



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS
Curso de Direito

ANDRÉ SOUZA VIALI

**ANÁLISE DOS IMPACTOS JURÍDICO-ECONÔMICOS DAS ALTERAÇÕES
PROMOVIDAS PELA LEI COMPLEMENTAR 147/2014 QUANTO AOS
BENEFÍCIOS PARA MICRO E PEQUENAS EMPRESAS NOS PROCESSOS
LICITATÓRIOS DA APEX-BRASIL**

BRASÍLIA
2017

ANDRÉ SOUZA VIALI

**ANÁLISE DOS IMPACTOS JURÍDICO-ECONÔMICOS DAS ALTERAÇÕES
PROMOVIDAS PELA LEI COMPLEMENTAR 147/2014 QUANTO AOS
BENEFÍCIOS PARA MICRO E PEQUENAS EMPRESAS NOS PROCESSOS
LICITATÓRIOS DA APEX-BRASIL**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em direito
pela Faculdade de Ciências Jurídicas – FAJS -
do Centro Universitário de Brasília -
UniCEUB.

Orientador: Prof. Dr. André Pires Gontijo

**BRASÍLIA
2017**

ANDRÉ SOUZA VIALI

**ANÁLISE DOS IMPACTOS JURÍDICO-ECONÔMICOS DAS ALTERAÇÕES
PROMOVIDAS PELA LEI COMPLEMENTAR 147/2014 QUANTO AOS
BENEFÍCIOS PARA MICRO E PEQUENAS EMPRESAS NOS PROCESSOS
LICITATÓRIOS DA APEX-BRASIL**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em direito
pela Faculdade de Ciências Jurídicas – FAJS -
do Centro Universitário de Brasília -
UniCEUB.

Orientador: Prof. Dr. André Pires Gontijo

Brasília, de de 2017.

Banca Examinadora

Prof. Dr. André Pires Gontijo

Prof.(a):
Examinador(a)

Prof.(a):
Examinador(a)

AGRADECIMENTOS

A Deus e a minha família por terem me dado força para superar todas as dificuldades.

Ao meu orientador André Gontijo, por todo o suporte, correções e incentivo.

Aos meus amigos, em especial ao meu grande amigo Victor Hugo Rodrigues, por todas as dicas e ensinamentos.

Aos amigos da Apex-Brasil, em especial ao Coordenador da Gerência de Convênios, Contratos e Administração Geraldo Júnior, a analista Ana Luiza Guedes, ao Coordenador de Infraestrutura e Serviços Daniel Carvalho e a todos os funcionários da Gerência de Convênios, Contratos e Administração da Apex-Brasil.

E a todos que direta ou indiretamente fizeram parte da minha formação.

RESUMO

A presente análise tem por objetivo verificar a eficácia e a eficiência dos benefícios auferidos pela lei complementar 147/2014 às micro e pequenas empresas nos processos licitatórios com a Apex-Brasil. A Constituição Federal prevê em seu art. 170, inciso IX, o tratamento diferenciado para às micro e pequenas empresas como forma de promoção ao desenvolvimento econômico e social além da ampliação de eficiência das políticas públicas e de incentivo à inovação tecnológica no âmbito municipal e regional. Todavia antes de se analisar os resultados práticos para as empresas beneficiadas devemos nos atentar ao custo que tal prática causa à Administração Pública. Em que se pese a clara observância aos preceitos constitucionais na aplicação da Lei Complementar 147/2014, tem-se que analisar sobre outra ótica a forma pela qual tal o tratamento diferenciado tem impactado nos procedimentos licitatórios para as aquisições públicas. O estudo foi composto de 3 (três) análises específicas, sendo o primeiro ponto analisado uma exposição quanto a proteção constitucional da lei e seus impactos, bem como as relações negociais do estado com o setor privado, o segundo ponto analisado expõe a Lei Complementar 147/2014 e todas as suas alterações e inovações trazidas e, por fim, no último ponto analisado expomos os resultados práticos da utilização destes benefícios para aquisição de bens e serviços nas licitações realizadas pela Apex. Com este conjunto de análises obtivemos um resultado parcial, no qual os efeitos nas contratações de micro e pequenas empresas apesar de um crescimento exponencial contrasta com o aumento excessivo de preços. Concluimos que apesar da necessidade de aplicação de um regime diferenciado para os micro e pequenos empresários, há de se ter um controle por parte da Apex e dos demais agente da Administração Pública na concessão do regime diferenciado, de forma a preservar o orçamento previsto anualmente como proteção da já debilitada situação financeira do Estado.

