

**O TRATAMENTO DIFERENCIADO ÀS
MICROEMPRESAS, EMPRESAS DE PEQUENO
PORTE E SOCIEDADES COOPERATIVAS
NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS, SEGUNDO
AS CLÁUSULAS GERAIS E OS CONCEITOS
JURÍDICOS INDETERMINADOS ACOLHIDOS NA
LEI COMPLEMENTAR Nº 123/06 E NO DECRETO
FEDERAL Nº 6.204/07**

Jessé Torres Pereira Júnior
Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Marinês Restelatto Dotti
Advogada da União, Especialista em Direito do Estado/UFRGS
Especializanda em Direito e Economia/UFRGS

Sumário: 1 Introdução; 2 O conceito jurídico indeterminado e a cláusula geral como técnicas de elaboração da norma jurídica; 3 As normas do Decreto nº 6.204/07 sob a perspectiva das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados; 4 Conclusão.

RESUMO: A Lei Complementar n.º 123/06, instituiu o Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, dedicando seu Capítulo V ao estabelecimento de regras que lhes ampliam o acesso às licitações e contratações de compras, obras e serviços pela Administração Pública. Posteriormente o Decreto n.º 6.204, de 05 de setembro de 2007, veio regulamentar, no âmbito da Administração Pública federal, o tratamento favorecido, diferenciado e simplificado dispensado àquelas entidades empresariais. O presente estudo propõe o debate, em sede doutrinária e jurisprudencial, sobre as normas da lei complementar e de seu decreto regulamentador, a partir da compreensão que se venha a desenvolver quanto ao sentido e à extensão dos conceitos indeterminados e das cláusulas gerais que balizam a sua aplicação.

PALAVRAS-CHAVE: Decreto n.º 6.204/07. Perspectiva sob as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados. Contratação exclusiva. Subcontratação. Reserva de cotas. Aplicabilidade. Regras SIASG. Deliberações do TCU.

1 INTRODUÇÃO

A Lei Complementar n.º 123/06, ao instituir o Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, dedicou seu Capítulo V ao estabelecimento de regras que lhes ampliam o acesso às licitações e contratações de compras, obras e serviços pela Administração Pública. As inovações almejam implementar o tratamento diferenciado que a Constituição da República assegura a essas empresas, em homenagem à sua relevância na geração de atividade produtiva para cerca de quarenta milhões de brasileiros, que, de outro modo, permaneceriam fora do mercado de trabalho integrado pelas empresas de maior porte.

A norma complementar concebeu quatro instrumentos tendentes a ampliar as oportunidades de acesso aos contratos administrativos: (a) prazo especial para a comprovação de regularidade fiscal da pequena ou micro empresa, na etapa de habilitação do procedimento licitatório (art. 43, §§ 1º e 2º); (b) empate ficto com a proposta da empresa de maior porte, se o valor da proposta da pequena ou micro empresa for até 10% superior ao daquela, ou de 5% na modalidade do pregão (artigos 44 e 45); (c) emissão de cédula de crédito microempresarial pela micro ou pequena empresa que, sendo titular de direito a crédito empenhado e liquidado, não o receba em pagamento pela Administração em trinta dias, contados da data da liquidação (art. 46); (d) concessão de tratamento diferenciado e simplificado por meio do qual as pequenas e microempresas, disputando licitações destinadas exclusivamente à sua participação, contribuam para promover o desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, para elevar a eficiência das políticas públicas e para incentivar a inovação tecnológica, segundo previsto e regulamentado em lei, bem como estender-se o tratamento diferenciado a licitações em que os respectivos atos convocatórios exijam a subcontratação de pequenas empresas para a execução de até 30% do objeto contratado, ou que reservem cota de até 25% para a contratação de pequenas empresas, se o objeto for bem ou serviço de natureza divisível (artigos 47 e 48).

O só enunciado dessas inovações evidenciava a necessidade de lhes sobrevir norma regulamentadora, fosse para estabelecer regras dissipadoras de dúvidas acerca dos procedimentos de sua efetivação, fosse para esclarecer o sentido de conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais que abundam no texto legal complementar. O Decreto n.º 6.204, de 05 de setembro de 2007, veio regulamentar, no âmbito da

Administração Pública federal, o tratamento favorecido, diferenciado e simplificado dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte nas contratações públicas de bens, serviços e obras. Mas suas 61 disposições (somando a cabeça de seus 13 artigos com os respectivos parágrafos e incisos) não dão respostas tranqüilizadoras àquelas dúvidas e criam outras, nem ministram esclarecimentos suficientes sobre aqueles conceitos indeterminados e cláusulas gerais, que, condicionantes da aplicação da lei e do decreto, são, quase todos, de intrincada apreensão em tese e de complexa demonstração a cada caso concreto.

No texto da lei e do decreto, traduzem conceitos jurídicos indeterminados ou cláusulas gerais as expressões “promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional”; “ampliação da eficiência das políticas públicas”; “incentivo à inovação tecnológica”; “microempresas e empresas de pequeno porte sediadas regionalmente”; “urgência na contratação” (caso a micro ou pequena empresa não comprove a sua regularidade fiscal no prazo); “inviabilidade da substituição” (pela empresa contratada, da microempresa ou empresa de pequeno porte por aquela subcontratada); “padronização, compatibilidade, gerenciamento centralizado e qualidade da subcontratação”; “serviços acessórios”; “subcontratação inviável, desvantajosa ou prejudicial”; “fornecedores competitivos”; “possibilidade de conluio ou fraude”.

O manejo desses conceitos indeterminados e cláusulas gerais produzirá, enquanto não se alcançar consenso razoável sobre o significado e a extensão de cada qual, soluções as mais díspares. Pode-se prever período de considerável turbulência na gestão do tratamento diferenciado deferido às microempresas e empresas de pequeno porte, tendo-se em conta que as instituições controladoras das licitações e contratações da Administração Pública - Tribunais de Contas, Ministério Público, Controladoria-Geral da República, Poder Judiciário - haverão de exigir dos executores congruência entre as decisões tomadas no processo pertinente a cada contratação e aqueles conceitos indeterminados e cláusulas gerais.

Como varia ao infinito o nível de preparo e treinamento dos agentes da Administração Pública brasileira - certo que grande número não porta formação jurídica -, segue-se a natural dificuldade que encontrarão na instrução dos processos e na edição de atos jurídicos providos de estrutura íntegra, notadamente quanto aos motivos e às

finalidades, que se deverão alinhar àqueles conceitos indeterminados e cláusulas gerais, a cada contratação. Convém, pois, que se debata, em sede doutrinária e jurisprudencial, sobre as normas da lei complementar e de seu decreto regulamentador no âmbito da Administração federal, a partir de compreensão que se venha a desenvolver, progressivamente, quanto ao sentido e à extensão dos conceitos indeterminados e das cláusulas gerais que balizam a sua aplicação. Contribuir para tal debate é o propósito deste estudo.

2 O CONCEITO JURÍDICO INDETERMINADO E A CLÁUSULA GERAL COMO TÉCNICAS DE ELABORAÇÃO DA NORMA JURÍDICA

A nenhum agente da Administração deve surpreender a presença, em leis e decretos, de expressões de caráter genérico e abstrato, cujo sentido preciso, por isto mesmo, não se deduz do só conteúdo léxico ou sintático, ou mesmo técnico-jurídico, das palavras que as compõem. O fenômeno ocorre em todos os campos do direito, incluído aquele que disciplina a atuação da função administrativa estatal, que é o direito administrativo.

É que o elaborador da norma - qualquer que seja, legal ou regulamentar - não emprega somente palavras e expressões de cunho unívoco, certo e determinado, nem tal seria compatível com a infinita variedade de situações fáticas que a realidade cria, no presente e para o futuro, em função da dinâmica da vida inteligente, o que obriga a existência de técnicas próprias de elaboração normativa, como sejam o conceito jurídico indeterminado e a cláusula geral, quando a conduta dos aplicadores da norma houver de depender de premissas, condições ou objetivos genéricos e abstratos.

2.1 O CONCEITO JURÍDICO INDETERMINADO

“Nem sempre convém, e às vezes é impossível, que a lei delimite com traço de absoluta nitidez o campo de incidência de uma regra jurídica, isto é, descreva, em termos pormenorizados e exaustivos, todas as situações fáticas a que há de ligar-se este ou aquele efeito no mundo jurídico. Recorre então o legislador ao expediente de fornecer simples indicações de ordem genérica, dizendo o bastante para tornar claro o que lhe parece essencial, e deixando ao aplicador da norma, no momento da subsunção - quer dizer, quando lhe caiba determinar se o fato singular e concreto com que se defronta corresponde ou não

ao modelo abstrato -, o cuidado de preencher os claros, de cobrir os espaços em branco. A doutrina costuma falar, ao propósito, em conceitos juridicamente indeterminados¹ Em que consiste a “boa-fé” que deve presidir as relações contratuais, públicas ou privadas; os “atos de mera permissão ou tolerância” que, no Código Civil, não induzem posse; as “cláusulas abusivas” que autorizam a declaração de nulidade nas relações de consumo; o “atentado violento ao pudor” que tipifica crime capitulado no Código Penal; a “vantagem indevida ou o benefício injusto” decorrente de prorrogação contratual, a configurar delito na Lei nº 8.666/93 (art. 92, parágrafo único), ou o “atraso injustificado” que consitui motivo para rescisão do contrato administrativo (art. 78, IV)?

Indagações desse teor desafiam o aplicador da norma a identificar, nas circunstâncias de cada caso, se os fatos que se apresentam à sua interpretação correspondem, ou não, à conduta de “boa-fé”, ao “ato de mera tolerância”, à “cláusula abusiva”, ao “atentado violento ao pudor”, à “vantagem indevida ou benefício injusto”, ao “atraso injustificado”.

São conceitos jurídicos no sentido de que, uma vez afirmada e demonstrada a sua presença no caso concreto, impõem ao aplicador da norma um comportamento jurídico-administrativo nela previsto. São indeterminados quanto à vaguidão da expressão abstrata com que se exprime o conceito. Porém se tornam determináveis à vista das circunstâncias apuradas e avaliadas em face da realidade factual comprovada.

Na “fixação dos conceitos juridicamente indeterminados, abre-se ao aplicador da norma, como é intuitivo, certa margem de liberdade. Algo de subjetivo quase sempre haverá nessa operação concretizadora, sobretudo quando ela envolve, conforme ocorre com frequência, a formulação de juízos de valor”.² Daí ser comum que o elaborador da norma, sobretudo quando esta visa a disciplinar matéria técnica, opte por incluir disposições definidoras, tal como aquelas que se encontram no art. 6º, seus incisos e alíneas, da Lei nº 8.666/93.

Ainda assim, ao tentar reduzir a margem de subjetividade, o legislador nem sempre consegue livrar-se de, ao definir o núcleo de um conceito indeterminado, socorrer-se de outro conceito indeterminado. Veja-se, por exemplo, a definição de projeto básico, posta no art. 6º,

1 MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Regras de experiência e conceitos jurídicos indeterminados, Temas de Direito Processual**, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 64.

2 MOREIRA, op. cit., p. 65

IX, da Lei nº 8.666/93, na qual o “conjunto de elementos necessários e suficientes para caracterizar a obra ou o serviço” deve ser traçado com “nível de precisão adequado”. Em que consistirá, a cada caso, esse “nível de precisão adequado”, conceito jurídico indeterminado utilizado para reduzir o espectro abstrato de “projeto básico”, outro conceito jurídico indeterminado?

Os conceitos indeterminados se transmudam em determinados pela função que têm de exercer na situação concreta. Servem para propiciar a aplicação equitativa do preceito abstrato ao caso concreto, como resultado jurídico da valoração do conceito tornado vivo e atuante pelo aplicador na norma. Assim, no exemplo dado, terá “nível de precisão adequado” o projeto básico de obra ou serviço cujo conjunto de elementos caracterizadores viabilize planejamento, execução e controle da obra ou do serviço segundo parâmetros tecnicamente reconhecidos e objetivamente demonstráveis, a garantir o resultado esperado, o que, por evidente, variará de acordo com a natureza e as finalidades a cumprir em cada obra ou serviço.

Quando - na linguagem da geometria descritiva - se rebate o projeto básico, do plano técnico de engenharia para o plano do conceito jurídico indeterminado, para fins de aplicação da Lei nº 8.666/93 e demais normas regentes das licitações públicas, duas conseqüências se apresentam: a sua falta impede a instauração da licitação (art. 7º, § 2º, I, da Lei nº 8.666/93) e a sua existência com nível de precisão inadequado compromete os resultados pretendidos pela Administração, constituindo vício grave no processo de contratação.

Esse o raciocínio jurídico que deverá orientar o aplicador da Lei Complementar nº 123/06 e do Decreto federal nº 6.204/07 quando se defrontar com os conceitos jurídicos indeterminados de “urgência na contratação” (art. 4º, § 3º), “inviabilidade da substituição” (art. 7º, IV), “qualidade da subcontratação” (art. 7º, V), “serviços acessórios” (art. 7º, § 2º), “subcontratação inviável” (art. 7º, § 4º), “fornecedores competitivos” (art. 9º), “possibilidade de conluio ou fraude” (art. 11, parágrafo único), todos utilizados pelo Decreto nº 6.204/07.

Ainda Barbosa Moreira adverte que “não se deve confundir esse fenômeno com o da discricionariedade. Às vezes, a lei atribui a quem tenha de aplicá-la o poder de, em face de determinada situação, atuar ou abster-se, ou, no primeiro caso, o poder de escolher, dentro de certos limites,

a providência que adotará, mediante a consideração da oportunidade e da conveniência. É o que se denomina poder discricionário... O que um e outro fenômeno têm em comum é o fato de que, em ambos, é particularmente importante o papel confiado à prudência do aplicador da norma, a quem não se impõem padrões rígidos de atuação. Há, no entanto, uma diferença fundamental, bastante fácil de perceber se se tiver presente a distinção entre os dois elementos essenciais da estrutura da norma, a saber o fato e o efeito jurídico atribuído à sua concreta ocorrência. Os conceitos indeterminados integram a descrição do fato, ao passo que a discricionariedade se situa toda no campo dos efeitos. Daí resulta que, no tratamento daqueles, a liberdade do aplicador se exaure na fixação da premissa: uma vez estabelecida, in concreto, a coincidência ou a não-coincidência entre o acontecimento real e o modelo normativo, a solução estará, por assim dizer, pré-determinada. Sucede o inverso... quando a própria escolha da consequência é que fica entregue à decisão do aplicador”³

Sublinhe-se o que é fundamental para a conduta jurídica do agente da Administração Pública que aplicará os conceitos indeterminados da LC 123/06 ou do Dec. 6.204/07: incidindo o conceito no caso concreto (“urgência na contratação”, por exemplo), a própria norma também estipula a solução a ser adotada, ou seja, o seu efeito (na hipótese do art. 4º, § 3º, do decreto, o efeito terá de ser o indeferimento do pedido de prorrogação de prazo para comprovar a regularidade fiscal, dado que a contratação é urgente). Nenhuma discricionariedade autoriza o descumprimento do efeito da presença do conceito: diante da urgência da contratação, o aplicador deve indeferir o pedido de prorrogação.

A questão estará em verificar, portanto, se, nas circunstâncias do caso concreto, se apresenta, comprovada, a urgência; em caso afirmativo, a norma não deixa espaço discricionário para o aplicador deferir o que a norma quer indeferido. Ou seja, a incidência do conceito indeterminado, que se tornou determinado no caso concreto, exclui o poder de escolher solução diversa daquela que decorre da presença do conceito. Logo, conceito jurídico indeterminado e discricionariedade se excluem quanto aos efeitos: onde houver o primeiro, afasta-se a segunda. Incompreensão sobre isto gerará um sem-número de decisões ilegais na aplicação da LC 123/06 e do Dec. 6.204/07.

3 MOREIRA, op. cit., p. 65-66.

2.2 A CLÁUSULA GERAL

Embora tecnicamente próximas dos conceitos jurídicos indeterminados, as chamadas “cláusulas gerais” da lei deles se distinguem. Ditas cláusulas são formulações da lei, exprimindo valores que devem ser reconhecidos pelo aplicador com a natureza de diretrizes. Em outras palavras: o sistema concebido pela lei (no caso, o tratamento diferenciado em favor das microempresas e empresas de pequeno porte) se moverá sempre de acordo com as diretrizes de suas cláusulas gerais, sem as quais o próprio sistema perde rumo e congruência.

As cláusulas gerais legais dotam o sistema normativo de mobilidade, permitindo que o aplicador o ajuste às contingências históricas e sócio-econômicas que o tempo e a cultura vão moldando e transformando. Por isto que não é necessário que os interessados as invoquem para que incidam no caso concreto. O aplicador do sistema legal estará sempre comprometido em geri-lo de acordo com as cláusulas gerais que lhe dão significado.⁴

Há leis que prodigalizam o emprego de cláusulas gerais no propósito de assegurar maior longevidade e atualidade aos respectivos sistemas normativos, a despeito das mutações da cultura, que tenderiam a torná-los obsoletos em pouco tempo, não fossem as diretrizes contidas em cláusulas gerais.

