de MPE’s, deve-se dar à elas a preferência em caso de empate. O curioso é que por empate subentende-se a igualdade numérica das propostas, bem como, que a proposta apresentada pelas MPE’s esteja até 10% (dez por cento) acima da melhor classificada nas modalidades arroladas no artigo 22 da Lei nº 8.666/93 (concorrência, tomada de preços, convite e leilão) ou até 5% (cinco por cento), na modalidade pregão.

O procedimento a ser adotado no caso de ocorrência do empate de propostas está disciplinado no artigo 45:

1º) A MPE melhor classificada poderá apresentar nova proposta, desde que inferior à considerada vencedora, hipótese em que lhe será adjudicado o objeto. Na modalidade pregão, a MPE terá o prazo

máximo de 5 (cinco) minutos após encerrados os lances, para o exercício desse direito, sob pena de preclusão. Nas demais modalidades de licitação, o prazo deverá ser estabelecido pelo órgão ou entidade contratante e estar previsto no instrumento convocatório.

2º) Se a MPE não apresentar nova proposta, serão convocadas as MPE's remanescentes, desde que suas propostas estejam inseridas nos percentuais previstos no artigo 44, momento em que lhes serão oferecidos, na ordem de classificação, o direito de apresentar nova proposta.

Se houver empate entre propostas ofertadas por micro e pequenas empresas, será realizado sorteio para que se identifique aquela que primeiro poderá apresentar melhor oferta.

Caso a MPE não apresente contraproposta com preço inferior à melhor classificada, o objeto será adjudicado ao licitante que apresentou, originalmente, a proposta de menor preço (a qual empatou com a da MPE).

Ressalta-se que o exercício do direito previsto nos incisos do artigo 45 da LC nº 123/06 implica, nas modalidades concorrência, tomada de preços, convite, leilão e pregão presencial, na necessidade do comparecimento pessoal da MPE à sessão do certame.

▪ **Emissão de Cédula de Crédito Microempresarial:** a Administração poderá emitir uma cédula de crédito, quando do não pagamento de empenhos liquidados (artigo 46).

Com o fito de sanar os problemas decorrentes do não pagamento dos objetos/contratos já executados, a Lei Geral optou por transformar referidos créditos, por serem líquidos e certos, em títulos de crédito, os quais poderão ser negociados.

Assim possibilitará, após a devida regulamentação, a emissão de cédula de crédito microempresarial, atualmente regida pela Lei nº 6.840, de 03/11/80 e pelo Decreto-lei nº 413, de 09/01/69.

Para compreender com clareza esta nova espécie de título de crédito, importante saber que pode ser utilizada por pessoas jurídicas ou físicas que se dediquem à atividade comercial e prestação de serviços, para operações de empréstimo concedidas por instituições financeiras.

Desta forma, somente instituições financeiras podem atuar com esses títulos, sendo ainda necessário o oferecimento de uma garantia.

Em virtude de ter uma sistematização nada simplificada a cédula de crédito comercial é pouco utilizada pelas empresas e pessoas físicas, logo, sua aplicação às MPE's, como um título passível de ser utilizado para levantamento de valores, somente dependerá da regulamentação prevista na lei complementar.

Importante ressaltar que, somente após a liquidação da despesa, a Administração reconhece a dívida como líquida e certa, nascendo, a partir dela, a obrigação de pagamento, desde que as cláusulas

contratadas tenham sido cumpridas. Importante a leitura dos artigos 62 e 63 da Lei nº 4.320/64:

“Art. 62. O pagamento da despesa só será efetuado quando ordenado após sua regular liquidação.

Art. 63. A liquidação da despesa consiste na verificação do direito adquirido pelo credor, tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito.

§ 1º. Essa verificação tem por fim apurar:

I. a origem e o objeto do que se deve pagar;

II. a importância exata a pagar;

III. a quem se deve pagar a importância, para extinguir a obrigação.

§ 2º. A liquidação da despesa, por fornecimentos feitos ou serviços prestados, terá por base:

I. o contrato, ajuste ou acordo respectivo;

II. a nota de empenho;

III. os comprovantes da entrega do material ou da prestação efetiva do serviço.”

▪ **Fomento ao desenvolvimento local:** Estados e Municípios poderão estabelecer direcionamento das compras que privilegiem o desenvolvimento local (artigo 47).

Políticas públicas são “*programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Políticas públicas são ‘metas coletivas conscientes’ e, como tais, um problema de direito público, em sentido lato*”.