Palavras-chave: Direito Administrativo. Licitação. Tratamento Diferenciado. Lei complementar 147/2014. Microempresa. Empresa de Pequeno Porte. Apex-Brasil. Sistema S.

LISTA DE ABREVIATURAS, SIGLAS E ACRÔNICOS

Art.	Artigo
APEX	Agência Brasileira de Promoção de Exportações e Investimentos
CF	Constituição Federal
EPP	Empresa de Pequeno Porte
LC	Lei Complementar
ME	Microempresa
MEP	Micro e Pequenas Empresas
SEBRAE	Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas

Sumário

<u>1</u>	<u>INTRODUÇÃO.....</u>	<u>1</u>
<u>2</u>	<u>CAPÍTULO.....</u>	<u>3</u>
2.1	PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO TRATAMENTO DIFERENCIADO DAS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS	3
2.2	RELAÇÕES NEGOCIAIS DO ESTADO COM O SETOR PRIVADO	8
2.3	IMPACTO DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL NOS BENEFÍCIOS PARA MICRO E PEQUENAS EMPRESAS	11
<u>3</u>	<u>CAPÍTULO.....</u>	<u>14</u>
3.1	LEI COMPLEMENTAR 147/2014: AUTO APLICABILIDADE NA CONCESSÃO DO TRATAMENTO DIFERENCIADO	14
3.2	VANTAGENS AUFERIDAS NOS PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS	17
3.3	LICITAÇÕES EXCLUSIVAS PARA MICRO E PEQUENAS EMPRESAS.....	20
3.4	REGULARIZAÇÃO DA DOCUMENTAÇÃO FISCAL PARA FINS DE HABILITAÇÃO NO CERTAME LICITATÓRIO	21
3.5	SUBCONTRATAÇÃO DE MICRO E PEQUENA EMPRESA	21
3.6	RESERVA DE COTAS NA AQUISIÇÃO DE OBJETOS DIVISÍVEIS	22
3.7	MARGEM DE PREFERÊNCIA.....	22
3.8	PREFERÊNCIA ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS NAS CONTRATAÇÕES DIRETAS	23
<u>4</u>	<u>CAPÍTULO.....</u>	<u>28</u>
4.1	APEX-BRASIL.....	28
4.2	IMPACTOS NOS PROCESSOS LICITATÓRIOS DA APEX-BRASIL	28
4.3	IMPACTOS NOS PROCESSOS LICITATÓRIOS - ANÁLISE DOS DADOS	29
<u>5</u>	<u>CONCLUSÃO</u>	<u>42</u>
<u>6</u>	<u>REFERÊNCIAS.....</u>	<u>46</u>

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem a finalidade de verificar a eficácia e eficiência dos benefícios auferidos pela Lei Complementar nº 147/2014 às micro e pequenas empresas nos procedimentos licitatórios realizados pela Apex-Brasil. A citada lei prevê, entre algumas benesses aos micro e pequenos empresários, a licitação exclusiva de Micro empresas (ME) e Empresas de Pequeno Porte (EPP) nas contratações abaixo de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), além da possibilidade de exigência de subcontratação das mesmas em caso de obras e serviços, a obrigatoriedade de cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto do contrato nos bens de natureza divisível e ainda a possibilidade, desde que “justificada”, de contratação da ME e EPP, cuja proposta não ultrapasse o limite de 10% (dez por cento) do melhor preço válido adquirido na licitação¹.

Os benefícios surgiram com intuito de promover o desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e estadual das ME's e EPP's e a ampliação da eficiência das políticas públicas de incentivo à inovação tecnológica. Todavia, ao analisar tais benefícios em casos concretos, verifica-se que as modificações trazidas pela Lei Complementar nº 147/2014, apesar das enormes vantagens para as empresas beneficiadas, acabaram gerando obstáculos aos processos de aquisições públicas que dificultam e comprometem a administração diante da inobservância dos princípios gerais da licitação dispostos na lei 8.666 e no presente caso no regulamento de Licitação e Contratos da Apex-Brasil.