No Código Civil brasileiro de 2002, por exemplo, se identificam como cláusulas gerais, entre outras, a da função social do contrato como limite à autonomia privada; a do atendimento aos fins sociais e econômicos de todo negócio jurídico; a da função social da propriedade e da empresa; a do dever de indenizar objetivamente, isto é, independentemente de dolo ou culpa, quando a atividade causadora do dano criar riscos para o direito de outrem. Na Lei Complementar nº 123/06 e no Decreto nº 6.204/07, são cláusulas gerais as da “promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional”, da “ampliação da eficiência das políticas públicas”, e do “incentivo à inovação tecnológica” (art. 47 da lei e art. 1º, incisos I, II e III, do decreto).

Como se vê, tanto na cláusula geral quanto no conceito jurídico indeterminado, há vagueza e generalidade. Mas perceba-se que: (a)

⁴ v. COSTA, Judith Martins, As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico. Revista dos Tribunais, v. 680, p. 50.

quando a norma já prevê a conseqüência de sua incidência, está-se diante do conceito indeterminado e o aplicador deverá ater-se ao efeito previsto na norma; (b) quando a norma não prevê conseqüência, caberá ao aplicador criar a solução para o caso concreto de acordo com as cláusulas gerais, o que poderá legitimar soluções distintas para casos aparentemente idênticos.

A função da cláusula geral da lei é integrativa, no sentido de que o sistema espera que o aplicador encontre a solução adequada, desde que harmônica com as diretrizes estabelecidas em suas cláusulas gerais. Assim, caberá ao aplicador, à luz do Código Civil, verificar se o dono terá feito uso social ou egoístico da propriedade e quais seriam os efeitos daí advindos em determinado conflito de interesses (o que explica a dificuldade de se dar solução equânime aos casos de invasão de terras, por exemplo). Caberá ao aplicador, no tratamento diferenciado deferido à microempresa e à empresa de pequeno porte, delinear, nas minutas de contrato, direitos e obrigações que dele façam instrumento apto a promover o desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, sob pena de frustrarem-se os objetivos do tratamento diferenciado. Mas a norma não revela que direitos e obrigações serão esses porque delega ao aplicador, quando da elaboração do contrato, estabelecê-los na conformidade das cláusulas gerais.

Fica claro que as cláusulas gerais conferem ao aplicador discricionariedade da maior amplitude, desde que a exerce em busca de soluções que submetam o caso concreto às diretrizes estabelecidas naquelas cláusulas legais. Vale dizer que os agentes da Administração, do mesmo modo que se devem cercar de cautelas quando do manejo dos conceitos jurídicos indeterminados, cuja aplicação, no caso concreto, os levará a situações de vinculação à solução prevista na norma, deverão empregar maior apuro na instrução dos processos de contratação de microempresas e de empresas de pequeno porte, de molde a que dos autos resulte demonstrado que o respectivo contrato apresenta perfil de direitos e obrigações apto a cumprir as diretrizes das cláusulas gerais fixadas nas normas de regência.

Se determinado contrato com uma dessas empresas não atender a tais diretrizes, sequer poderia ter havido contratação e os agentes responderão por desvio de finalidade. Tanto assim é que o art. 9º, V, do Decreto nº 6.204/07 alinha, entre os impedimentos à realização de licitações para participação exclusiva dessas empresas (art. 6º), à

imposição da exigência de sua subcontratação (art. 7º) ou à reserva de cota para a sua contratação (art. 8º), o da impossibilidade de o contrato cumprir os objetivos enunciados no art. 1º (sede das cláusulas gerais de promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, de ampliação da eficiência das políticas públicas e de incentivo à inovação tecnológica).

3 AS NORMAS DO DECRETO N.º 6.204/07 SOB A PERSPECTIVA DAS CLÁUSULAS GERAIS E DOS CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

Passa-se à reflexão sobre os pontos axiais do Decreto n.º 6.204/07, sob a perspectiva das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados expressos em suas normas.

3.1 DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL NO ÂMBITO MUNICIPAL E REGIONAL

Art. 1º Nas contratações públicas de bens, serviços e obras, deverá ser concedido tratamento favorecido, diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte, objetivando:

I-a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional;

II-ampliação da eficiência das políticas públicas; e

III-o incentivo à inovação tecnológica.

O art. 1º do Decreto n.º 6.204/07 repete, em seus incisos, as diretrizes traçadas no art. 47 da Lei Complementar n.º 123/06. Esta autorizou a União, os Estados e os Municípios a concederem tratamento diferenciado e simplificado às microempresas e empresas de pequeno porte. Como sintetiza a ementa, o Decreto n.º 6.204/07 regulamenta tal tratamento no âmbito da administração pública federal e outras, por conseguinte, não poderiam ser as diretrizes balizadoras que adotou, as quais, por força do art. 34 da Lei n.º 11.488, de 15 de junho de 2007⁵, se

5 “Art. 34. Aplica-se às sociedades cooperativas que tenham auferido, no ano-calendário anterior, receita bruta até o limite definido no inciso II do caput do art. 3º da Lei Complementar no 123, de 14 de dezembro de 2006, nela incluídos os atos cooperados e não-cooperados, o disposto nos Capítulos V a X, na Seção IV do Capítulo XI, e no Capítulo XII da referida Lei Complementar”.

estendem às cooperativas. Vale dizer que o gestor público federal deverá demonstrar, em cada caso, mediante justificativa idônea (explicitação dos motivos do ato administrativo, que se definem, a seu turno, como o conjunto das razões de fato e de direito que legitimam o ato), que a contratação atenderá aos três objetivos concomitantemente, sob pena de incorrer em desvio de finalidade.

Que os objetivos são cumulados não deixa dúvida a conjunção “e”, inserida entre os incisos II e III do art. 1º. Ou seja, somente poderá ser concedido o tratamento favorecido, diferenciado e simplificado em demonstrada presença dessas três diretrizes. Se uma delas não se compatibilizar com as demais, a Administração estará impedida de aplicar o regime diferenciado e as microempresas e empresas de pequeno porte terão a faculdade de participar do prélio licitatório sem direito àquele tratamento, o que soa intrigante: se, por exemplo, tal tratamento for importante para promover o desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, bem assim para ampliar a eficiência de políticas públicas específicas, não se compreende o sentido de ser inviável a aplicação do regime diferenciado porque do contrato não resultasse inovação tecnológica ou esta não fosse necessária para a execução de seu objeto, até porque inovação tecnológica não é imprescindível à consecução dos dois outros objetivos.

Atingir a finalidade da norma implica o dever de a autoridade administrativa utilizar todos os métodos válidos de aferição e interpretação para realizar ou proteger o bem jurídico (interesse público) que o legislador quis tutelar. Apresenta certa complexidade conjugar os objetivos elencados na norma do art. 1º do Decreto n.º 6.204/07, visando a legitimar a concessão de tratamento favorecido, diferenciado e simplificado, segundo se demonstre nos autos do processo administrativo pertinente.

Dificuldades se prenunciam.

O Decreto n.º 5.450, de 31.05.05, obriga, nas licitações da administração pública federal e naquelas empreendidas por entidades executoras de convênios com recursos repassados pela União, a utilização da modalidade licitatória do pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, com preferência para a forma eletrônica, salvo nos casos de comprovada inviabilidade (técnica ou operacional), a ser justificada pela autoridade competente.

Excepcionando-se a hipótese de inviabilidade do modo eletrônico – quando o administrador público optará, motivadamente, pela forma presencial do pregão –, o sentido do Decreto n.º 5.450/05 é o de estimular a participação de maior número, bastando, para tanto, o acesso aos recursos de tecnologia da informação e o prévio credenciamento no sistema eletrônico. Esse propósito confronta com o objetivo do Decreto n.º 6.204/07, no que respeita à promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito do município ou da região: o administrador público federal depara-se com a obrigatoriedade de utilizar o formato eletrônico do pregão, salvo justificada inviabilidade, com o fim de universalizar o acesso à licitação, mas, ao mesmo tempo, deve ater-se ao desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, nas licitações em que se assegure tratamento privilegiado às microempresas e empresas de pequeno porte.

Sucedem-se indagações a que o Decreto n.º 6.204/07 não responde diretamente, vg: como circunscrever a promoção do desenvolvimento econômico e social aos níveis municipal e regional, se acudirem no certame, balizado por tratamento diferenciado, entidades de pequeno porte sediadas em pontos diversos do território nacional, mormente se cotarem propostas mais vantajosas para a Administração?

O Decreto n.º 6.204/07 instituiu novo critério de aceitabilidade de proposta ou novo requisito de habilitação, fundados na localização da sede do licitante? Se o fez, caberia ao pregoeiro ou à comissão de licitação afastar entidades de pequeno porte estabelecidas fora do município ou da região do órgão licitador, ou tal exigência poderia ser expressa no instrumento convocatório, colidindo, então, com a vedação do art. 3º, § 1º, segunda parte, da Lei n.º 8.666/93? Se não o fez, qual a conciliação possível diante da cláusula geral do art. 47 da Lei Complementar n.º 123/06?

A concessão do tratamento privilegiado às entidades de pequeno porte, objetivando a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, aliada à ampliação da eficiência de políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica, conviveria com a inviabilidade da utilização do formato eletrônico do pregão e legitimaria o uso do pregão presencial, que não se vale de tecnologia da informação, como disposto no art. 4º, § 1º, do Decreto n.º 5.450/05?

Tendo em vista o dever jurídico-administrativo de comprovar-se que a licitação atenderá às finalidades inscritas nos incisos I, II e III do art. 1º do Decreto n.º 6.204/07, a par do valor estimado do objeto

conter-se no teto fixado no art. 6.º (oitenta mil reais), da demonstração de que existem mais de três microempresas, empresas de pequeno porte ou sociedades cooperativas competitivas, sediadas local ou regionalmente, conjuntamente com as disposições dos incisos II e IV do art. 9.º, devidamente justificadas, decorreria estar a Administração Pública federal autorizada a utilizar a modalidade do convite mesmo que o objeto da licitação fosse a aquisição de bens e serviços comuns?

Qual seria o alcance do termo “regional” e em que consistiria o “incentivo à inovação tecnológica”?

Como comprovar que a concessão do tratamento privilegiado será fator de ampliação da eficiência de políticas públicas? Nestas se incluem também aquelas definidas nas Constituições estaduais e nas Leis Orgânicas municipais, ou somente aquelas traçadas pela Constituição da República?

A primeira ponderação a fazer-se é a de que o Decreto n.º 6.204/07 não excluiu a possibilidade de utilização da modalidade licitatória do pregão, tanto na forma presencial como eletrônica. Qualquer delas poderá, nas circunstâncias do caso concreto, atender às três diretrizes do art. 1.º. O fato de o pregão presencial não se valer de tecnologia da informação é irrelevante, dado que o incentivo à inovação tecnológica haverá de decorrer da execução do objeto do contrato, não de sua licitação.

A segunda diz respeito à estipulação, no instrumento convocatório, de regra alusiva à localização dessas empresas e sociedades cooperativas. O art. 2.º, IV, do Decreto n.º 6.204/07 sinaliza que os órgãos ou entidades contratantes, isto é, os que integram a Administração, deverão, “sempre que possível”, “Não utilizar especificações que restrinjam, injustificadamente, a participação das microempresas e empresas de pequeno porte sediadas regionalmente”. O destinatário da norma não é o edital, nem decisões da comissão de licitação ou do pregoeiro, mas, sim, a especificação do objeto a ser licitado e contratado. A especificação do objeto é que, sempre que possível, deverá evitar características restritivas à participação de empresas com sede no Município ou na região. As características especificadoras do objeto devem ser de ordem a viabilizar a participação de empresas sediadas localmente, obviando sofisticções ou peculiaridades que somente empresas de outras regiões fossem capazes de atender. Coisa

muitíssimo diferente, como se deduz, de privilegiar empresas em função de sua localização, até porque se tal ou qual especificação for tecnicamente indispensável a que o objeto atenda às necessidades da contratação, deve mesmo constar da especificação, ao que se extrai, recorde-se, do art. 7º, § 5º, segunda parte, da Lei n.º 8.666/93.

Tanto o art. 4º, XIII, da Lei n.º 10.520/02, como o art. 14 do Decreto n.º 5.450/05 e os artigos 28 a 31 da Lei n.º 8.666/93, não prevêem, como requisito de habilitação, a comprovação da localização da sede dos licitantes, certo que o art. 3º, § 1º, da Lei Geral o proíbe, como assinalado. E tampouco se poderia cogitar da exigência de localização da sede do licitante, no instrumento convocatório, como critério de aceitabilidade da proposta (artigos 43, inciso IV, e 45, caput, da Lei n.º 8.666/93), pela singela razão de que requisitos relacionados à pessoa do licitante concernem à etapa procedimental da habilitação, não à etapa de julgamento de propostas, na qual se examinam qualidade e preço do objeto da compra, da obra ou do serviço, não a qualificação da pessoa do licitante, alvo da habilitação.

Ademais, preferência em razão de localização criaria reserva de mercado transgressora do princípio da igualdade expresso no art. 37, inciso XXI, da CF/88 (“ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”).

Resta definir o conteúdo do “âmbito municipal e regional”, que está correlacionado, no inciso I do art. 1º, a desenvolvimento econômico e social. Por isto que o parâmetro do conceito é de natureza econômico-social, afastando qualquer conotação de circunscrição ou competência territorial. O “âmbito municipal e regional” compreende, para os fins da lei e do decreto, as atividades peculiares à vocação econômica regional ou municipal – agrícola, industrial, extrativa, artesanal, turística etc. Os contratos, a cujo acesso se pretende garantir tratamento diferenciado em favor de microempresas e empresas de pequeno porte, bem como a sociedades cooperativas, devem ter por objeto atividades compatíveis com

a vocação econômico-social da região ou do Município em que as respectivas obrigações deverão de ser cumpridas pela contratada. Logo, as políticas públicas a que alude o inciso II do art. 1º são igualmente aquelas traçadas nas Constituições estaduais e nas Leis Orgânicas municipais, tendo por destinatárias essas atividades.

3.2 AMPLIAÇÃO DA EFICIÊNCIA DE POLÍTICAS PÚBLICAS

O conceito de política pública é polissêmico e, como tal, sujeito à influência de valores e ideologias do grupo que exerce o poder e detém a possibilidade de fazer ou deixar de fazer ações, implementar ou descontinuar projetos. Todavia, na medida em que a política pública seja estabelecida em textos constitucionais e/ou orgânicos, passa a dispor de cogência incontestável, tornando-se sua execução exigível dos governos. É o caso do tratamento favorecido, diferenciado e simplificado devido às microempresas e empresas de pequeno porte, por força do comando explicitado nos artigos 146, III, “d”, 170, IX, e 179 da Constituição Federal.

É na execução da política pública que aquela influência se fará sentir, seja na concepção dos instrumentos, na escolha dos meios e das oportunidades para agir, ou na fixação de objetivos e metas a alcançar, no tempo e no espaço.

A ampliação da eficiência de políticas públicas, a que se refere o inciso II, do art. 1º, do Decreto n.º 6.204/07, estará conexas aos resultados que se obtenham com o tratamento diferenciado deferido àquelas empresas e cooperativas. A diretriz permeará as contratações dessas organizações: (a) intrinsecamente, impulsionando os administradores a verificar o suporte teórico/acadêmico da política considerada, a correlação entre propostas de sua viabilização e o alinhamento/validade dos paradigmas e parâmetros adotados; por exemplo, se a participação exclusiva de entidades de pequeno porte, nos moldes do art. 6º do Decreto n.º 6.204/07, em determinada licitação, não representa prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado; (b) externamente, mediante avaliação permanente dos resultados e da percepção destes pelos destinatários da política e pelos usuários das compras, obras e serviços decorrentes da contratação dessas empresas.

Trata-se de segmento do ciclo da gestão de resultados (planejamento, execução, controle e avaliação) a que menos está afeiçoada

a experiência da Administração Pública brasileira, mais preocupada, até aqui, em organizar centros de custos – atividade interna de controle –, antes de desenvolver indicadores de avaliação de desempenho e de instrumentos de pesquisa da satisfação do usuário – atividade voltada para a opinião que os usuários têm da qualidade dos resultados. Em outras palavras: os resultados da gestão, no estado democrático de direito, não se encontram, propriamente, nos centros de custos, mas, sim, na opinião dos usuários sobre a eficiência e a eficácia dos serviços prestados e recebidos, ou seja, os resultados estão fora da organização estatal e representam a avaliação que os usuários fazem do grau de eficiência e de eficácia com que tal organização se desincumbe dos serviços a seu cargo.