Assim, para que os entes da federação possam promover o desenvolvimento econômico e social, bem como, ampliar a eficiência das políticas públicas, entendemos que será necessário:

1º) Definir quais as políticas públicas, no sentido de “*processo de escolha dos meios para a realização dos objetivos do governo, com a participação dos agentes públicos e privados*”, que serão perseguidas e implantadas pela Administração. Isto significa que deverá a Administração ter, em seu quadro de pessoal, agentes públicos qualificados para a identificação das áreas passíveis de desenvolvimento. São os denominados “Gestores de Negócios”.

2º) Definir, ainda, por meio de lei, o plano para o estabelecimento dos “*objetivos da política, os instrumentos institucionais de sua realização e outras condições de implementação*”.

3º) Alterar legislação de licitações e contratos, para permitir a efetiva implementação do tratamento diferenciado e simplificado às MPE’s.

Mesmo que a LC nº 123/06 tenha se utilizado da expressão ‘poderá’, o artigo 1º do Decreto federal nº 6.204/07 adotou o termo ‘deverá’, a significar que tem a Administração a obrigatoriedade de aplicar o tratamento diferenciado e simplificado indicado no artigo 47. Assim, quis a lei complementar não deixar a cargo da Autoridade Administrativa a possibilidade da adoção de suas prerrogativas.

▪ **Licitações restritas à participação de MPE’s** (artigo 48, caput).

No tocante ao elenco de situações previstas nos incisos do artigo 48, a LC nº 123/06 se utilizou da expressão ‘poderá’ para que cada

Administração pudesse, no uso de sua competência discricionária, adotar as mesmas, com o fito de efetivamente garantir o tratamento diferenciado e simplificado.

No tocante à esfera federal, em face do Decreto nº 6.204/07, o termo 'poderá' se manteve para as hipóteses previstas nos incisos II e III, respectivamente, artigos 7º e 8º do decreto, por sua vez, os órgãos e entes deverão realizar certames exclusivos para as MPE's, para valores de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) (artigo 48, I da LC nº 123/06 c.c. artigo 6º do Decreto nº 6.204/07).

- **Exclusividade para MPE's em compras de até R\$ 80 mil** – as licitações para contratos de até R\$ 80 mil deverão ser destinadas, exclusivamente, à participação de MPE's (art. 48, inciso I e art. 6º do Decreto nº 6.204/07).

A operacionalização deste benefício pode ser feita considerando o valor total estimado para a licitação, quando o certame tratar de aquisição de itens da mesma "família". Caso a estimativa seja inferior a R\$ 80 mil, deverá ser aplicado o benefício da exclusividade para as MPE's.

Percebe-se que o legislador não fez qualquer diferença no tocante ao objeto, modalidade de licitação ou tipo de julgamento, posto que o critério é única e exclusivamente o valor de contratação. Isto não impede, contudo, que os demais entes da federação, ao efetuarem a adequação de suas legislações, venham a impor novas restrições quanto ao objeto e/ou modalidade e/ou critério de julgamento.

- **Incentivo a subcontratação de MPE's:** a Administração pode adotar critérios que incentivem subcontratações por parte de

médias e grandes empresas, em contratos superiores a R\$ 80 mil (artigo 48, inciso II e §2º).

Determina o artigo 72 da Lei nº 8.666/93 que a subcontratação depende sempre de prévia autorização da Administração. No caso em comento, o Decreto nº 6.204/07 determina que nas licitações para fornecimento de bens, serviços e obras, os órgãos e entidades contratantes poderão estabelecer, nos instrumentos convocatórios, a exigência de subcontratação de MPE's, sob pena de desclassificação. O percentual de exigência da subcontratação é de até 30% (trinta por cento) do valor total licitado, facultada à empresa a subcontratação em limites superiores, conforme estabelecido no instrumento convocatório.

A previsão de subcontratação decorre da possibilidade da contratada repassar, sem licitação, parte do objeto a outra empresa que irá executá-lo por sua conta e risco, inclusive, recebendo diretamente da Administração por isso.

As MPE's que serão subcontratadas deverão estar indicadas e qualificadas pelos licitantes no momento da aceitação, quando a modalidade de licitação for pregão, ou no momento da habilitação nas demais modalidades (artigo 7º, inciso II c.c. §2º do Decreto nº 6.204/07).

Ademais, no momento da habilitação, deverá ser apresentada a documentação da regularidade fiscal e trabalhista das MPE's, bem como ao longo da vigência contratual, sob pena de rescisão. Será permitida a regularização da documentação fiscal, nos termos dos artigos 42 e 43 da LC nº 123/06 e artigo 4ª do Decreto nº 6.204/07.