Em que pese o fato do tratamento diferenciado gerar uma enorme fonte de renda para às micro e pequenas empresas e estas representarem 99% (noventa e nove por cento)² das empresas constituídas no Brasil, não se pode eximir o dever de fiscalizar e controlar os gastos da Administração Pública bancada por todos os contribuintes.

Diante deste cenário, tem-se uma possível onerosidade nas contratações do Estado que ficam submetidos às regras de favorecimento que impedem a livre concorrência e consequentemente a escolha da proposta mais vantajosa para a Administração Pública e também na Apex-Brasil.

Em um primeiro momento, será feita uma exposição quanto à criação da Lei Complementar, seus fundamentos constitucionais e sua aplicação nos processos licitatórios da Administração Pública de forma geral, bem como as relações negociais exercidas pelo Estado

¹BRASIL. *Lei Complementar nº 147, de 07 de agosto de 2014*. Arts. 47, 48 e 49. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp147.htm>. Acesso em: 17 set. 2016.

com a iniciativa privada e, conseqüentemente, o impacto da proteção constitucional ao regime diferenciado de micro e pequenas empresas.

Ainda que, diante da clara inobservância aos princípios da licitação, é possível a contratação exclusiva de ME e EPP nas contratações abaixo de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), mesmo que outras empresas possam fornecer o mesmo serviço com qualidade superior e preço abaixo do estipulado. É, portanto, necessário que se entenda a razão pela qual o Estado lhes garante tais prerrogativas.

Posteriormente, serão tratados todas as inovações e transformações trazidas pela Lei Complementar nº 147/2014, tal como a possibilidade, desde que “justificada”, da contratação de ME e EPP, cuja proposta não ultrapasse o limite de 10% (dez por cento) do melhor preço válido adquirido na licitação entre outros benefícios.

Por fim, será demonstrado, de forma prática os resultados obtidos com tratamento diferenciado nos certames licitatórios da empresa, na qual se poderá observar as alterações nos parâmetros de eficiência e na busca pelas melhores condições para as aquisições públicas.

Este trabalho busca expor os fatos que retratam fielmente a verdadeira eficácia e eficiência da Lei Complementar nº 147/2014 juntamente com seus custos antes e após a realização dos certames licitatórios da Apex-Brasil, pois, mesmo que se busque o desenvolvimento econômico e social, os prejuízos adquiridos pela empresa contratante ainda que em valores considerados irrisórios, podem se tornar uma verdadeira bola de neve, já que tais contratações públicas são realizadas em grandes quantidades e podem ensejar uma déficit orçamentário muito grande nas contas públicas.

²SEBRAE/SP. *Pequenos Negócios em Números*, 2015. Disponível em: <<http://www.sebraesp.com.br/index.php/234-uncategorised/institucional/pesquisas-sobre-micro-e-pequenas-empresas-paulistas/micro-e-pequenas-empresas-em-numeros>>. Acesso em: 08 set. 2016.

2 CAPÍTULO

2.1 Proteção constitucional do tratamento diferenciado das micro e pequenas empresas

O Brasil é um Estado Democrático de Direito que assegura ao cidadão garantias ao livre exercício dos direitos individuais e sociais, tendo como objetivos fundamentais construir uma sociedade livre, equilibrada e solidária, além de garantir o desenvolvimento nacional, erradicando a pobreza e a marginalização, buscando reduzir as desigualdades sociais, sempre promovendo o bem estar social, individual e coletivo de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e de outras formas de discriminação³.