O mesmo se deve dizer da consecução das políticas públicas. Contribuir para que se tornem mais eficientes e eficazes significa exigir, das entidades que as executam, desempenho que os usuários repute satisfatório.

3.3 INCENTIVO À INOVAÇÃO TECNOLÓGICA

A Lei Complementar n.º 123/06 e o Decreto n.º 6.204/07, no intuito de estimular a inovação tecnológica nomeada no Capítulo X do Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, guindaram-na a diretriz nas contratações dessas empresas para a execução de compras, obras e serviços pela Administração Pública.

Em que, juridicamente, consistiria tal cláusula geral legal? Pretende dizê-lo o art. 64 da LC n.º 123/06: “Para os efeitos desta Lei Complementar considera-se: I – inovação: a concepção de um novo produto ou processo de fabricação, bem como a agregação de novas funcionalidades ou características ao produto ou processo que implique melhorias incrementais e efetivo ganho de qualidade ou produtividade, resultando em maior competitividade no mercado”.

Deduz-se que se trata da adoção de métodos de produção tecnologicamente novos ou significativamente aperfeiçoados. Esses métodos podem abranger mudanças em equipamentos ou na organização da produção, ou uma combinação de ambos, ou podem derivar do uso de conhecimento novo. Podem ser introduzidos com o propósito de produzir ou distribuir produtos e serviços tecnologicamente novos ou aperfeiçoados, insuscetíveis de produção ou distribuição mediante

métodos convencionais. Ou, ainda, podem ser desenvolvidos para aumentar a eficiência de produção ou distribuição dos existentes.

Saber se a concessão do tratamento favorecido, diferenciado e simplificado àquelas empresas e cooperativas implica incentivo à inovação tecnológica demandaria dos agentes da Administração demonstração nada corriqueira, qual seja a de que a contratação ensejaria o emprego de conhecimento, de método ou de processo produtivo capaz de agregar valor ao objeto do contrato, em comparação com o que se encontra no mercado, praticado pelas empresas de maior porte. Soa como desafio pretensioso e contraditório em relação à simplificação pretendida.

Somadas e integradas as diretrizes dessas três cláusulas gerais legais, enunciadas no art. 1º e seus incisos do Decreto n.º 6.204/07, exsurge que este não almejaria alargar, ilimitadamente, a concessão do tratamento favorecido, diferenciado e simplificado às entidades de pequeno porte nas licitações públicas. O administrador público planejará as contratações sob o regime diferenciado analisando as circunstâncias do caso concreto (objeto, mercado, custos e prazo de execução, vantajosidade, possíveis prejuízos ao conjunto ou complexo do objeto, capacidade econômico-financeira da contratada, entre outros) e poderá direcionar a atuação administrativa no sentido de afastar a incidência das regras de licitação exclusiva para microempresas e empresas de pequeno porte, das que possibilitem a subcontratação destas, ou das que lhes garantem reserva de cota. Ou seja, o tratamento diferenciado, embora constitucional, não é um valor absoluto. Será imperativo que, a cada situação, se demonstre a sua conveniência para o interesse público, aferido segundo as diretrizes que o justificam.

Ao mesmo tempo em que a Lei Complementar n.º 123/06 e o seu decreto regulamentador foram editados com o fim de nortear o respeito ao tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte, é de serem reconhecidas as dificuldades jurídicas e operacionais de sua aplicação.

A eficiência e a eficácia da atuação do administrador para a solução das questões suscitadas será controlada por meio da motivação (justificativa) de seus atos, cujos fundamentos de fato deverão ser apontados, assim como a correlação lógica entre os eventos e as soluções jurídicas tidas por adequadas.

Essa motivação deve convencer da legalidade e da regularidade das contratações. O princípio da motivação necessária está consagrado no direito administrativo brasileiro. Seja na Lei Geral de Licitações (artigos 38, inciso IX, 49, caput, 51, § 3.º, e 79, § 1.º), seja no Decreto n.º 5.450/05 (artigos 9.º, § 1.º, 26, § 3.º e 29), ou no art. 3.º, I e III, da Lei n.º 10.520/02, quando exige que a autoridade competente justifique a necessidade da contratação, bem como no art. 8.º, inciso VI, do Decreto 3.555/00, que manifesta o dever de constar dos autos a motivação de cada um dos atos que especifica. Além de encontrar-se entre os onze princípios que o art. 2.º da Lei n.º 9.784/99 arrola como balizadores de todo processo administrativo, no âmbito da Administração Pública federal, daí aplicar-se, igualmente, no processo administrativo de suas licitações e contratações.

3.4 CONDIÇÕES PARA AMPLIAR A PARTICIPAÇÃO DAS PEQUENAS E MICROEMPRESAS NAS LICITAÇÕES

Art. 2.º Para a ampliação da participação das microempresas e empresas de pequeno porte nas licitações, os órgãos ou entidades contratantes deverão, sempre que possível:

A ampliação da participação das entidades de pequeno porte nas licitações, enunciada no art. 2.º e seus incisos, objetiva franquear o acesso destas ao mercado específico das contratações administrativas, como proposto no capítulo V da Lei Complementar n.º 123/06. Esse dispositivo do Decreto exprime metas de gestão, decorrentes de planejamento que leve em conta as características do órgão/entidade pública, as prioridades de suas contratações, as estimativas de custos, os recursos materiais e humanos disponíveis, segundo análise programada das demandas e finalidades a atingir. Estas, por sua vez, necessitam de ser articuladas em torno dos objetivos institucionais e envolver todos os agentes que operam o sistema.

O planejamento da atuação administrativa nas contratações não é inovação do Decreto n.º 6.204/97, mas este lhe dá destacada ênfase. Planejar significa pensar antes de agir, propor objetivos e desenvolver ações que, transportados para a esfera da Administração Pública, traduzem-se no princípio da eficiência, onde toda a ação deve ser orientada para a concretização material e efetiva dos fins de interesse público, sejam os explicitados na regra de competência ou os implícitos no sistema jurídico.

A cabeça do preceito arremata com a locução “sempre que possível”. Vale dizer que as medidas relacionadas nos incisos são impositivas, salvo se houver impossibilidade material à sua concretização, a ser cabalmente justificada pela autoridade competente, a quem caberá rever, periodicamente, a impossibilidade, com o fim de verificar se já se apresentam condições para removê-la.

I-instituir cadastro próprio, de acesso livre, ou adequar os eventuais cadastros existentes, para identificar as microempresas e empresas de pequeno porte sediadas regionalmente, com as respectivas linhas de fornecimento, de modo a possibilitar a notificação das licitações e facilitar a formação de parcerias e subcontratações;

Dispositivo similar consta no art. 36 da Lei n.º 8.666/93, que trata dos registros cadastrais de licitantes, para efeito de habilitação, estabelecendo que os inscritos serão classificados por categorias, tendo em vista sua especialização, subdivididas em grupos, segundo a qualificação técnica e econômica, avaliada pelos elementos constantes da documentação relacionada nos arts. 30 e 31. A medida aproveita às modalidades licitatórias da tomada de preços e do convite, nas quais há exigência de prévio cadastramento (art. 22, §§ 2.º e 3.º, da Lei n.º 8.666/93), bem como auxilia nas contratações diretas, tornando disponível para a Administração conhecimento estruturado sobre as empresas que atuam nos vários segmentos do mercado e que, mercê dos documentos cadastrados no registro, apresentariam qualificação para contratar sem licitação.

O objetivo da norma no Decreto n.º 6.204/07 reside na identificação de empresas do ramo do objeto que a Administração pretende licitar, segundo o critério do desenvolvimento econômico e social no âmbito regional e municipal, a fim de notificá-las para o efeito de participação em certames. Almeja, ademais, promover a interatividade entre as diversas categorias empresariais, com o fim de subsidiar as subcontratações enunciadas no art. 7.º.

II-estabelecer e divulgar um planejamento anual das contratações públicas a serem realizadas, com a estimativa de quantitativo e de data das contratações;

Reportamo-nos à referência acerca do planejamento dos atos de gestão pública, propiciando uma visão global da atividade

administrativa antes da sua implementação, traduzindo-se no efetivo cumprimento do princípio da eficiência, proclamado no art. 37, caput, da Constituição Federal.

III-padronizar e divulgar as especificações dos bens e serviços contratados, de modo a orientar as microempresas e empresas de pequeno porte para que adequem os seus processos produtivos;

A padronização deve refletir a prevalência do interesse público, dos princípios da eficiência, da economicidade e da impessoalidade, sendo possível tanto para a aquisição de novos bens quanto para dar continuidade a projetos implantados. Pode contar, exemplificadamente, com a utilização de servidores já treinados para o manuseio de determinados equipamentos ou serviços, com a prevalência de um sistema em operação, com a eficaz adaptação pelos usuários de bens antes adquiridos, com a compatibilidade de especificações técnicas e de desempenho já existentes e a relação custo-benefício.

O inciso III, visando ampliar a participação das entidades de pequeno porte e cooperativas nas licitações, quer a divulgação das especificações de bens e serviços de interesse da Administração, a fim de que aquelas entidades ajustem os seus processos produtivos às especificações usualmente exigidas pela Administração e, mercê disto, elevem o respectivo teor de competitividade e prontidão para participarem de licitações.

Abre-se ensejo à organização de catálogos de padronização de materiais, com atribuição de código a cada item, cuja referência, nos projetos básicos e atos convocatórios, bastará para esclarecer o mercado quanto às características que o objeto em licitação deve reunir para atender ao que deseja a Administração.

Sem embargo de, previamente à realização de qualquer modalidade licitatória, na fase interna do procedimento, o setor requisitante elaborar projeto básico ou termo de referência, que será aprovado e motivado pela autoridade competente, contendo todos os elementos capazes de identificar, de forma clara e objetiva, o objeto que se quer licitar, com sua adequada caracterização e todos os respectivos atributos, incluindo características que assegurem padrão mínimo de qualidade, não se admitindo restrição injustificada, que afete a isonomia entre os interessados ou pré-direcionem o resultado da competição.

A adequada caracterização do objeto, como previsto nos artigos 14 e 15, III, § 7º, da Lei n.º 8.666/93, é garantia de qualidade para a Administração e assegura aos licitantes aferição segundo critérios objetivos, nos termos do art. 44, § 1º, cujo desatendimento, na proposta, implica desclassificação, como preceituam os artigos 43, IV, e art. 48, I, da mesma Lei Geral.

IV-na definição do objeto da contratação, não utilizar especificações que restrinjam, injustificadamente, a participação das microempresas e empresas de pequeno porte sediadas regionalmente.

A regra do inciso IV deve ser lida articuladamente com a do art. 3º, § 1º, I, da Lei n.º 8.666/93, que veda aos agentes públicos admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato.

O dispositivo da Lei Geral de Licitações proíbe cláusulas ou condições, nos instrumentos convocatórios, que restrinjam a participação dos licitantes sob o critério da localização, enquanto que a disposição introduzida pelo inciso IV, do art. 2º, do Decreto n.º 6.204/07, estimula a participação das entidades de pequeno porte nos certames em razão de sua regionalidade, leia-se localização.

O termo de conciliação entre as normas aparentemente discrepantes, proposto linhas atrás, estará em fixar o foco na proibição de especificações que restrinjam a participação das pequenas empresas e cooperativas locais, sem significar que estas devam ser beneficiadas pelo fato de serem locais, como critério a inserir-se no ato convocatório. A não ser assim, o inciso IV do decreto padeceria de ilegalidade diante da norma geral da Lei n.º 8.666/93, desafiando, também, o princípio constitucional da igualdade pela possível existência de outras entidades de pequeno porte situadas no território nacional, aptas a executar o objeto da licitação.

Por outro lado, cabe ponderar-se que, quando o objetivo da Administração for o de contratar entidades de pequeno porte estabelecidas em determinado local ou região –hipótese que merecerá a devida motivação –, a alternativa seja a de utilizar-se a modalidade licitatória do convite, respeitados os limites de valores fixados no art. 23, inciso I, alínea “a”, e inciso II, alínea “a”, da Lei n.º 8.666/93.

A participação das entidades de pequeno porte nas licitações, segundo critério de localização, há de ser descartada quando a Administração demonstrar a sua impropriedade em razão do objeto que pretende contratar, ou, ainda, quando representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado.

3.5 BALANÇO PATRIMONIAL

Art. 3.º. Na habilitação em licitações para o fornecimento de bens para pronta entrega ou para a locação de materiais, não será exigida da microempresa ou da empresa de pequeno porte a apresentação de balanço patrimonial do último exercício social.

A regra objetiva simplificar a habilitação nas licitações cujo objeto seja a pronta entrega de bens, especificamente no requisito atinente à qualificação econômico-financeira prevista no art. 31, I, da Lei n.º 8.666/93. Disposição similar consta no art. 32, § 1.º, da citada Lei, facultando à Administração a dispensa da documentação prevista nos arts. 28 a 31, no todo ou em parte, nos casos de convite, leilão, concurso, ou, independentemente da modalidade licitatória, quando do fornecimento de bens para pronta entrega.

O art. 3.º do Decreto n.º 6.204/07 também afastou a exigência de balanço patrimonial da microempresa e empresa de pequeno porte, referente ao último exercício, quando o objeto da licitação for a locação de materiais. Locação constitui serviço (art. 6º, II, da Lei n.º 8.666/93), e, não, compra (fornecimento). A exceção do art. 32, § 1º, da Lei Geral se limita a incidir, cuidando-se de compra, quando for para pronta entrega, o que não se configura na hipótese de locação, e, nos demais casos, se o valor estimado for o do convite. Logo, a regra do decreto vai além da exceção delimitada pela Lei Geral.

Quando a Administração reduz exigências de habilitação, independentemente da modalidade adotada e da categoria empresarial participante da licitação, está reduzindo burocracia e ônus para os licitantes. Em tese, estará ampliando a competitividade e aumentando a possibilidade de obter proposta mais vantajosa. Mas, tratando-se de hipótese de exceção, há de conter-se nos limites da lei, sabido que as normas que a definem somente comportam interpretação estrita, vedadas analogia e extensão.

Outro ponto polêmico diz respeito à exigência de balanço patrimonial de microempresa e empresa de pequeno porte, nas licitações referentes a outros objetos que não o fornecimento de bens para pronta entrega ou locação de materiais, ante o disposto no art. 1.179, § 2.º, combinado com o art. 970, ambos do Código Civil.

O art. 1.179, § 2.º, do CC/02 dispensa o pequeno empresário, a que se refere o art. 970, da exigência de manutenção de sistema de contabilidade, mecanizado ou não, com base em escrituração uniforme de seus livros, em correspondência com a documentação respectiva e levantamento anual de balanço patrimonial e de resultado econômico.

O art. 970 determina que a lei assegurará tratamento favorecido, diferenciado e simplificado ao empresário rural e ao pequeno empresário, quanto à inscrição e aos efeitos daí decorrentes, em consonância com o art. 179 da Constituição Federal.

Essas questões não se colocam para fins de participação em licitação porque a exigência de qualificação econômico-financeira, prevista no art. 31, I, da Lei n.º 8.666/93, objetiva apurar se o empresário interessado em participar do certame está apto a integrar os registros cadastrais dos órgãos públicos, bem como a aferir se possui condições ou idoneidade econômico-financeira para participar de licitações e executar satisfatoriamente o objeto a ser contratado.

A Lei Complementar n.º 123/06 não dispensou as microempresas e empresas de pequeno porte da apresentação de qualquer documento de habilitação previsto na Lei Geral de Licitações ou nos diplomas que tratam do pregão.⁶ Apenas concedeu-lhes o direito de regularizar a situação fiscal acaso sujeita a restrição por ocasião da conferência dos documentos exigidos no instrumento convocatório.

Por esta razão, as microempresas e empresas de pequeno porte que pretendam participar de licitações promovidas pelos órgãos públicos, em que se tenha exigido, como requisito de qualificação econômico-financeira, a apresentação de balanço patrimonial, nos moldes previstos pelo art. 31, I, da Lei n.º 8.666/93, deverão elaborá-lo e apresentá-lo, ainda que somente para atender a essa finalidade específica, sob pena de inabilitação.

6 Lei n.º 10.520/02 e Decreto n.º 5.540/05.

O fato de determinadas categorias empresariais gozarem de regime jurídico fiscal-civil específico não as libera de elaborar e apresentar o balanço patrimonial para fins de participação em licitação, restando indispensável, portanto, que assim o façam, se exigido no ato convocatório. Segue-se que a empresa de pequeno porte ou microempresa que deixar de apresentar o balanço patrimonial e as demonstrações contábeis, exigidos no ato convocatório nos termos do art. 31, I, da Lei n.º 8.666/93, deverá ser inabilitada, com fulcro no princípio da vinculação ao instrumento convocatório, inserto no art. 3º, *caput*, combinado com o art. 41, *caput*, da mesma Lei.

3.6 O APERFEIÇOAMENTO DA REGULARIDADE FISCAL

Art. 4.º A comprovação de regularidade fiscal das microempresas e empresas de pequeno porte somente será exigida para efeito de contratação e não como condição para participação na licitação.