A empresa contratada, afora estar comprometida pela substituição da subcontratada, responsabiliza-se pela padronização, compatibilidade, gerenciamento centralizado e qualidade da subcontratação.

Não obstante isso, nos termos do §6º, do artigo 7º do Decreto nº 6.204/07, os empenhos e pagamentos referentes às parcelas subcontratadas serão destinados diretamente às MPE's.

▪ **Cota de até 25% para bens de natureza divisível:** a Lei Complementar estabelece uma cota de até 25% do objeto para a contratação de MPE's, em certames para a aquisição de bens, serviços e obras de natureza divisível (artigo 48, inciso III).

É uma nova tentativa de permitir que as MPE's possam fornecer bens, serviços e obras à Administração em quantidades menores das que foram licitadas, uma vez que, em princípio, não teriam condições de atender todo o montante. Isto porque possibilita a divisão do objeto em diversos lotes dentro de um único procedimento licitatório.

▪ **Vedações ao tratamento diferenciado e simplificado às MPE's:** se aplicam aos benefícios elencados nos artigos 47 e 48 da Lei Complementar 123/2006.

- a) Além das vedações expressas no artigo 49, nota-se que o limite de 25% (vinte e cinco por cento) do orçamento disponível para contratações em cada ano civil previsto no §1º do artigo 48 e explicitado no inciso IV do artigo 9º do Decreto nº 6.204/07,

também constitui um limite ao exercício das prerrogativas prevista nos artigos 47 e 48.

- b) As vedações contidas nos incisos I, II e III deverão ser prévia e expressamente demonstradas e justificadas pela Administração, sob pena de ser inválida a licitação efetuada sem o oferecimento do tratamento diferenciado e simplificado.
- c) No inciso I, fica evidenciado o caráter político na escolha do tratamento diferenciado e privilegiado às MPE's.

Ademais, em face do princípio da vinculação ao instrumento convocatório, se o tratamento for oferecido, os critérios devem estar expressos no mesmo (artigo 10 do Decreto nº 6.204/07).

- d) A exigência de um número mínimo de 03 (três) MPE's competitivas, contida no inciso II, implica na busca de uma contratação efetiva.

Assim, poderão estar sediadas no território do Município (local) ou do Estado (regional), de acordo com o valor do objeto, bem como, da natureza jurídica do ente licitador. Exige ainda a lei, que as MPE's sejam capazes de adimplir com as obrigações contratuais.

Pode-se afirmar, então, que o parâmetro mínimo de verificação da possibilidade da adoção do tratamento diferenciado e privilegiado deve ser: 03 (três) MPE's ou mais, desde que aptas a cumprir o contido no instrumento convocatório.

- e) O inciso III possibilita a não aplicação do tratamento diferenciado e privilegiado nos casos onde a Administração

puder demonstrar sua desvantagem para o objeto, no todo ou em parte.

Considera-se não vantajosa a contratação quando resultar em preço superior ao valor estabelecido como referência (parágrafo único do artigo 9º do Decreto nº 6.204/07).

- f)** O inciso IV ressalta que, em processos de dispensa e inexigibilidade, não é necessário, em princípio, adotar a preferência por MPE's, mesmo porque a natureza destes processos dificultaria a inserção deste benefício, em alguns casos. Salientamos, no entanto, que a preferência por MPE's poderá ser adotada, sempre que possível, nos processos de dispensa e inexigibilidade.
- g)** O inciso V do artigo 9º do Decreto nº 6.204/07 acrescentou mais uma hipótese de proibição do tratamento diferenciado e privilegiado. Se refere às hipóteses onde o mesmo não é capaz de alcançar os objetivos previstos no artigo 1º, quais sejam: promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional; ampliação da eficiência das políticas públicas e incentivo à inovação tecnológica.

O atual paradigma das compras governamentais, que transforma compras e contratações em atividades-fim do Estado, somado à Constituição Federal, ao Estatuto da Microempresa e à nova Lei Geral de MPE's, define que as licitações públicas, mais do que nunca, deverão ser utilizadas com o objetivo de promover e desenvolver os micro e pequenos negócios.

E você, agente de compras do Estado, tem o dever e a responsabilidade de colocar esta política pública em prática, no dia-a-dia das licitações públicas.

Colaboradora: Christianne Stroppa

Produção:



Responsável:

Secretaria de Logística
e Tecnologia da Informação

Ministério do
Planejamento,
Orçamento e Gestão



www.planejamento.gov.br