Neste sentido, são definidos princípios que balizam a formação do Estado Democrático de Direito, tais princípios podem variar de acordo com o doutrinador. Assim sendo, para uma análise voltada ao presente estudo de caso, destacamos os princípios elencados pelo ilustríssimo José Afonso, os quais ele enfatiza:

- (...) (a) *princípio da constitucionalidade*, que exprime, em primeiro lugar, que o Estado Democrático de Direito se funda na legitimidade de uma constituição rígida, emanada da vontade popular, que, dotada de supremacia, vincule todos os poderes e os atos deles provenientes, com as garantias de atuação livre de regras da jurisdição constitucional;
- (b) *princípio democrático*, que nos termos da Constituição, há de constituir uma democracia representativa e participativa, pluralista, e que seja a garantia geral da vigência e eficácia dos direitos fundamentais (art. 1º da);
- (c) *sistema de direitos fundamentais*, que compreende os individuais, coletivos, sociais e culturais;
- (d) *princípio da justiça social*, referido no art. 170, caput, e no art. 193, como princípio da ordem econômica e da ordem social;
- (e) *princípio da igualdade* (art. 5º, caput, e I);
- (f) *princípio da divisão de poderes* (art. 2º) e *da independência do juiz* (art. 95);
- (g) *princípio da legalidade* (art. 5º, II);
- (h) *princípio da segurança jurídica* (art. 5º XXXVI a LXXIII).⁴

A tarefa fundamental do Estado Democrático de Direito consiste em superar as desigualdades sociais, instaurando um regime democrático de direito que concretize a justiça social e igualitária prevista na Constituição⁵. Tais fundamentos se mostram presentes, quando da elaboração da lei, o Estado, conforme explicado por José Afonso, fundado no seu poder normativo se atenta a necessidade de preservar os princípios da legalidade e igualdade na busca da extinção das condições socialmente desiguais:

³AFONSO, José. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 107.

⁴AFONSO, José. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 124.

⁵IDEM

"O princípio da legalidade é também um princípio basilar do Estado Democrático de Direito. É da essência do seu conceito subordinar-se à constituição e fundar-se na legalidade democrática. Sujeita-se, como todo Estado de Direito, ao império da lei, mas da lei que realize o princípio da igualdade e da justiça não pela sua generalidade, mas pela busca da igualização das condições dos socialmente desiguais."

O Estado Democrático de Direito conforme demonstrado acima, assegura ao cidadão garantias ao livre exercício dos direitos individuais. Neste sentido é um dever do Estado garantir o desenvolvimento social conforme previsto no Art. 3º da Constituição Federal⁶, em consonância com a livre iniciativa privada na execução dos direitos individuais.

O Brasil é um país de modelo financeiro voltado ao capitalismo, tendo a iniciativa privada a função de produção e exploração da atividade comercial. Buscando-se a preservação desse modelo econômico/financeiro a CF em seu art. 170⁷ estipula a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho e na livre iniciativa com intuito de resguardar ao setor privado condições dignas de obtenção de renda e geração de trabalho como forma de erradicar a pobreza e gerar uma equiparação das condições dos socialmente desiguais.

A atividade econômica é, em princípio, exercida pelo setor privado. Tal atividade deve ser estabelecida na valorização do trabalho humano, tendo como objetivo garantir a todos uma existência digna. Para que o Estado possa atingir esse objetivo primordial da ordem econômica, foram definidos princípios e diretrizes que devem servir de fundamento à sua atuação direta e indireta.⁸

⁶Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

⁷Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

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

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

⁸CAVALCANTE, Igor. *Inovação nas micro e pequenas empresas: análise da eficácia dos dispositivos legais*. 2015. 60f. Monografia (graduação) apresentada para obtenção de título de bacharel em Direito, Centro Universitário de Brasília - UniCEUB, 2015.

A Constituição Federal de 1988 elenca o princípio da propriedade privada em seu art. 5º, XXII, como garantia ao indivíduo e como princípio da ordem econômica, pressuposto da liberdade de iniciativa individual. A propriedade privada conforme mencionado é o princípio típico das economias capitalistas, sem o qual não existiria segurança jurídica para os agentes econômicos operarem nos mercados.⁹

Neste contexto, como forma de atuação privada no setor público, surge a licitação como procedimento de aquisição dos bens e serviços pela Administração Pública. Nas Palavras de Maria Sylvania de Pietro:

(...) pode-se definir a licitação como o procedimento administrativo pelo qual um ente público, no exercício da função administrativa, abre a todos os interessados, que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração do contrato.¹⁰

No mesmo sentido se posiciona Carlos Motta:

A palavra licitação comporta vários significados. Quer-nos parecer que quase todos estão ligados à ideia de *oferecer, arrematar, fazer preço sobre a coisa, disputar ou concorrer*.