Desde a publicação da Lei Complementar n.º 123/06 que se hesita quanto ao momento da comprovação da regularidade fiscal das microempresas ou empresas de pequeno porte, após o exercício do direito ao desempate previsto nos artigos 44 e 45 ou quando portadoras da melhor proposta.

Formularam-se duas interpretações: A primeira sustentava que, na fase de habilitação, deve ser apresentada somente a documentação referente à comprovação da regularidade jurídica, técnica e/ou econômica da microempresa ou empresa de pequeno porte – na medida em que exigidas no instrumento convocatório –, inabilitando-se-a ou habilitando-se-a na hipótese de não cumprir um dos requisitos ou na hipótese de cumprir todos eles, respectivamente; somente por ocasião da assinatura do termo de contrato, ou aceite ou retirada de instrumento equivalente, é que seria exigida a comprovação da regularidade fiscal fixada no instrumento convocatório, permitindo-se a regularização no prazo de dois dias úteis, se acompanhada de alguma restrição.

Segunda vertente entendia que a comprovação da regularidade fiscal, jurídica, técnica e/ou econômico-financeira – consoante exigida no instrumento convocatório – deve ser aferida na fase de habilitação, própria em cada modalidade licitatória. O não cumprimento de um dos requisitos de regularidade, de ordem jurídica, técnica e/ou econômico-financeira, é causa de inabilitação,

independentemente da categoria empresarial do licitante. Tratando-se de microempresa ou empresa de pequeno porte, a verificação da existência de alguma restrição na documentação fiscal apresentada – e somente nesta – não autoriza sua inabilitação, permitida a regularização em dois dias úteis. O não cumprimento do permissivo legal, ou seja, a não regularização da restrição fiscal no prazo legal, acarreta a inabilitação da microempresa ou empresa de pequeno porte, facultado à Administração convocar os licitantes remanescentes na ordem de classificação ou revogar a licitação.

Esta última interpretação entrevia espécie de habilitação condicional e veio a prevalecer no disposto nos §§ 1.º e 4.º do art. 4.º do Decreto n.º 6.204/07, segundo os quais, na fase de habilitação, deve ser apresentada e conferida toda a documentação. Havendo alguma restrição na comprovação da regularidade fiscal da microempresa ou empresa de pequeno porte, acaso vencedora, ser-lhe-á assegurado prazo de dois dias úteis para regularização. A não-regularização nesse prazo, confirmada pela decisão da comissão de licitação ou pelo pregoeiro, por ocasião da análise dos recursos administrativos eventualmente interpostos, retira-lhe a condição de adjudicatária, de vez que apenas esta pode ser convocada para contratar, daí o caput do art. 4º referir-se à comprovação da regularidade fiscal ser exigível apenas “para efeito de contratação, e não como condição para participação na licitação”.

§1º Na fase de habilitação, deverá ser apresentada e conferida toda a documentação e, havendo alguma restrição na comprovação da regularidade fiscal, será assegurado o prazo de dois dias úteis, cujo termo inicial corresponderá ao momento em que o proponente for declarado vencedor do certame, prorrogável por igual período, para a regularização da documentação, pagamento ou parcelamento do débito, e emissão de eventuais certidões negativas ou positivas com efeito de certidão negativa.

§2º A declaração do vencedor de que trata o § 1º acontecerá no momento imediatamente posterior à fase de habilitação, no caso do pregão, conforme estabelece o art. 4.º, inciso XV, da Lei n.º 10.520, de 17 de julho de 2002, 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.

É declarado vencedor, segundo a Lei Geral de Licitações, o licitante que cumpre todos os requisitos estampados no edital - documentação e menor proposta de preços ou menor proposta de preços e documentação, conforme se trate de modalidades convencionais ou de pregão, respectivamente.

O § 1.º do art. 4.º do Decreto n.º 6.204/07 quer que, na fase de habilitação, todos os licitantes apresentem os documentos exigidos no instrumento convocatório. É admitida a permanência da microempresa ou empresa de pequeno porte na licitação, acaso verificada alguma restrição na documentação referente à regularidade fiscal, sendo postergada a sua regularização somente após a emissão do ato administrativo que a declare vencedora, o que acontecerá no momento imediatamente posterior à fase de habilitação, na modalidade do pregão, e no momento posterior ao julgamento das propostas, nas modalidades da Lei n.º 8.666/93.

Tanto a Lei Complementar n.º 123/06 (art. 43, § 1.º) como o Decreto n.º 6.204/07 (art. 4, § 1.º) estabelecem que será assegurado o prazo de dois dias úteis para a regularização da documentação. Deduz-se da parte final do art. 4º, § 1º, do decreto que a irregularidade consiste na existência de débito e que a regularização se fará mediante o seu pagamento, integral ou parcelado, de sorte a gerar a emissão de certidão negativa (no caso de quitação integral do débito) ou de certidão positiva com efeito de negativa (no caso de deferimento, pela repartição fiscal competente, de parcelamento do pagamento do débito). De nenhuma outra irregularidade fiscal parece cogitar a norma, o que não significa inexistência de outra espécie de irregularidade além do débito, capaz de opor-se à comprovação da regularidade fiscal.

§3ºA prorrogação do prazo previsto no § 1º deverá sempre ser concedida pela administração quando requerida pelo licitante, a não ser que exista urgência na contratação ou prazo insuficiente para o empinho, devidamente justificados.

A concessão do prazo de dois dias úteis para a regularização da situação fiscal é direito subjetivo assegurado às microempresas e empresas de pequeno porte que ofereçam a proposta de preços vencedora, admitida a prorrogação do prazo por igual período.

A regra do § 3º vinculou a Administração ao dever de prorrogar, salvo em caso de urgência ou prazo insuficiente para o empenho. Não parece ser a melhor solução. A prorrogação de prazo só se haveria de justificar se a empresa dela necessitasse para a providência referida no parte final do § 1º do mesmo art. 4º, ou seja, obter certidão fiscal negativa ou certidão fiscal positiva com efeito de negativa. Imagine-se a impropriedade de a empresa requerer prorrogação porque estaria à espera do retorno de um seu dirigente em viagem, somente a ele cabendo decidir se interessa ou não à empresa regularizar a documentação fiscal – inversão da precedência que coloca o interesse público acima do privado.

De toda sorte, a urgência de contratação constitui, como visto acima, conceito jurídico indeterminado, a ser avaliado nas circunstâncias do caso. Se a Administração concluir pela urgência, terá o motivo necessário e suficiente para indeferir o pedido de prorrogação. Caso contrário, motivo não haverá para o indeferimento e a prorrogação se impõe, sob pena de invalidade da decisão que a indeferisse. Não há solução intermédia, nos termos da norma.

§4ºA não-regularização da documentação no prazo previsto no § 1º implicará decadência do direito à contratação, sem prejuízo das sanções previstas no art. 81 da Lei n° 8.666, de 21 de junho de 1993, sendo facultado à administração convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, ou revogar a licitação.

Quando a melhor proposta de preço for de entidade de pequeno porte, uma vez verificada a existência de restrições na documentação apresentada na fase de habilitação, para efeito de comprovação da regularidade fiscal, é permitida a regularização, cujo desatendimento, no prazo fixado, implicará sua inabilitação e conseqüente impossibilidade de contratação - que a Lei Complementar n.º 123/06 e o Decreto n.º 6.204/07 rotulam, incidindo em erro conceitual, de decadência de direito; não se decai de direito algum pela singela razão de que não há direito à contratação, mas, apenas, o direito de, a haver contratação, exigir-se a observância da ordem de classificação.

O § 4.º alude à imposição de sanções previstas nos art. 81 da Lei n.º 8.666/93, na hipótese de não-regularização da documentação no prazo fixado, não bastando, para esse efeito, mera menção ao dispositivo da Lei. É imprescindível que as sanções estejam especificadas no instrumento convocatório, como, por exemplo, o *quantum* referente à

multa que deva ser aplicada e a tipificação das hipóteses atraentes das demais penalidades previstas na lei, estabelecendo-se correlação entre o teor de severidade de cada qual e a gravidade da falta.

A aplicação da sanção observará o devido processo legal, o que pressupõe que se garanta ao licitante oportunidade para a articulação de defesa prévia à aplicação da penalidade e, após esta, se houver, o manejo dos recursos previstos em Lei (CF/88, art. 5º, incisos LIV e LV, e Lei nº 8.666/93, artigos 49, § 3º, 78, parágrafo único, e 87), competindo à Administração a apreciação dos motivos que justificam, ou não, a escusa do licitante.

3.7 DEVIDO PROCESSO LEGAL E REGIME RECURSAL

Nas modalidades convencionais da Lei n.º 8.666/93, verifica-se, inicialmente, o cumprimento dos requisitos de habilitação exigidos no instrumento convocatório, seguindo-se a decisão que habilita e/ou inabilita licitante(s) (art. 43, inciso I), sujeita a recurso administrativo hierárquico (art. 43, inciso III, c/c art. 109, inciso I, alínea “a”), que, exaurido, enseja a abertura do(s) envelope(s) contendo a(s) proposta(s) de preço(s) do(s) licitante(s) habilitado(s) (art. 43, inciso III). Prossegue o procedimento com decisão que julga a(s) proposta(s) e apura a vencedora (art. 43, IV e V), a que sucede outra fase recursal (art. 109, inciso I, alínea “b”), após a qual sobrevém o ato declaratório do vencedor do certame.

Nos termos do art. 4.º, § 2º, do Decreto n.º 6.204/07, ao ato que julga a(s) proposta(s) se segue a declaração da vencedora. Se esta for microempresa, empresa de pequeno porte ou sociedade cooperativa, e verificada, na fase de habilitação, a existência de restrição fiscal, será concedido prazo para regularização. Comprovada a regularidade e certificada pelo órgão condutor do certame, os licitantes devem ser intimados da certificação, daí contando-se prazo para a interposição de recurso administrativo (art. 109 e seu § 6.º da Lei n.º 8.666/93).

Não comprovada a regularidade fiscal – seja pelo decurso de prazo sem a devida apresentação do documento comprobatório, ou pela rejeição daquele(s) que for(em) apresentado(s) –, será convocado o licitante classificado em segundo lugar, se microempresa, empresa de pequeno porte ou sociedade cooperativa, para o exercício do mesmo direito. Comprovada desta a regularidade fiscal, e certificada nos autos, serão os licitantes intimados para o oferecimento de recurso administrativo, se o desejarem.

Não comprovada a regularidade fiscal, repete-se o mesmo procedimento para a terceira, quarta, quinta... licitante, observada a ordem de classificação, caso sejam, todas, entidades de pequeno porte.

Vencidos os prazos para a regularização fiscal, abre-se a única oportunidade procedimental para a apresentação de recurso administrativo, seja contra a decisão que habilitou e/ou inabilitou licitantes, ou contra a decisão que julgou as propostas de preços, quando se tratar da modalidade do pregão.

No que diz respeito às demais modalidades da Lei n.º 8.666/93 (concorrência, tomada de preços e convite), a interpretação é a de que, após o transcurso do prazo para a regularização fiscal, tem início a fase recursal apenas da decisão que julgou as propostas, já que decorrido, anteriormente, o prazo para recorrer da decisão proferida quanto à habilitação/inabilitação das licitantes, fase que, nessas modalidades, antecede a do julgamento das propostas (art. 43, inciso III, c/c o art. 109, inciso I, alínea "a").

Aventa-se a tese de que a fase recursal resume-se a um único recurso também nas modalidades convencionais de licitação, se delas participam microempresas e empresas de pequeno porte. O princípio da hierarquia entre as normas jurídicas não sustenta a tese: simples decreto regulador não pode derrogar dispositivos de lei ordinária. O regime recursal da Lei n.º 8.666/96 não se compadece com a fusão dos recursos em momento único. Permanecem vigentes as regras que prevêm duas oportunidades para a interposição de recursos administrativos distintos, um após a decisão da habilitação e outro após a decisão sobre as propostas, tal como estabelecido no art. 109, inciso I, alíneas "a" e "b", da Lei Geral de Licitações, regime que somente se altera na modalidade do pregão, mediante lei específica. De vez que o Decreto n.º 6.204/07 não tem, nem poderia ter, por objeto unificar o regime recursal nas diversas modalidades de licitação, os recursos serão aqueles que as leis pertinentes estabeleceram para cada modalidade, independentemente de quem esteja a participar do certame.

O termo inicial para a apresentação do recurso administrativo é o da intimação do ato a cada um dos licitantes, cuja contagem excluirá o dia do início e incluirá o do vencimento, segundo a regra geral do art. 110 da Lei n.º 8.666/93.

3.8 DEVIDO PROCESSO LEGAL NO PREGÃO

Na modalidade do pregão, na forma presencial, o procedimento licitatório tem início com a apresentação de propostas escritas, seguindo-se a fase de lances verbais e a verificação dos requisitos de habilitação do licitante que ofertou a melhor proposta. Na forma eletrônica, o encaminhamento das propostas se faz exclusivamente por meio virtual, até a data e a hora marcadas para a abertura da sessão; seguem-se os lances e a verificação dos requisitos de habilitação do licitante que ofertou a melhor proposta.

Segundo o disposto no art. 4.º, § 2º, do Decreto n.º 6.204/07, a declaração do vencedor, na modalidade do pregão, ocorrerá imediatamente após a habilitação, observando-se o seguinte procedimento: análise do cumprimento dos requisitos de habilitação do licitante que ofertou a melhor proposta; tratando-se de empresa de pequeno porte e constatado que há restrições quanto à regularidade fiscal, exigida no edital, ser-lhe-á assinado o prazo de dois dias úteis para a regularização, prorrogável por igual período.

A comprovação da regularidade fiscal dar-se-á segundo a norma do art. 4.º, XV, da Lei n.º 10.520/02 (pregão presencial), ou de acordo com o art. 25, § 9º, do Decreto n.º 5.450/05 (pregão eletrônico). Não comprovada a regularidade fiscal – seja por decurso do prazo sem a devida regularização ou por rejeição da documentação apresentada –, serão convocados os licitantes classificados em segundo, terceiro, quarto lugar (na ordem classificatória) para o exercício do mesmo direito, desde que, todos, pertençam à categoria de microempresa, empresa de pequeno porte ou sociedade cooperativa. A fase seguinte é a intimação do ato e abertura do prazo para manifestação da intenção de recorrer, que, na forma presencial, obedece ao disposto no art. 4.º, incisos XVIII a XXI, da Lei n.º 10.520/02 e, na forma eletrônica, ao estatuído nos arts. 26 e 27 do Decreto n.º 5.450/05.

No pregão, tanto no formato presencial quanto no eletrônico, há oportunidade processual para a interposição de um único recurso, abrangendo as fases de classificação de propostas e de habilitação do proponente classificado em primeiro lugar.

3.9 CRITÉRIO DE DESEMPATE

Art. 5.º Nas licitações do tipo menor preço, será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte.

O Decreto n.º 6.204/07 excluiu do tratamento favorecido a oportunidade de as microempresas e empresas de pequeno porte reduzirem suas ofertas de preços, uma vez caracterizado o empate previsto nos §§ 1.º e 2.º do art. 5.º, para os tipos de licitação melhor técnica, técnica e preço e maior lance ou oferta (art. 45, § 1.º, incisos II, III e IV, da Lei n.º 8.666/93). Somente o tipo de licitação menor preço admite, como critério de desempate, a preferência de contratação em favor dessas entidades.

O dispositivo criou espécie de *empate ficto*, ou seja, reputam-se empatadas as propostas apresentadas pelas entidades de pequeno porte cujo preço seja até dez por cento superior ao menor preço ofertado por empresa de maior porte, nas licitações convencionais da Lei n.º 8.666/93, ou até cinco por cento superior, na modalidade licitatória do pregão (presencial ou eletrônico). Para esta última modalidade, o Decreto estipulou o prazo de cinco minutos para o exercício do direito ao desempate, não prevendo, todavia, prazo para a redução da oferta quando se tratar das modalidades convencionais da Lei Geral de Licitações (concorrência, tomada de preços e convite), cuja solução deverá ser regulamentada pelo instrumento convocatório, segundo critério da Administração.

O Decreto n.º 6.204/07 não suprimiu o dever de o pregoeiro negociar o menor preço ofertado, que, na hipótese do art. 5.º, § 4.º, inciso I, ocorrerá após a redução da oferta por entidade de pequeno porte. Na hipótese de não-contratação de nenhuma dessas empresas, a negociação se fará com os licitantes remanescentes, na ordem de classificação.