No contexto da legislação brasileira prevaleceu durante longo tempo a expressão *concorrência*, significando procedimento adotado pela Administração "para selecionar, entre várias propostas apresentadas por particulares que pretendam oferecer serviços ou bens ao Estado, a que mais atende ao interesse da coletividade.

Hodiernamente, a terminologia mais consagrada é *licitação*, que abrange todas as modalidades do procedimento. "Licitação (do lat. *licitatione*): ato ou efeito de licitar, oferta de lances num leilão ou hasta pública pelo qual a administração seleciona a proposta mais vantajosa, quando compra bens ou serviços ou faz transações.¹¹

A licitação para tanto é de competência da União e está prevista no art. 22, inciso XXVII da CF¹². Destaca-se a partir desse momento a criação da Lei 8.666 de 21 de

⁹BAGNOLI, Vicente. *Direito Econômico*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 65.

¹⁰DI PIETRO, Maria Sylvania. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 254.

¹¹MOTTA, Carlos Pinto. *Eficiência nas licitações e contratos*. 11. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 1.

¹²Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

(...)

XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

junho de 1993 que regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal¹³, instituindo normas para licitações e contratos da Administração Pública.

Tal lei prevê em seu art. 3º as finalidades legais da Licitação, quais sejam: a) garantir a observância do princípio constitucional da isonomia; b) A seleção das propostas mais vantajosas para Administração Pública; c) Promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Destaca-se ainda a existência de uma finalidade material ordinária destoante das finalidades legais previstas no art. 3º da Lei 8.666/93, qual seja a de viabilizar a satisfação da necessidade ou mesmo da utilidade administrativa pública.¹⁴ Conjuntamente apresenta-se o interesse público e a finalidade material extraordinária como função social. Nesse sentido Daniel Ferreira afirma que:

(...) a finalidade *material* da licitação se aproxima, em muito, da finalidade (material) da contratação administrativa e no mesmo panorama antevisto para o objeto licitado e o objeto contratado: enquanto o fim ordinário da licitação é, abstratamente, tornar viável a satisfação da necessidade ou da utilidade, administrativa ou coletiva, a finalidade material da contratação administrativa é concretamente satisfazê-la, na forma e nas condições propostas.

No contexto é preciso compreender, ademais e a partir do exemplo oferecido, que a administração Pública, por meio de uma licitação, jamais pretende, em si e por si, adquirir um veículo. Sua intenção, na hipótese, recai na (viabilização da) satisfação de uma necessidade administrativa de transportar pessoas e coisas, da forma mais adequada possível. Daí, porque, em tese, sob o manto da discricionariedade - *de liberdade nos limites da lei* -, a solução administrativa "ótima" poderia se concretizar similarmente, mediante licitação (e futura contratação) de outros objetos, como a locação de veículos ou a contratação de cooperativa (para prestação de serviços mediante fornecimento de veículo com motorista).

¹³Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

XXI - 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. (Regulamento)

¹⁴FERREIRA, Daniel. *A licitação pública no Brasil e sua finalidade legal: a promoção do desenvolvimento nacional sustentável*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 34.

Todavia, ainda assim a finalidade *matéria* da licitação (e da contratação administrativa) seria aquela de natureza ordinária, que não agregaria qualquer ganho extra, em especial para aqueles sujeitos que não fossem os destinatários diretos ou indiretos da regular execução do objeto licitado e contratado.¹⁵

Em relação ao interesse público e a função social da licitação o mesmo se posiciona da seguinte maneira:

(...) os interesses públicos são *metaindividuais* e abrangem diversas modalidades: 'o *interesse geral*, afeto a toda a sociedade; o *interesse difuso*, pertinente a um grupo de pessoas caracterizadas pela indeterminação e pela indivisibilidade; e os *interesses coletivos*, que dizem respeito a um grupo de pessoas determinadas ou determináveis'. Exemplificando, a proteção do meio ambiente é de interesse geral, enquanto que a proteção do consumidor contra a publicidade enganosa se apresenta como de interesse difuso. E, afinal, se revela como de interesse coletivo a construção de creche pública num específico bairro desassistido.