A respeito da negociação, o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, por intermédio do SIASG (Sistema Integrado de Administração de Serviços Gerais⁷), expediu regras para a operacionalização do pregão

7 Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/tecnologia-informacao/conteudo/principais_atv. O SIASG> está ramificado pelos órgãos e pelas entidades integrantes do SISG, por meio de terminais informatizados. O Sistema é constituído por diversos módulos, alguns ainda estão em desenvolvimento, oferecendo acesso na Internet a um conjunto de serviços e informações. O SIASG tem a missão de integrar os órgãos da administração direta, autárquica e fundacional, em todos os níveis, com instrumentos e facilidades para o melhoramento dos serviços públicos. Os três módulos básicos do SIASG são o catálogo unificado de materiais e serviços, o cadastro unificado de fornecedores e o registro de preços de bens e serviços. SISTEMA DE CATÁLOGO DE MATERIAIS E SERVIÇOS: A catalogação de materiais e de serviços é um conjunto de atividades desenvolvidas no SIASG, tendo como base primária os procedimentos adotados no "Federal Supply Classification". O sistema estabelece uma linguagem única e propicia a definição de padrões determinados de qualidade e produtividade para os materiais e serviços

eletrônico, verbis: “a negociação de preço junto ao fornecedor classificado em primeiro lugar, quando houver, será sempre após o procedimento de desempate de propostas e classificação final dos fornecedores participantes;”.

Esclareça-se que a hipótese de equivalência tratada no art. 5.º, § 4º, III, do Decreto n.º 6.204/07, que prevê o desempate em todas as modalidades licitatórias, prospera, apenas, na fase de apresentação das propostas, ou seja:

- a) no caso de concorrência, tomada de preços e convite – onde as propostas de preços são apresentadas por escrito e envelopadas –, é possível a ocorrência de propostas de microempresas, empresas de pequeno porte ou sociedades cooperativas com valores idênticos; proceder-se-á, então, a sorteio para identificar aquela que primeiro poderá exercer o direito ao desempate e reduzir a oferta;
- b) na modalidade do pregão, na forma presencial, não havendo lances verbais, também é possível a existência de propostas de microempresas, empresas de pequeno porte ou sociedades cooperativas com valores idênticos, e a solução para identificar aquela que primeiro poderá reduzir a oferta será o sorteio; havendo lances verbais, que deverão ser formulados de forma sucessiva, em valores distintos e decrescentes, resulta afastada a hipótese de as ofertas apresentarem valores idênticos, sendo ordenadas segundo a ordem de classificação;
- c) na modalidade do pregão, na forma eletrônica, o art. 5.º, § 5º, do Decreto n.º 6.204/07 explicita descaber sorteio porque o procedimento não admite empate real, o que se deduz do Decreto n.º 5.450/05, art. 24, § 4.º, dispondo que não serão aceitos dois ou mais lances iguais, prevalecendo aquele que for recebido e registrado primeiro.

especificados nas compras da Administração Pública Federal. SICAF: O Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores - SICAF é o módulo informatizado do SIASG, operado “on-line”, que cadastra e habilita as pessoas físicas ou jurídicas interessadas em participar de licitações realizadas por órgãos e pelas entidades integrantes do SISG. O SICAF desburocratiza e facilita o cadastramento dos fornecedores do Governo Federal, contribuindo para aumentar a transparência e a competitividade das licitações. SIREP: O Sistema de Registro de Preços - SIREP atende às consultas dos gestores públicos sobre os preços praticados nas licitações realizadas no âmbito do SISG. É uma ferramenta de apoio ao gestor na estimação de preços máximos nos processos de licitação.

Todavia, no pregão eletrônico, há fase em que poderão coexistir duas ou mais propostas com valores idênticos: a do art. 21 do Decreto n.º 5.450/05 (fase de apresentação de propostas), sem que se efetive a fase competitiva do art. 24 do mesmo diploma (fase de lances). O Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, por intermédio do sistema SIASG, elaborou regras referentes à participação das microempresas e empresas de pequeno porte, aplicáveis às licitações na modalidade do pregão, no formato eletrônico, prevendo que:

caso sejam identificadas propostas de microempresa ou empresa de pequeno porte empatada em segundo lugar, ou seja, na faixa dos 5% (cinco por cento) da primeira colocada e permanecendo o empate até o encerramento do item, o sistema fará um sorteio eletrônico entre tais fornecedores, definindo e convocando automaticamente a vencedora para o encaminhamento da oferta final para desempate.

O Decreto n.º 6.204/07 não disciplina o procedimento do sorteio. O caráter subsidiário das normas gerais da Lei n.º 8/666/93 preenche a lacuna. Seu art. 45, § 2º, orienta que se fará o sorteio em ato público, para o qual todos os licitantes serão convocados. Se, durante a sessão de julgamento das propostas (concorrência, tomada de preços, convite e pregão, na forma presencial), todos os licitantes estiverem presentes, serão notificados da realização do sorteio, com registro em ata.

Na hipótese do art. 5º, § 4º, III, do Decreto n.º 6.204/07, o instrumento convocatório deve cuidar de dispor a respeito do sorteio.

3.10 LIMITES E VEDAÇÃO DE LICITAÇÃO EXCLUSIVA PARA MICROEMPRESAS, EMPRESAS DE PEQUENO PORTE E SOCIEDADES COOPERATIVAS

Art.6º Os órgãos e entidades contratantes deverão realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nas contratações cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais).

Parágrafo único. Não se aplica o disposto neste artigo quando ocorrerem as situações previstas no art. 9º, devidamente justificadas.

O objetivo do Decreto n.º 6.204/07, já se viu, não é o de generalizar o tratamento favorecido, diferenciado e simplificado às empresas de

pequeno porte, nas licitações públicas. Análise acurada, no que tange ao objeto a ser contratado, direcionará a atuação administrativa no sentido de aplicar ou de afastar a incidência das regras que autorizam a realização de licitação exclusiva para essas empresas, a cada caso. Assim se depreende da conjugação entre o parágrafo único do art. 6.º e as disposições do art. 9.º, ambos do Decreto.

Recorde-se que as licitações públicas somente podem ser instauradas, qualquer que seja a modalidade, após estimativa prévia do valor do respectivo objeto (Lei n.º 8.666/93, artigos 7º, § 2º, II, 14 e 40, § 2º, II, e Lei n.º 10520/02, art. 3º, III), estimativa essa que, segundo o Tribunal de Contas da União⁸, será entranhada nos autos do processo de contratação. Algumas considerações acerca da fixação do teto de R\$80.000,00 (oitenta mil reais), previsto no art. 6.º, demarcam limites para a aplicação do tratamento diferenciado, a partir da planilha estimativa de preços, a saber.

1ª - A estimativa levará em conta todo o período de vigência do contrato a ser firmado, consideradas, ainda, todas as prorrogações previstas para a contratação; nesse sentido orienta o Tribunal da Contas da União em deliberações⁹ acerca da escolha da modalidade licitatória, quando o objeto seja a prestação de serviços contínuos, a execução de projetos cujos produtos estejam contemplados nas metas estabelecidas no Plano Plurianual ou referente ao aluguel de equipamentos, ou a utilização de programas de informática, ou seja, cuja execução ultrapasse

8 “[...] faça constar dos autos dos processos de pregão uma via dos orçamentos estimados em planilha, com os preços unitários resultantes das pesquisas de preços, em cumprimento ao disposto ao art. 3º, inciso III, da Lei n.º 10.520, de 17/07/2002, tendo em vista ter sido constatado pela equipe de auditoria que referidas planilhas, quando elaboradas, estavam sendo arquivadas exclusivamente em processos específicos, distintos dos de licitação.” Acórdão 1512/2006 – Plenário;

[...] determinar à [...] que observe a necessidade de fazer constar, dos autos dos processos licitatórios relativos a licitações na modalidade pregão, o orçamento estimado, exigido no art. 3º, inciso III, da Lei n.º 10.520/2002, bem como da pesquisa de mercado em que deverá assentar-se, consoante o disposto no art. 40, § 2º, inciso II, c/c art. 43, inciso IV, da Lei n.º 8.666/1993” Acórdão 2349/2007 – Plenário.”

9 “[...] Escolha a modalidade de licitação com base nos gastos estimados para todo o período de vigência do contrato a ser firmado, consideradas as prorrogações previstas no edital, nos termos dos arts. 8º e 23 da Lei n.º 8.666/1993.” Acórdão 1395/2005, Segunda Câmara;

[...] Proceda a adequado planejamento das licitações, de modo a demonstrar, nos autos, que o enquadramento na modalidade adotada foi precedido de avaliação dos custos totais de sua conclusão, levando-se em consideração, inclusive, as despesas decorrentes de prorrogações contratuais, nos termos do art. 57 da Lei n.º 8.666/93, observando-se as disposições contidas nos arts. 40, 41, 43 e 48 da Lei n.º 8.666/93.” Acórdão 90/2004, Segunda Câmara.

o exercício financeiro; decerto que, nas hipóteses de fornecimento de bens, o valor total estimado do contrato estará adstrito ao final do exercício, segundo a regra do art. 57, caput, da Lei n.º 8.666/93.

2ª - No caso de compras, a estimativa total considerará a soma dos preços unitários (multiplicados pelas quantidades de cada item).

3ª - No caso de serviços, a estimativa será pormenorizada em planilhas que expressem a composição de todos os custos unitários, ou seja, em orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários.

4ª - A estimativa deve ser elaborada com base nos preços correntes no mercado onde será realizada a licitação – local, regional ou nacional.

5ª - A estimativa pode ser feita com base em preços fixados por órgão oficial competente, nos constantes de sistema de registro de preços ou, ainda, nos preços para o mesmo objeto vigentes em outros órgãos, desde que em condições semelhantes.

6ª - A estimativa instrui a verificação da existência de recursos orçamentários suficientes para o pagamento da despesa com a futura contratação.

7ª - A estimativa serve de parâmetro objetivo para o julgamento de ofertas desconformes ou incompatíveis, e conseqüente declaração de sua inexecutabilidade, se for o caso.

De vez que a norma sob foco estipulou um teto para a que a licitação possa ser reservada à participação exclusiva de microempresas, empresas de pequeno porte e sociedades cooperativas, não será uma demasia cogitar de que dito valor será objeto de atenta fiscalização por parte das empresas de maior porte, que poderão impugnar os editais dessas licitações se lhes for possível demonstrar que a estimativa, no caso concreto, está equivocada e o valor do objeto em verdade superaria o teto, daí a inviabilidade legal de a licitação ser exclusiva para aquelas entidades. Argumento a mais a advertir a Administração quanto ao zelo que deve empregar na elaboração de planilhas de estimativa de preços.

O Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, por intermédio do SIASG, expediu as seguintes regras acerca da aplicação dos arts. 6.º a 8.º do Decreto n.º 6.204/07, no âmbito da Administração Pública federal:

Retificação das orientações quanto à aplicabilidade do tratamento diferenciado para micro e pequenas empresas e cooperativas previsto no Decreto n.º 6.204, de 05/09/2007.

1) SIASG: Benefícios previstos pelo Decreto n.º 6.204/07

O Decreto n.º 6.204/07 concedeu tratamento diferenciado (benefício) para ampliar a participação de micro e pequenas empresas nas licitações públicas, constituído por três tipos:

Benefício Tipo I – Contratações destinadas exclusivamente para ME/EPP e Cooperativas (valor estimado em até R\$ 80.000,00);

Benefício Tipo II – Subcontratação de ME/EPP/Cooperativas;

Benefício Tipo III – Reserva de cota exclusiva para ME/EPP e Cooperativas.

Os sistemas SIASG e COMPRASNET estão sendo adequados para viabilizar a operacionalização de compras de acordo com as disposições do supracitado Decreto. Essas adequações iniciam-se no SIDEC, expandindo-se para os demais módulos (SISPP, SISRP, COMPRASNET, etc.).

As informações serão registradas durante a inclusão de aviso (IALAVISO), sendo um dos requisitos o tratamento do benefício pelo edital. Quando o edital contiver o tratamento diferenciado da exclusividade (Benefício Tipo I), deverá ser marcada a opção “SIM” na inclusão dos itens desse edital. Se o edital não contiver benefício, a opção na inclusão dos itens será “NÃO”.

As alterações necessárias para aplicabilidade dos benefícios tipo II e III supracitados estão sendo desenvolvidas no Sistema e, tão logo implantadas, serão divulgadas.

O Benefício Tipo I, consideradas as ressalvas contidas no artigo 9º do supracitado Decreto, que trata das contratações destinadas

exclusivamente para ME/EPP/Cooperativas, poderá ser adotado por item ou por edital de licitação.

Quando a opção em aplicar o benefício for por item, o valor total estimado do item não poderá ultrapassar R\$ 80.000,00. Recomenda-se que, na composição dos itens do edital, deverão ser considerados materiais da mesma “família”, bem como de serviços correlatos, de acordo com os respectivos catálogos.

Quando a opção em aplicar o benefício for por edital, o somatório do valor estimado dos itens não poderá ultrapassar a R\$ 80.000,00. Caso esse somatório ultrapasse o valor de R\$ 80.000,00, essa licitação não poderá adotar o benefício da exclusividade para ME/EPP/Cooperativas. Não obstante, se esse somatório (ou valor global) for igual ou menor que R\$ 80.000,00, para essa licitação poderá ser adotado o benefício da exclusividade para ME/EPP/Cooperativas, ressalvado o disposto no artigo 9º do supracitado Decreto.

Para os dois casos (benefício por item ou por edital), o edital deverá prever a aplicação da exclusividade ou para todo o edital ou para determinado(s) item(ns), e somente participarão as ME/EPPs/Cooperativas que declararam, no ato de inclusão da proposta, fazer jus ao tratamento diferenciado previsto na legislação.

A orientação dada anteriormente, que exigia o critério do “subelemento de despesa” deverá ser desconsiderada.

Com relação à formação de lotes (ou “julgamento pelo menor preço global”), prevalece também o somatório estimado de R\$ 80.000,00 para cada edital ou processo de licitação como parâmetro de aplicação ou não do tratamento diferenciado da exclusividade.

Lembramos que a definição do valor estimado é de responsabilidade do órgão contratante. Por meio dos procedimentos de eventos de alteração e reabertura de prazo no SIDEC, o usuário poderá promover alterações nos editais, da mesma forma como são realizadas hoje.

No que diz respeito aos resultados das licitações, módulo SISPP, quando da aplicação do benefício da exclusividade para as modalidades de licitações previstas na Lei 8.666/93, o Sistema somente permitirá o registro do fornecedor vencedor se for uma

ME/EPP ou Cooperativa após a verificação, junto à Receita Federal do porte da Empresa ou Cooperativa. Relativamente ao Pregão Eletrônico, o resultado é encaminhado de forma eletrônica, não cabendo segunda verificação na Receita, vez que nesse tipo de licitação, a identificação do porte da Empresa e/ou Cooperativa acontece no momento do envio da proposta. Os procedimentos mencionados se repetem nas licitações para Registro de Preço (Concorrência e Pregão). Os procedimentos de divulgação de resultado e empenho permanecem inalterados.

COMPRASNET: Tratamento diferenciado – Contratações exclusivas para ME/EPP e Cooperativas, valor estimado em até R\$ 80.000,00.

As informações registradas no SIDEC, sobre a aplicabilidade do benefício mencionado, para o Comprasnet são refletidas de imediato na tela de proposta do fornecedor, que incluiu também as Cooperativas (Lei n.º 11.488 de 15/06/2007) no tratamento diferenciado das ME/EPPs, as quais (cooperativas) passam também a declarar o atendimento aos requisitos do art.3º, da Lei nº 123/2006, para que possam usufruir dos mesmos benefícios destinados às ME/EPPs. Não obstante, o benefício atribuído no edital e no SIDEC será registrado no formulário de proposta (tela) do fornecedor, bem como nas telas do Sistema, em todas as fases do Pregão Eletrônico.

O tratamento diferenciado atribuído (tipo de benefício), além de permear todas as fases da sessão pública, será parte integrante dos procedimentos recursais, adjudicação e homologação.

Quando da aplicação do benefício da exclusividade, tanto para edital quanto para item(ns), o Sistema não permitirá a participação de empresas de médio e grande porte, inibindo o envio de propostas. Os demais procedimentos permanecem inalterados.

Brasília, 24 de Outubro de 2007- Portal de Compras do Governo Federal – COMPRASNET

3.11 A EXIGÊNCIA DE SUBCONTRATAÇÃO

Art.7º Nas licitações para fornecimento de bens, serviços e obras, os órgãos e entidades contratantes poderão estabelecer, nos instrumentos convocatórios, a exigência de subcontratação

de microempresas ou empresas de pequeno porte, sob pena de desclassificação, determinando:

I-o percentual de exigência de subcontratação, de até trinta por cento do valor total licitado, facultada à empresa a subcontratação em limites superiores, conforme o estabelecido no edital;

II-que as microempresas e empresas de pequeno porte a serem subcontratadas deverão estar indicadas e qualificadas pelos licitantes com a descrição dos bens e serviços a serem fornecidos e seus respectivos valores;

III-que, no momento da habilitação, deverá ser apresentada a documentação da regularidade fiscal e trabalhista das microempresas e empresas de pequeno porte subcontratadas, bem como ao longo da vigência contratual, sob pena de rescisão, aplicando-se o prazo para regularização previsto no § 1º do art. 4º;

IV-que a empresa contratada compromete-se a substituir a subcontratada, no prazo máximo de trinta dias, na hipótese de extinção da subcontratação, mantendo o percentual originalmente subcontratado até a sua execução total, notificando o órgão ou entidade contratante, sob pena de rescisão, sem prejuízo das sanções cabíveis, ou demonstrar a inviabilidade da substituição, em que ficará responsável pela execução da parcela originalmente subcontratada; e

V-que a empresa contratada responsabiliza-se pela padronização, compatibilidade, gerenciamento centralizado e qualidade da subcontratação.

§ 1º Deverá constar ainda do instrumento convocatório que a exigência de subcontratação não será aplicável quando o licitante for:

I -microempresa ou empresa de pequeno porte;

II - consórcio composto em sua totalidade por microempresas e empresas de pequeno porte, respeitado o disposto no art. 33 da Lei n.º 8.666, de 1993; e

III-consórcio composto parcialmente por microempresas ou empresas de pequeno porte com participação igual ou superior ao percentual exigido de subcontratação.

§ 2º Não se admite a exigência de subcontratação para o fornecimento de bens, exceto quando estiver vinculado à prestação de serviços acessórios.

§ 3º O disposto no inciso II do caput deste artigo deverá ser comprovado no momento da aceitação, quando a modalidade de licitação for pregão, ou no momento da habilitação nas demais modalidades.

§ 4º Não deverá ser exigida a subcontratação quando esta for inviável, não for vantajosa para a administração pública ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado, devidamente justificada.

§ 5º É vedada a exigência no instrumento convocatório de subcontratação de itens ou parcelas determinadas ou de empresas específicas.

§ 6º Os empenhos e pagamentos referentes às parcelas subcontratadas serão destinados diretamente às microempresas e empresas de pequeno porte subcontratadas.

O conjunto normativo do art. 7º não cuida de licitação reservada à participação exclusiva de microempresas, empresas de pequeno porte e cooperativas. Faculta à Administração estabelecer a exigência, em licitações abertas a empresas de maior porte, de a empresa contratada subcontratar a execução de partes do objeto do contrato a microempresa, empresa de pequeno porte ou sociedade cooperativa. A subcontratação resulta afastada quando comprovada sua inviabilidade ou prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado, ou não demonstrada vantajosidade para a Administração. Mais uma vez, é fundamental o dever de motivar, ficando a cargo do gestor público indicar os elementos de fato e técnicos que embasam a decisão e suas repercussões administrativas, podendo valer-se de pareceres ou orientações técnicas para essa finalidade, não bastando a só menção a uma das hipóteses previstas no art. 7.º, § 4º, do Decreto n.º 6.204/07.

A Lei n.º 8.666/93 trata da subcontratação em seu art. 72, segundo o qual o contratado, na execução do contrato, sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, poderá subcontratar partes da obra, serviço ou fornecimento, até o limite admitido, em cada caso, pela Administração. Tanto na Lei n.º 8.666/93, como no Decreto n.º 6.204/07, a subcontratação depende de prévia estipulação no instrumento convocatório, por aplicação do princípio enunciado no art. 41 da Lei Geral de Licitações. Veja-se, porém, que os regimes são distintos: na Lei n.º 8.666/93, a iniciativa de subcontratar é do contratado, no curso da execução do contrato, nenhuma restrição havendo ao objeto a ser subcontratado, desde que autorizado pela Administração; no Decreto n.º 6.204/07, a iniciativa é da própria Administração, que a impõe aos licitantes no edital - antes, destarte, de haver contrato -, tanto que se a proposta de um concorrente recusar o dever de subcontratar microempresa, empresa de pequeno porte ou cooperativa, previsto no edital, a consequência será a desclassificação da proposta (art. 7º, caput), e somente será passível de subcontratação o que o § 2º do art. 7º denomina de “serviços acessórios”.

Caberá ao termo de referência ou ao projeto básico, conforme se trate de compra, obra ou serviço, distinguir quais serão os “serviços acessórios”, conceito jurídico indeterminado que carecerá de determinação no caso concreto. Em projeto básico de serviços de limpeza de prédio, por exemplo, poderá ser acessória a manutenção de um recanto interno arborizado, cuja execução caberia ser subcontratada a pequena empresa ou cooperativa especializada. Mas certamente que serviço acessório não seria o de conservar um jardim de grande dimensão em praça pública, constituindo o próprio objeto integral do contrato. O acessório é sempre secundário e de menor valor em relação ao principal. A não execução de um serviço acessório não compromete, em princípio, a operação do principal, não lhe impondo riscos de interrupção. Esse o núcleo conceitual que deverá presidir as definições que o projeto básico ou o termo de referência levará em conta ao discriminar quais serão os serviços acessórios ao objeto em licitação.

Há, no Decreto n.º 6.204/07, regras delimitadoras da subcontratação, desconhecidas da Lei Geral quando esta cuida do mesmo instituto. São vedações ou restrições específicas do tratamento diferenciado e que não teriam serventia fora de seu contexto. Nenhum sentido haveria em se impor a subcontratação quando o próprio contratado já fosse microempresa, empresa de pequeno porte ou

cooperativa. O direito a ser subcontratada tem por titular essas entidades, com o correspondente dever jurídico de sujeição das empresas de maior porte, quando estas forem as contratadas. Estas é que terão de cumprir a exigência da subcontratação, prevista no edital em favor daquelas. Por isto que o § 1º do art. 7º afirma inaplicável a exigência de subcontratação a microempresa, empresa de pequeno porte ou cooperativa, a consórcio composto em sua totalidade por essas entidades, ou a consórcio composto parcialmente por elas, com participação igual ou superior ao percentual exigido de subcontratação.

Eis o perfil da subcontratação no decreto sob análise:

(a) a Administração não pode exigir subcontratação de mais de 30% do objeto contratado, mas pode facultar à contratada exceder desse limite, segundo se estabeleça no edital;

(b) a execução de parte do objeto subcontratado será exclusiva para as entidades de pequeno porte;

(c) a exigência, no instrumento convocatório, da obrigatoriedade de o licitante vencedor subcontratar parte do objeto, constitui critério de aceitabilidade de proposta (art. 43, inciso IV, da Lei n.º 8.666/93), tanto que será desclassificada a proposta que a recusar;

(d) cabe à Administração definir, no instrumento convocatório, quais são os serviços acessórios ao objeto em licitação, mas não lhe cabe determinar quais, desses serviços acessórios definidos, serão os subcontratados, nem escolher as subcontratadas; compete ao licitante indicar e qualificar qual(is) microempresa(s), empresa(s) de pequeno porte ou sociedade(s) cooperativa(s) será(ão) subcontratada(s), com a descrição dos bens e serviços a serem fornecidos e respectivos valores; no pregão, presencial ou eletrônico, a indicação e a qualificação dessas entidades deverão constar na proposta e serão aferidas como critério de aceitabilidade, sob pena de desclassificação, enquanto que, nas modalidades convencionais da Lei n.º 8.666/93, a indicação e a qualificação deverão constar no envelope n.º 1 (documentação), e serão aferidas como requisito de habilitação; à primeira leitura, a parte final do § 3.º parece confrontar com o caput do art. 7.º, também em sua parte final, mas se conciliam na interpretação de que o ato convocatório exigirá, qualquer que seja a modalidade de licitação, que a proposta indique o percentual do valor total do objeto que será subcontratado a

microempresa, empresa de pequeno porte ou sociedade cooperativa; a conjunção “ou”, aposta na parte final do § 3.º, c/c o inciso II, do art. 7.º, permite que o edital ou o convite exija a indicação e a qualificação da entidade a ser subcontratada na fase de apresentação da documentação (licitações convencionais); eis questão a ser apreciada com cautela pelo Tribunal de Contas da União, que sempre orientou a Administração Pública federal a abster-se “de exigir em certames licitatórios certificados não contemplados nos arts. 27 a 33 da Lei nº 8.666/1993” (Acórdão nº 1355/2004 – Plenário), ou “de estabelecer, para efeito de habilitação dos interessados, exigências que excedam os limites fixados nos arts. 27 a 33 da Lei n.º 8.666/1993” (Acórdão nº 808/2003 – Plenário); a exigência de indicação e qualificação da entidade a ser subcontratada, como requisito de qualificação técnica a ser aferido na fase de habilitação, não se amolda ao permissivo inscrito no art. 30, IV, da Lei nº 8.666/93, que alude a “requisitos previstos em lei especial, quando for o caso”; aqui, a lei especial seria a Lei Complementar nº 123/06, na qual não se encontra a exigência instituída pelo Decreto nº 6.204/07, que lei não é, muito menos especial; a indagação que provavelmente se colocará perante a Corte de Controle Externo da Administração federal é se caberia considerar que a inovação trazida pelo decreto, não se referindo à qualificação técnica da licitante, mas, sim, à da pequena empresa ou cooperativa que seria por aquela subcontratada, poderia harmonizar-se com a restrição legal; o corolário dessa interpretação seria que a falta do requisito, na documentação da licitante, não implicaria sua inabilitação, porém, apenas, a impossibilidade de vir a subcontratar com quem não teve a sua qualificação técnica previamente demonstrada, nos termos do decreto; a prosperar, a escusa geraria outro embaraço, qual fosse o de que se estaria, então, a impedir a subcontratação, que é o objetivo do tratamento diferenciado, frustrando-se, destarte, o objetivo da lei; aguarde-se a revisão do texto do decreto ou, a ser mantido, a interpretação que lhe dará o TCU;

(e) na fase de habilitação, deverá ser apresentada e conferida a documentação atinente à regularidade fiscal e trabalhista das entidades indicadas à subcontratação, em correspondência às exigências estabelecidas no instrumento convocatório; no pregão eletrônico, a verificação dar-se-á segundo o disposto nos §§ 2.º e 3.º do art. 25 do Decreto n.º 5.450/05; nas demais modalidades, dita documentação estará no envelope de n.º 1 ou de n.º 2, conforme se trata de modalidade da Lei

n.º 8.666/93 ou de pregão presencial, respectivamente; o decreto exige tal comprovação, sem especificar quais devam ser os documentos, mas convenha-se em que as exigências estabelecidas pela Administração, no que tange à comprovação fiscal das pequenas empresas e cooperativas, devem ser as mínimas indispensáveis à plena e satisfatória execução do objeto; o rigoroso elenco de exigências de habilitação fiscal previsto pela Lei n.º 8.666/93 deve ser reservado às licitações envolvendo grande volume de recursos ou alta complexidade de execução do objeto a ser licitado; o caso concreto demandará análise em busca da maior competitividade; verificando-se alguma restrição na documentação fiscal – e somente nesta – das entidades indicadas à subcontratação, aplicar-se-á o tratamento previsto no art. 4.º, §1.º, do Decreto n.º 6.204/07; este se omite da hipótese de não apresentação dos documentos que comprovem a regularidade fiscal e trabalhista da(s) entidade(s) indicadas à subcontratação, todavia a inabilitação será de rigor no momento em que for exigida a apresentação dos documentos (inciso III do art. 7.º), inclusive por simetria com o efeito previsto no inciso IV, para a situação de não se manter a habilitação das entidades subcontratadas durante a vigência do contrato, qual seja o da rescisão;

(f) o instrumento convocatório e o do contrato (art. 55, VII, da Lei n.º 8.666/93) deverão estabelecer, como obrigação da contratada, a de substituir a entidade subcontratada, no prazo máximo de trinta dias, na hipótese de extinção do vínculo de subcontratação, mantendo-se o percentual de execução originalmente subcontratado até o seu integral adimplemento; o não cumprimento da obrigação dá motivo à rescisão contratual, sem prejuízo das sanções que deverão estar previstas nos referidos instrumentos, assegurada à contratada oportunidade para demonstrar a inviabilidade da substituição; eis outro conceito jurídico indeterminado, a ser determinado segundo as circunstâncias do caso concreto, sendo, porém, de alvitrar-se que o edital e o contrato desde logo descrevam situações factuais que caracterizem a “inviabilidade de substituição”, tal como, por exemplo, a de demandar a execução do objeto subcontratado licença específica do poder público, de que não dispõe a contratada; não configuraria inviabilidade mera dificuldade de recrutamento de pessoal especializado ou de obtenção de material momentaneamente indisponível, dado que esses contratemplos também seriam os que haveria de enfrentar e resolver a subcontratada;

(g) a contratada responsabiliza-se pela padronização, compatibilidade, gerenciamento centralizado e qualidade da subcontratação, o que significa

responder pela integralidade da execução perante a Administração; outro conceito jurídico indeterminado, que deve encontrar definição prévia no projeto básico ou no termo de referência, na medida em que estes descrevam, sendo tal necessário, os métodos e processos de produção ou execução do objeto, com os respectivos indicadores avaliação de qualidade e desempenho.

3.12 RESERVA DE COTAS

Art.8º Nas licitações para a aquisição de bens, serviços e obras de natureza divisível, e desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo do objeto, os órgãos e entidades contratantes poderão reservar cota de até vinte e cinco por cento do objeto, para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte.

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

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

§3º Se a mesma empresa vencer a cota reservada e a cota principal, a contratação da cota reservada deverá ocorrer pelo preço da cota principal, caso este tenha sido menor do que o obtido na cota reservada.

Compra, segundo definido na Lei Geral de Licitações, é toda aquisição remunerada de bens para fornecimento de uma só vez ou parceladamente. É negócio jurídico por meio do qual a Administração adquire definitivamente o domínio (propriedade) de determinado bem. A compra gera obrigação de dar, admitindo-se a hipótese de estar vinculada à prestação de serviços acessórios, como, por exemplo, a compra de determinado equipamento que exige assistência técnica do fornecedor.

Ainda para a Lei n.º 8.666/93, serviço é toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação,

conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais e obra toda construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação, realizada por execução direta ou indireta. Obras e serviços geram obrigações de fazer.

A distinção entre obrigação de dar e obrigação de fazer é relevante por serem diversas as regras jurídicas aplicáveis a cada qual, como se deduz, ilustrativamente, do art. 57 da Lei n.º 8.666/93, que, em outras palavras, não admite prorrogação de obrigação de dar, mas admite prorrogação de obrigação de fazer, em termos.

Outra aplicação se encontra no art. 15, IV, da Lei n.º 8.666/93, segundo o qual as compras, sempre que possível, deverão ser subdivididas em tantas parcelas quantas necessárias para aproveitar as peculiaridades do mercado, visando economicidade. O parcelamento refere-se ao objeto. A licitação objetiva garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração, de maneira a assegurar oportunidade igual a todos os interessados e possibilitar o comparecimento do maior número possível de concorrentes. Por isto é possível a inclusão de mais empresas pela cisão do objeto em distintos itens, desde que a cada qual corresponda uma obrigação de dar autônoma.

De acordo com o art. 8.º do Decreto n.º 6.204/07, nas licitações para a aquisição de bens, serviços e obras de natureza divisível, e desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo do objeto, os órgãos e entidades contratantes poderão reservar cota de até vinte e cinco por cento do objeto, destinando-a à contratação por entidades de pequeno porte. O art. 3º, § 1º, I, da Lei n.º 8.666/93 informa que é vedado aos agentes públicos admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo¹⁰.

A ampliação da competitividade também é tratada no § 1.º do art. 23 da Lei n.º 8.666/93, determinante de que as obras, serviços e compras efetuadas pela Administração serão divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis,

10 Recorde-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: “é certo que não pode a Administração, em nenhuma hipótese, fazer exigências que frustrem o caráter competitivo do certame, mas sim garantir ampla participação na disputa licitatória, possibilitando o maior número possível de concorrentes.” (RESP 474781/DF; Rel. Min. Franciulli Neto, publ. em 12/05/2003).

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 (quanto maior for a quantidade licitada, menor poderá ser o custo unitário do produto a ser adquirido).

Conforme a Lei n.º 8.666/93, é obrigatório o parcelamento quando o objeto da contratação tiver natureza divisível, desde que não haja prejuízo para o conjunto a ser licitado. O administrador público define o objeto da licitação e verifica se é possível dividir as compras, obras ou serviços em parcelas, que visam a aproveitar as peculiaridades e os recursos disponíveis no mercado.

Após avaliação técnica e decisão de que o objeto pode ser dividido e individualizado em itens, devem ser feitas licitações distintas para cada etapa ou conjunto de etapas da obra, serviço ou compra, preservada, em cada licitação, a modalidade que seria a pertinente para a execução de todo o objeto da contratação, segundo o seu valor global estimado. Assim, se forem realizados um ou mais processos de licitação, devem ser somados os valores de todos os itens para a definição da modalidade licitatória adequada.