Com base nisto tudo fica mais simples observar que a finalidade material ordinária de uma licitação pode ser atendida mediante a satisfação potencial de um interesse público secundário (administrativo: pintura de uma repartição) ou, ainda, de um interesse público primário (coletivo: a construção da creche).

No entanto a construção de uma creche mediante *exclusiva utilização de materiais ambientalmente sustentáveis* e, ainda, *deliberadamente por uma microempresa* estará a satisfazer três distintos interesses públicos, o ordinário (*coletivo*, no caso) e, simultaneamente, outros dois: um *difuso* (de qualquer microempresário, fazendo-o apto - de forma potencial, ainda que exclusiva na categoria econômica - a participar do certame) e o outro *geral* (de todos os seres vivos, inclusive humanos, nascidos por nascer, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado).

(...)

A função social, revela, grosso modo, um *plus* à viabilização ou mesmo à própria satisfação da necessidade administrativa ou coletiva, passando a irradiar efeitos favoráveis para sujeitos e em outras direções em princípio "estranhos" ao objeto contrato.

(...)

Em suma a "função social" - quando presente - rompe com a neutralidade administrativa de praxe na fixação do objeto da licitação, do rol de potenciais licitantes e/ou dos ganhos (direitos e imediatos) com a eventual contratação. Ela revela, *mutatis mutandis*, "externalidades positivas" para a licitação, para a contratação administrativa, e, às vezes, para ambas.

É de fácil assimilação, pois, a necessidade de se distanciar a atividade estatal da ação privada, ou pelo menos, considerar que as licitações e as contratações públicas se concretizam no exercício de *função administrativa*, motivo pelo qual críticas de ordem puramente econômico-financeira não tem qualquer cabimento.¹⁶

Podemos afirmar então, que a função social da licitação recaí sobre uma atividade meio, pelo qual a Administração busca atingir um fim maior, qual seja, a satisfação das necessidades públicas. Todavia, a licitação, por se tratar de um instrumento de ampla finalidade, consegue atingir vários setores econômicos e políticos do Estado em toda a sua ocorrência, que possibilitam o cumprimento do interesse social planejado pela Administração Pública.

¹⁵FERREIRA, Daniel. *A licitação pública no Brasil e sua finalidade legal: a promoção do desenvolvimento nacional sustentável*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 34.

¹⁶FERREIRA, Daniel. *A licitação pública no Brasil e sua finalidade legal: a promoção do desenvolvimento nacional sustentável*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 35/36.

Em outras palavras, a licitação é o meio hábil, pelo qual o Estado diante da real necessidade pública consegue alcançar os resultados pretendidos de forma a atingir vários setores estratégicos do Estado de forma variável, sem se prender a uma única finalidade.

2.2 Relações Negociais do Estado com o setor privado

De forma geral, como analisamos acima, as compras públicas podem ser classificadas como um processo pelo qual o governo busca conseguir bens e serviços necessários ao seu funcionamento em convênio com as normas vigentes. Ainda que as aquisições e contratações do setor público busquem prioritariamente ao cumprimento das diversas atividades governamentais, é inegável que a utilização mais minuciosa do potencial financeiro dessa demanda pode viabilizar diversos objetivos também associados ao processo de desenvolvimento.¹⁷

Nesse sentido, Jorge Ulisses Fernandes Jacoby, afirma que as contratações públicas representam uma política efetiva de desenvolvimento econômico, utilizando-se do poder de compra estatal para incentivar o crescimento econômico regional.

(...) o processo de contratação pelo poder público pode representar uma política efetiva que viabilize estratégias locais de desenvolvimento econômico sustentável, visando à geração internacional e aponta para de emprego e renda, ou mesmo à erradicação da pobreza com diminuição das desigualdades sociais.