Licitação parcelada, a exemplo da licitação por item, decompõe-se em várias licitações dentro de um único procedimento, em que cada parcela é julgada em separado. Nesse sentido a orientação do Acórdão n.º 1331/2003-Plenário, do Tribunal de Contas da União, relator o Ministro Benjamin Zymler, verbis: “A leitura atenta do próprio dispositivo legal transcrito pelo responsável (art. 23, §1º, da Lei n.º 8.666/1993) na parte inicial de sua primeira e segunda intervenções revela que é objetivo da norma tornar obrigatório o parcelamento do objeto quando isso se configurar técnica e economicamente viável. O dispositivo dá um caráter impositivo ao parcelamento na medida em que traz uma obrigação para o administrador público por meio da expressão [...] serão divididas[...].”

A respeito da obrigatoriedade de parcelamento, quando comprovada a sua viabilidade técnica e econômica, tão sedimentado está o entendimento que a Corte de Controle Externo da Administração Pública federal cunhou o verbete 247 e o inseriu em sua Súmula

É obrigatória a admissão da adjudicação por item e não por preço global, nos editais das licitações para a contratação de obras,

serviços, compras e alienações, cujo objeto seja divisível, desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo ou perda de economia de escala, tendo em vista o objetivo de propiciar a ampla participação de licitantes que, embora não dispondo de capacidade para a execução, fornecimento ou aquisição da totalidade do objeto, possam fazê-lo com relação a itens ou unidades autônomas, devendo as exigências de habilitação adequar-se a essa divisibilidade.

Tanto o parcelamento como a reserva de cota, na forma estatuída pela Lei n.º 8.666/93 e pelo Decreto n.º 6.204/07, respectivamente, possibilitam a participação de entidades de pequeno porte que se enquadrem nas regras no art. 3.º da Lei Complementar n.º 123/06, podendo preencher os requisitos de disputa para o fornecimento em menores dimensões, se houver vantagem efetiva para a Administração, preservada a economia de escala. Em regra, quando existir parcela de natureza específica que possa ser executada por empresas com especialidades próprias e diversas, ou quando for viável técnica e economicamente, o parcelamento em itens é de rigor, uma vez que seja vantajoso para a Administração.

O art. 8.º, § 1º, do Decreto permite à Administração licitar um objeto sem a reserva de cota, adjudicando-o no todo às entidades de pequeno porte, desde que traga aos autos do processo justificativa que demonstre que o parcelamento é inviável sob aqueles aspectos.

3.13 IMPEDIMENTOS À LICITAÇÃO EXCLUSIVA PARA PEQUENAS EMPRESAS, À EXIGÊNCIA DE SUBCONTRATAÇÃO E À RESERVA DE COTAS

Art.9º Não se aplica o disposto nos arts. 6º ao 8º quando:

I-não houver um mínimo de 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;

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

III-a licitação for dispensável ou inexigível, nos termos dos arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666, de 1993;

IV-a soma dos valores licitados nos termos do disposto nos arts. 6° a 8° ultrapassar vinte e cinco por cento do orçamento disponível para contratações em cada ano civil; e

V-o tratamento diferenciado e simplificado não for capaz de alcançar os objetivos previstos no art. 1°, justificadamente.

Parágrafo único. Para o disposto no inciso II, considera-se não vantajosa a contratação quando resultar em preço superior ao valor estabelecido como referência.

O decreto regulamentador da LC n.º 123/06 impõe limites objetivos à prática do tratamento diferenciado em favor de empresas pequenas e sociedades cooperativas. O direito, a elas reconhecido, de participar de licitações exclusivas, de serem subcontratadas e de contarem com cota reservada na contratação de bens, obras e serviços de natureza divisível, torna-se inexistente se colidir com qualquer dos cinco impedimentos expressos nos incisos do art. 9º, a saber:

(a) não haver o mínimo de três fornecedores competitivos, enquadrados como microempresas, empresas de pequeno porte ou sociedades cooperativas, sediadas local ou regionalmente, e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no ato convocatório; a restrição lembra a do art. 22, §§ 3º e 7º, da Lei n.º 8.666/93, relativamente ao número mínimo de concorrentes que devem comparecer à licitação na modalidade convite, que não poucas controvérsias e dificuldades operacionais acarreta, transformando o convite, não raro, na menos eficiente de todas as modalidades de licitação, de vez que a inobservância do número mínimo resulta na repetição do certame ou em sua possível futura invalidação, com a responsabilização dos agentes recalcitrantes, se descumprido o quorum legal, que, ademais, recebe do TCU interpretação ainda mais restritiva, no sentido de que o número mínimo não é de convidados, mas, sim, de propostas válidas; no regime do Decreto n.º 6.204/07, o critério do quorum mínimo se apresenta acrescido de desafios, a saber: 1º - a presença de dois conceitos jurídicos indeterminados na mesma norma, sendo necessário saber em que consiste “fornecedor competitivo” (aventa-se que seja aquele em condições de ofertar proposta cujo valor esteja abaixo do de mercado, e comprova condições de executar o contrato por esse preço) e empresa “sediada local ou regionalmente” (supõe-se ser aquela cuja sede se situe no município ou na região em que se haverá de executar o objeto do

contrato em licitação); 2º - nos termos em que a norma coloca a questão, a apuração, pela Administração, da existência desse número mínimo é conditio sine qua non para a instauração da licitação, e nem sempre será tarefa fácil proceder-se a esse levantamento prévio, o que acabará por levar a Administração, na dúvida e premida pelo fator tempo, a preferir realizar licitação comum, isto é, sem tratamento diferenciado, e adotada a modalidade que a lei apontar como devida ou preferencial, o que viabiliza a utilização do pregão, presencial ou eletrônico, de vez que este almeja a universalização do acesso às licitações, independentemente da localização do licitante; de toda sorte, fique claro que a existência do número mínimo de fornecedores é condição para a instauração do certame, não se confundindo com exigência de habilitação ou de especificação influente sobre o julgamento de propostas;

(b) o tratamento diferenciado ser desvantajoso para a Administração ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado; a norma se vale de outro conceito jurídico indeterminado, qual seja o da contratação desvantajosa ou prejudicial; somente se sabe que a desvantagem ou o prejuízo se relaciona à contratação porque o diz, expressamente, o parágrafo único do art. 9º; não fora assim e seria possível cogitar-se de que a desvantagem ou o prejuízo estaria na execução do contrato, o que tornaria inócuo o conceito, porque, então, somente se saberia de sua incidência ao final do contrato; mas a dicção do parágrafo único não resolve outro problema, qual seja o de que, se a desvantagem é da contratação e decorre de “preço superior ao valor estabelecido como referência”, então somente se saberá de sua existência após a abertura das propostas trazidas pelos licitantes, ao passo que a desvantagem é posta pela norma do art. 9º como impedimento à aplicação do tratamento diferenciado, ou seja, é condição prévia à instauração do certame; não se percebe como seja possível conciliar-se uma condição (desvantagem ou prejuízo), que se opõe à instauração da licitação com regime diferenciado, com o fato de que a mesma condição somente se torna conhecida no curso do procedimento da licitação instaurada; provavelmente, o que a norma do art. 9º, II, gostaria de haver dito, porém não disse, é que não se instaurará licitação com tratamento diferenciado em favor de pequenas empresas e cooperativas, se a Administração, na fase de estimativa do valor de mercado do objeto a ser licitado, verificar que os valores praticados por essas entidades são superiores aos de mercado, em percentual superior àquele que autoriza o empate ficto; tal interpretação faria sentido na medida em que a norma evitaria a realização de uma licitação em

que as pequenas empresas e cooperativas não teriam condições de se beneficiar do tratamento diferenciado, dada a distância entre os preços que praticam e aqueles que o mercado das maiores empresas tem condições de ofertar, mesmo com o handicap do empate ficto; a hipótese não se encaixa, portanto, na conhecida orientação de deixar-se ao critério da Administração o exame da aceitabilidade de propostas de preços superiores ao estimado pela Administração (TCU, Acórdão n.º 64/2004 – Segunda Câmara – “[...] contratar com valores superiores ao orçado, sem justificativa ou comprovação, é falta grave e pode ensejar multa... é admitido, uma vez fixado o valor estimado para a contratação decorrente de ampla pesquisa de mercado, o exame de compatibilidade de preços entre o estimado e a proposta vencedora, desde que devidamente justificado (motivação) pelo pregoeiro ou comissão de licitação”);

(c) caracterizar-se hipótese de licitação dispensável ou inexigível; o tratamento privilegiado é incompatível com as contratações diretas excepcionalmente admitidas nos artigos 24 e 25 da Lei n.º 8.666/93; o tratamento diferenciado não beneficia as pequenas empresas e cooperativas a ponto de admitir sua contratação sem licitação; se o fizesse, estaria a criar hipótese de dispensa ou inexigibilidade de licitação, cujo móvel seria tão-só o fato de tratar-se de pequena empresa ou cooperativa, o que discreparia por completo da técnica de configuração das exceções ao dever de licitar, cujo núcleo conceitual é sempre um fato de interesse público, não uma determinada categoria de pessoas, a fraudar o princípio constitucional da impessoalidade;

(d) o custo de o tratamento diferenciado ultrapassar um quarto do orçamento anual; a norma estabelece o limite de contribuição da Administração federal ao implemento da política pública constitucional de dispensar tratamento diferenciado às pequenas empresas, qual seja, 25% do valor global das contratações estimadas pela Administração para cada ano civil, inferindo-se que os demais 75% serão destinados às contratações com empresas de maior porte; não se extrai da norma que a cada exercício seja obrigatório empregar 25% das rubricas orçamentárias próprias para a contratação de bens, obras e serviços em contratos com essas entidades; tal é o teto; as contratações efetivadas podem ficar abaixo de 25%, na medida em que a Administração necessitar de empenhar maior soma de recursos em contratos cuja execução exceda a capacidade e a qualificação das pequenas empresas e cooperativas;

(e) o tratamento privilegiado não for apto a promover o desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliar a eficiência das políticas públicas e a incentivar a inovação tecnológica, cláusulas gerais já examinadas.

3.14 A VINCULAÇÃO DO TRATAMENTO DIFERENCIADO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO

Art. 10 Os critérios de tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte deverão estar expressamente previstos no instrumento convocatório.

A norma pretende observar os princípios da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo. O primeiro obriga a Administração a respeitar estritamente as regras que haja previamente estabelecido para disciplinar o certame (art. 41 da Lei n.º 8.666/93). O segundo precata que a licitação seja decidida sob o influxo do subjetivismo, de sentimentos, impressões ou propósitos pessoais dos membros da comissão julgadora ou do pregoeiro (art. 45 da Lei n.º 8.666/93).

No que tange à inserção, no ato convocatório, de regras que reproduzam a disciplina do empate ficto e do desempate, e da preferência de contratação para as pequenas empresas e sociedades cooperativas, introduzidas pelos arts. 44 e 45 da Lei Complementar n.º 123/06, duas recentes decisões do Tribunal de Contas da União relativizam o caráter absoluto que muitos ainda atribuem ao princípio da vinculação ao edital, reproduzido nesse art. 10 do Decreto n.º 6.204/07, a despeito das muitas advertências e ponderações desenvolvidas em sede doutrinária e jurisprudencial, demonstrando que a vinculação é relativa, por ser imperativo distinguir-se entre as exigências formais e as exigências substanciais que o edital pode formular, certo que as primeiras podem ser atendidas de outro modo, sem prejuízo à competição.

Eis a síntese do voto condutor da primeira decisão relativa ao tema:

(Acórdão n.º 702/2007 – Plenário – Relator Ministro Benjamin Zymler – Processo n.º 007.850/2007-5):

16. Outro aspecto abordado pela Representante é a ausência de previsão, no instrumento convocatório, de cláusulas que concedam às

microempresas e empresas de pequeno porte os benefícios contidos em seu Estatuto (Lei Complementar n.º 123/2006).

17. Os arts. 42 a 49 daquele diploma legal estabelecem disposições diferenciadas para a participação em licitações de entidades empresariais caracterizadas como microempresas e empresas de pequeno porte. Destacam-se, neste sentido, os arts. 44 e 45, in verbis:

‘Art. 44. Nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte.

§ 1º Entende-se por empate aquelas situações em que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 10% (dez por cento) superiores à proposta mais bem classificada.

§ 2º Na modalidade de pregão, o intervalo percentual estabelecido no § 1º deste artigo será de até 5% (cinco por cento) superior ao melhor preço.

Art. 45. Para efeito do disposto no art. 44 desta Lei Complementar, ocorrendo o empate, proceder-se-á da seguinte forma:

I - a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada poderá apresentar proposta de preço inferior àquela considerada vencedora do certame, situação em que será adjudicado em seu favor o objeto licitado;

II - não ocorrendo a contratação da microempresa ou empresa de pequeno porte, na forma do inciso I do caput deste artigo, serão convocadas as remanescentes que porventura se enquadrem na hipótese dos §§ 1º e 2º do art. 44 desta Lei Complementar, na ordem classificatória, para o exercício do mesmo direito;

III - no caso de equivalência dos valores apresentados pelas microempresas e empresas de pequeno porte que se encontrem nos intervalos estabelecidos nos §§ 1º e 2º do art. 44 desta Lei Complementar, será realizado sorteio entre elas para que se identifique aquela que primeiro poderá apresentar melhor oferta.

§ 1º Na hipótese da não-contratação nos termos previstos no caput deste artigo, o objeto licitado será adjudicado em favor da proposta originalmente vencedora do certame.

§ 2º O disposto neste artigo somente se aplicará quando a melhor oferta inicial não tiver sido apresentada por microempresa ou empresa de pequeno porte.

§ 3º No caso de pregão, a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada será convocada para apresentar nova proposta no prazo máximo de 5 (cinco) minutos após o encerramento dos lances, sob pena de preclusão.’

18. Depreende-se, da leitura do trecho supracitado, não ser facultativa a aplicação de tais dispositivos, em oposição àqueles previstos nos arts. 47 e 48 daquela lei, disciplinados pelo art. 49 do mesmo diploma. Nesse caso, sim, considera-se facultativa à Administração a adoção dos procedimentos disponibilizados pelo Estatuto, ficando obrigada aquela, caso opte por utilizá-los, a mencioná-los expressamente no instrumento convocatório.

‘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.

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

II - em que seja exigida dos licitantes a subcontratação de microempresa ou de empresa de pequeno porte, desde que o percentual máximo do objeto a ser subcontratado não exceda a 30% (trinta por cento) do total licitado;

III - em que se estabeleça cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte, em certames para a aquisição de bens e serviços de natureza divisível.

§ 1º O valor licitado por meio do disposto neste artigo não poderá exceder a 25% (vinte e cinco por cento) do total licitado em cada ano civil.

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

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

I - os critérios de tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte não forem expressamente previstos no instrumento convocatório;

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

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

IV - a licitação for dispensável ou inexigível, nos termos dos Art. 24 e 25 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993'.

19. Apesar da ausência de previsão editalícia de cláusulas que concedam a estas categorias de empresas os benefícios previstos nos arts. 45 e 46 da lei supradita, não há impedimentos para a aplicação dos dispositivos nela insculpidos.

20. Tais disposições, ainda que não previstas no instrumento convocatório, devem ser seguidas, vez que previstas em lei. Cometerá

ilegalidade o Sr. Pregoeiro caso, no decorrer do certame, recuse-se a aplicá-las, se cabíveis.

21. Não se vislumbra, deste modo, a necessidade de inclusão, no edital, destes dispositivos, conforme requerido pela Representante”.

Segue-se o núcleo do voto condutor da segunda decisão (Acórdão nº 2144/07 – Plenário – Relator Ministro Aroldo Cedraz – Processo nº 020.253/2007-0):

3. Entendo, contudo, conforme consignei no despacho concessivo da cautelar, que tal requisito não se fazia obrigatório. De fato, em uma análise mais ampla da lei, observo que seu art. 49 explicita que os critérios de tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte previstos em seus arts. 47 e 48 não poderão ser aplicados quando “não forem expressamente previstos no instrumento convocatório”. A lei já ressaltou, portanto, as situações em que seriam necessárias expressas previsões editalícias. Dentre tais ressalvas, não se encontra o critério de desempate com preferência para a contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte, conforme definido em seus arts. 44 e 45 acima transcritos.

4. A existência da regra restringindo a aplicação dos arts. 47 e 48 e ausência de restrição no mesmo sentido em relação aos arts. 44 e 45 conduzem à conclusão inequívoca de que esses últimos são aplicáveis em qualquer situação, independentemente de se encontrarem previstos nos editais de convocação.

5. Vê-se, portanto, que não houve mera omissão involuntária da lei. Ao contrário, caracterizou-se o silêncio eloquente definido pela doutrina.

6. O tema foi abordado em recente assentada pelo ministro Guilherme Palmeira, que registrou no voto condutor do acórdão 2.473/2007 - 2ª Câmara:

“Compulsando o acervo bibliográfico sobre o tema, destaco, para maior compreensão, os registros contidos nos Estudos Doutrinários sobre ‘O ISS das Sociedades de Profissionais e a LC

116/2003', de autoria do Prof. Hugo de Brito Machado, em que cita o ensinamento de Eduardo Fortunato Bim a respeito:

'O silêncio eloqüente do legislador pode ser definido como aquele relevante para o Direito, aquele silêncio proposital. Por ele, um silêncio legislativo sobre a matéria de que trata a lei não pode ser considerado como uma lacuna normativa a ser preenchida pelo intérprete, mas como uma manifestação de vontade do legislador apta a produzir efeitos jurídicos bem definidos. Ele faz parte do contexto da norma, influenciando sua compreensão.'

7. De fato, somente há que se falar de lacuna quando for verificada, da análise teleológica da lei, ser ela incompleta, carecendo de complementação. Não se vislumbra, na espécie, essa situação. Resta nítido que a lei buscou propiciar uma maior inserção das microempresas e empresas de pequeno porte no mercado de aquisições do setor público, o que se compatibiliza por inteiro com o silêncio eloqüente mencionado.

8. Observo, aliás, que os comandos contidos nos arts. 44 e 45 são impositivos ("proceder-se-á da seguinte forma..."), ao passo que a redação conferida aos arts. 47 e 48 deixa claro seu caráter autorizativo ("a administração pública poderá..."). As regras insculpidas nos arts. 44 e 45 não são, portanto, facultativas, mas auto-aplicáveis desde o dia 15.12.2006, data de publicação da Lei Complementar 123.

9. Não poderia, portanto, a Comissão Permanente de Licitação da Coordenadoria de Gestão de Recursos Materiais da Universidade Federal da Grande Dourados ter declarado a empresa Excede Construções e Planejamento Ltda. vencedora da tomada de preços 003/2007, sem antes facultar à Telear - Telecomunicações, Eletricidade e Construções Ltda. - ME a apresentação de nova proposta de preços, de forma a dar cumprimento ao art. 45 do Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte.

Conclui-se que, em matéria de tratamento diferenciado devido às microempresas, empresas de pequeno porte e sociedades cooperativas, a legislação de regência já cuidou de fixar os pontos em que a conduta jurídico-administrativa decorre diretamente da lei, desnecessário que os editais se ponham a repeti-la, bastando referi-la (empate ficto e critérios de desempate). E remeteu para a disciplina das normas reguladoras e dos editais os pontos sobre cujos procedimentos silenciou (licitações exclusivas, exigência de

subcontratação e reserva de cotas). Nestes últimos, é indispensável a tutela normativa dos atos convocatórios. Naqueles outros, bastará à Administração aplicar as normas já traçadas nos textos legislativos.

A dualidade evoca a distinção entre norma geral e norma não-geral.

A primeira (norma geral) é necessária ao cumprimento de princípios e ao estabelecimento de paradigmas de comportamento jurídico-administrativo em todas as esferas e instâncias da Administração Pública; no caso, são as normas que, na LC nº 123/06, estabelecem como deve a Administração proceder para tratar as pequenas empresas e as cooperativas em licitações, quanto ao empate ficto e aos critérios de desempate, mercê dos quais lhes garante preferência; vale dizer que normas do edital não poderão traçar, nesses pontos, roteiro diverso daquele consagrado na lei.

A segunda (norma não-geral) é manejada para ditar os procedimentos que se devem ajustar às peculiaridades de cada organização administrativa, sem, portanto, a pretensão de fixar paradigmas universais; no caso, são as normas do Decreto nº 6.204/07, orientadoras da conduta dos órgãos e entidades que integram a Administração federal, podendo cada Estado e Município editar normas que tratem da mesma matéria de modo diverso.

3.15 A DECLARAÇÃO DE SER MICROEMPRESA OU EMPRESA DE PEQUENO PORTE

Art.11. Para fins do disposto neste Decreto, o enquadramento como microempresa ou empresa de pequeno porte dar-se-á nas condições do Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte, instituído pela Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, em especial quanto ao seu art. 3º, devendo ser exigida dessas empresas a declaração, sob as penas da lei, de que cumprem os requisitos legais para a qualificação como microempresa ou empresa de pequeno porte, estando aptas a usufruir do tratamento favorecido estabelecido nos arts. 42 a 49 daquela Lei Complementar.

Parágrafo único. A identificação das microempresas ou empresas de pequeno porte na sessão pública do pregão eletrônico só deve ocorrer após o encerramento dos lances, de modo a dificultar a possibilidade de conluio ou fraude no procedimento.

O art. 3.º da Lei Complementar n.º 123/06 considera microempresas ou empresas de pequeno porte a sociedade empresária, a sociedade simples e o empresário a que se refere o art. 966 do Código Civil, devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, desde que, tratando-se de 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), e, no caso de empresas de pequeno porte, receita bruta superior a esse valor e igual ou inferior a R\$2.400.000,00 (dois milhões e quatrocentos mil reais), em cada ano-calendário. Não fará jus ao regime diferenciado e favorecido previsto nos artigos 42 a 49 da Lei Complementar a pessoa jurídica que incida nas ressalvas constantes do § 4.º do art. 3.º. Às sociedades cooperativas o art. 34 da Lei n.º 11.488, de 15 de junho de 2007, estendeu o mesmo tratamento privilegiado.

O caput do art. 11 determina que será exigida da empresa declaração de que cumpre os requisitos legais para qualificar-se como micro ou de pequeno porte; por extensão, sociedade cooperativa. A declaração compromete a licitante com as exigências do Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte e com as regras postas no edital. O propósito da norma é o de dissuadir a aventura de participar de uma licitação, estando a empresa desalinhada da Lei Complementar n.º 123/06, conduta censurável por traduzir locupletamento indevido do tratamento privilegiado instituído somente em favor daquelas empresas.

Questiona-se acerca do momento da apresentação dessa declaração e das conseqüências no caso de descumprimento.

O Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, no desempenho do cometimento de que o incumbiu o art. 12, tratou de expedir orientações quanto à aplicação do Decreto n.º 6.204/07, entre elas a de que “somente participarão da licitação as citadas entidades que declararem, no ato de inclusão da proposta, fazer jus ao tratamento diferenciado previsto na legislação.”

Na modalidade do pregão, na forma eletrônica, segundo o mesmo Ministério, o licitante - microempresário, empresa de pequeno porte ou sociedade cooperativa - deverá declarar, em campo próprio do sistema, que atende aos requisitos do art. 3.º da Lei Complementar,

constituindo-se em condição para ser admitido a participar da licitação. A não informação, no campo reservado para essa finalidade, obsta o acesso ao certame.

Na modalidade do pregão, na forma presencial, cuja fase de apresentação de proposta de preço antecede a do exame da documentação de habilitação para contratar, oportuna será a exigência, no instrumento convocatório, de que a declaração do art. 11 do Decreto n.º 6.204/07 se insira no documento e no momento a que se refere o inciso VII do art. 4.º da Lei n.º 10.520/02.

Há controvérsia quanto ao efeito da não apresentação da declaração nessa fase do procedimento: daria causa à inabilitação do licitante ou lhe obsta o acesso ao certame?

Na primeira vertente, argumenta-se que o documento, além de forte conteúdo moral, submete o declarante, se inverídica a declaração, às penas de crime tipificado, além de possível sanção administrativa (impedimento para licitar e contratar com o ente federado, bem como unilateral descredenciamento dos sistemas cadastrais da Administração Pública, por até cinco anos, sem prejuízo de multa).

A segunda compreensão tem a sustentá-la o argumento de tratar-se de condição formal para ingressar no certame, aí descaber a inabilitação, própria para quem foi admitido a participar da competição. Esta a solução adequada. A habilitação/inabilitação se refere ao contrato (o licitante estará ou não habilitado a contratar na medida em que comprove, ou não, regularidade e qualificação em todos os itens exigidos no ato convocatório). Daí ser irrelevante que a fase de habilitação se faça ao início ou ao final do procedimento. Outra é a hipótese de admissão ao certame. Para que a empresa adquira o status de licitante, deve declarar que se enquadra na categoria empresarial a que se destina o tratamento diferenciado. À falta dessa declaração, não poderá sequer ter os seus documentos e propostas recebidos, posto que não faz jus ao tratamento diferenciado que justificaria o seu ingresso na disputa, na presumida qualidade de microempresa, empresa de pequeno porte ou cooperativa. A consequência, *ab initio*, deve ser, portanto, a de obstar o acesso ao certame àquele que não declarar o enquadramento na forma da Lei e, por isonomia, conferir-lhe o mesmo efeito nomeadamente previsto no pregão eletrônico.

Seria o caso de indagar se a empresa que não apresenta tal declaração, ou a tem recusada por incidir em uma das vedações do art. 3.º, § 4.º, da LC n.º 123/06, poderia, então, postular o ingresso na disputa como empresa comum, sem direito a tratamento diferenciado. Nenhuma oposição se encontra na legislação a tal possibilidade. Seria recomendável que se fizesse constar em ata a disposição dessa empresa em participar da licitação sem direito ao tratamento exclusivamente devido às microempresas e empresas de pequeno porte, com extensão às cooperativas, desde que admita não se enquadrar como qualquer dessas entidades.

Hipótese diversa é a da comprovação da regularidade jurídica (art. 4.º, XIII, da Lei n.º 10.520/02 e art. 28 da Lei n.º 8.666/93) do licitante, notadamente, no caso, quanto a seu enquadramento como microempresa, empresa de pequeno porte ou sociedade cooperativa. Como requisito de habilitação, o documento que assim o comprove deverá estar no ENVELOPE N.º 2 (na forma presencial do pregão), no ENVELOPE N.º 1 (nas modalidades da Lei n.º 8.666/93), ou nos termos do art. 25, §§ 2.º e 3.º, do Decreto n.º 5.450/05 (forma eletrônica do pregão). Tal documento será a certidão expedida na forma do art. 8.º da Instrução Normativa n.º 103, de 30 de abril de 2007, do Departamento Nacional de Registro do Comércio, ou documento equivalente, expedido pela Receita Federal, ou, ainda, comprovação mediante consulta ao SICAF.

O art. 11 do Decreto n.º 6.204/07 exige a apresentação da declaração de que as empresas cumprem os requisitos legais para a qualificação como microempresa, empresa de pequeno – em especial o art. 3.º da Lei Complementar n.º 123/06 – sem, contudo, estabelecer forma determinada. A eventual falta dessa declaração, inclusive por lapso do licitante, poderá ser suprida pela singela providência de ter-se à mão um modelo padronizado de declaração, que os respectivos representantes assinam na própria sessão – somente poderão firmar a declaração os representantes munidos dos correspondentes poderes.

O instrumento convocatório também pode contribuir para prevenir incidentes, fazendo-se acompanhar, como anexo, do mesmo modelo, de que também disporá o pregoeiro ou a comissão de licitação para atender ao licitante que não a houver trazido. Deverá constar no instrumento convocatório, também, que os licitantes que não desejarem comparecer à sessão, poderão enviar os respectivos envelopes contendo a proposta de preço e a documentação, até a data e horário fixados, e, no mesmo prazo e separadamente, a declaração

do art. 11 do Decreto n.º 6.204/07, devidamente assinada por quem detenha poderes para essa finalidade.

Quanto à determinação, posta no parágrafo único, de que a identificação das microempresas ou empresas de pequeno porte, na sessão pública do pregão eletrônico, só deva ocorrer após o encerramento dos lances, de modo a elidir a “possibilidade de conluio ou fraude no procedimento”, denota a mesma preocupação inspiradora do disposto no § 5.º do Decreto n.º 5.450/05, segundo o qual, durante a sessão pública, os licitantes serão informados, em tempo real, do valor do menor lance registrado, vedada a identificação do licitante.

Antes desses preceptivos, já a Lei n.º 8.666/93 tipificou como crime “Frustrar ou fraudar mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação” (art. 90).

Não parece ser outro o núcleo do conceito jurídico indeterminado com que se deve classificar a expressão “possibilidade de conluio ou fraude no procedimento”, que arremata a redação do parágrafo único do art. 11. A fraude ou o conluio consistiria em expediente de qualquer espécie, concertado entre licitantes, com o propósito de viciar o resultado da competição em proveito próprio ou de terceiro. Por óbvio que tal expediente se inviabiliza ou resulta grandemente dificultado se os licitantes não souberem quais são os demais concorrentes participantes da disputa.

4 CONCLUSÃO

O cenário retro descrito tenderá a valorizar, nos processos de contratação de microempresas, empresas de pequeno porte e cooperativas, pontos em que a gestão da Administração Pública brasileira enfrenta problemas crônicos. Como demonstrar, em cada processo, que a contratação dessas entidades atenderá às cláusulas gerais do sistema legal pertinente e estará sintonizada com os conceitos jurídicos indeterminados nele definidos, sem planejamento que contemple a seleção de alternativas de solução, com análise das respectivas relações de custo-benefício e o estabelecimento de indicadores qualitativos e quantitativos, capazes de reduzir riscos e incertezas, direcionar recursos adequados e propiciar condições para a obtenção

de resultados comprometidos com o interesse público, segundo as diretrizes postas no art. 47 da Lei Complementar nº 123/06 e no art. 1º do Decreto nº 6.204/07?

É de planejamento que se trata, sim, de vez que o Decreto impõe limite objetivo às contratações de pequenas empresas decorrentes de tratamento diferenciado: ao que se extrai de seu art. 9º, IV, a Administração somente poderá comprometer com essas contratações um quarto das verbas orçamentárias, a cada ano civil. Logo, haverá de saber, ao início de cada exercício, quais os contratos cujo objeto poderá licitar segundo as regras do tratamento diferenciado em benefício dessas empresas, cujo valor global não poderá ultrapassar 25% do orçamento.

Pareceres técnicos e jurídicos, relatórios, levantamentos e pesquisas, demais documentos relevantes, tal como referidos no conteúdo obrigatório dos processos administrativos das licitações e contratações (Lei n.º 8.666/93, art. 38, incisos V, VI e XII), deverão retratar a prática cotidiana do princípio da eficiência (CF/88, art. 39, caput, com a redação da EC n.º 19/98), que o direito público, há décadas, vem destacando como o fator diferencial entre a gestão patrimonialista e a gestão de resultados do Estado.

Parta-se da contribuição italiana, que começa nos anos sessenta, com Massimo Severo Giannini (“Sulla formula amministrazione per risultati”), a que se seguiram monografistas de prestígio, como destacado na resenha coordenada por Giancarlo Sorrentino (Diritti e partecipazione nell’amministrazione di risultato, Nápoles, Ed. Scientifica, 2003), aduzindo G. Pastori, na mesma obra coletiva, a identificação da administração de resultado com a anglo-saxônica “performance-oriented administration”. Entre nós, Diogo de Figueiredo Moreira Neto sumaria estar “implícito que a chave do êxito do controle de resultado ... está preponderantemente na participação, pois a sintonia fina da legitimidade dela necessita para que se não pratique uma justiça abstrata e distante, mas uma justiça administrativa concreta e bem próxima das necessidades das pessoas [...]. É ainda a participação, disciplinada pelo procedimento adequado – e por isso, elemento essencial da assim chamada democracia processual – que concorre para reestruturar o direito pela renovação da relação entre as normas e as pessoas [...]. E, se no passado, no processo administrativo decisório, a discricionariedade tornava supérflua a participação, atualmente, os termos se inverteram e passa a ser a própria discricionariedade que,

para ser adequadamente exercida com o máximo de legitimidade, impõe a participação. Finalmente, e como reforço da tese da ampla participação legitimatória do controle da administração de resultado e de sua importância no Direito Público do século que se inicia, vale lembrar que a doutrina acrescenta-lhe duas outras preciosas vantagens: a primeira, por ser um antídoto ao despotismo da maioria (Sabino Cassese, *Lo spazio juridico globale*. Rev. Trim. Di Diritto Pubblico, 2002, p. 331-332), e a segunda, por inaugurar um novo modo de tomada de decisões nas sociedades pós-modernas, notadamente naquelas ainda vias de desenvolvimento, em que os reclamos de legitimidade são mais prementes, embora menos auscultados” (Novo referencial no Direito Administrativo: do controle da vontade ao do resultado, III Forum de Controle da Administração Pública, Rio de Janeiro, 08.08.06).

A ação administrativa do Estado, além do natural respeito à lei, deve ser desenvolvida em direção à satisfação das exigências do interesse coletivo primário (interesse público genérico) e do interesse coletivo secundário (os objetivos a atingir em cada ato ou contrato específico). São as técnicas diversas e a experiência pretérita que indicam a ação administrativa superiormente apta a assegurar, essencialmente, prestação, agilidade, economia, rendimento e resposta às necessidades dos usuários. O que pressupõe controle e avaliação de resultados, segundo indicadores pré-estabelecidos e que gerarão informações a serem consideradas no aperfeiçoamento de futuros contratos, base das melhorias contínuas que deve animar todo planejamento.

Sem essa ótica, o tratamento diferenciado desejado pela Constituição da República será ineficiente (relação custo-benefício insatisfatória) e ineficaz (resultados planejados inatingidos). E não apenas nas licitações e contratações.