O papel das micro e pequenas empresas (MPE) como fator estratégico de desenvolvimento local já foi absorvido pela experiência a necessidade da utilização do poder de compra pelo poder público municipal, como forma de incentivar o crescimento econômico regional, garantir estabilidade de demandas para o setor produtivo e fortalecer a longevidade das MPE.¹⁸

Neste contexto, os procedimentos licitatórios se apresentam como o principal organismo de desenvolvimento social e de promoção a inovação tecnológica, onde o poder de compra governamental se mostra essencial para que todos os entes políticos declarem que, isoladamente ou em conjunto, possam intervir de forma profunda na condução dos negócios privados.¹⁹

Para tanto, a licitação como meio de efetivar as compras governamentais, dentre as suas finalidades e sua utilização, pode ser considerada como uma máquina de

¹⁷SCHMIDT, Flávia. *O Poder de Compras Governamental como Instrumento de Desenvolvimento Tecnológico: Análise do Caso Brasileiro*. 2014. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=21116>. Acesso em: 05 set. 2016.

¹⁸FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *O município contratando com a micro e pequena empresa : o estatuto da micro e pequena empresa fomentando a economia dos municípios*. Brasília: SEBRAE, 2009. p. 23.

¹⁹FERREIRA, Daniel. *A licitação pública no Brasil e sua finalidade legal: a promoção do desenvolvimento nacional sustentável*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 41.

regulação do mercado, utilizado pelo governo, que se aproveita das vantagens estipuladas, para diminuir o rol de potenciais competidores, assegurar o direito de preferência e a utilização de fatores mistos para apuração das mais vantajosas propostas que o governo indiretamente auxilia na proteção da concorrência e no desenvolvimento comercial.²⁰

Segundo o SEBRAE nacional, atualmente existem 6,4 milhões de estabelecimentos comerciais no Brasil, desse número, 99% (noventa e nove por cento) são micro e pequenas empresas, respondendo tais empresas por 52% (cinquenta e dois por cento) dos empregos com carteira assinada no setor privado.²¹

Neste sentido Tomazette ressalta a importância das micro e pequenas empresas e o seu papel fundamental na economia nacional:

No Brasil, a maior parte das atividades empresariais pode ser considerada de pequeno ou médio porte. Desse modo, os pequenos e médios empresários assumem papel fundamental na economia nacional, vale dizer, sem eles nossa economia trava, com eles nossa economia pode crescer. Para proteger tais empresários é mister que se compatibilizem as exigências da atividade empresarial com o volume de recursos movimentado por estes, isto é, não se pode exigir dos pequenos e médios empresários o mesmo que se exige de uma grande companhia.²²

Assim sendo, como forma de desenvolvimento social e econômico, está previsto nos Art. 170, inciso IX e Art. 179 da C.F a existência do tratamento diferenciado nos certames licitatórios às micro e pequenas empresas:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

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

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

(...)

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

Em atenção ao dispositivo constitucional foi instituído em 2006 a Lei Geral das micro e pequenas empresas como forma de regulamentar o disposto na Constituição, que

²⁰FERREIRA, Daniel. *A licitação pública no Brasil e sua finalidade legal: a promoção do desenvolvimento nacional sustentável*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 43.

²¹SEBRAE/SP. *Pequenos Negócios em Números*, 2015. Disponível em: <<http://www.sebraesp.com.br/index.php/234-uncategorised/institucional/pesquisas-sobre-micro-e-pequenas-empresas-paulistas/micro-e-pequenas-empresas-em-numeros>> Acesso em: 08 nov. 2016.

prevê o tratamento diferenciado e favorecido. Por meio desta Lei Geral, foram determinados o regime tributário específico para os pequenos negócios, com redução da carga de impostos e a simplificação dos processos de cálculo e recolhimento (Simples Nacional)²³ e o tratamento diferenciado e favorecido a ser empregado pelas MEPPs.

Diante de tais benefícios se estipulou limites para o enquadramento como micro e pequenas empresas em razão do tratamento diferenciado estipulado. Para tanto, tais empresas podem ser classificadas de acordo com o número de empregados e/ou pelo seu faturamento bruto anual. Nas palavras de Rafael Carvalho Rezende de Oliveira:

(...) consideram-se microempresas as sociedades empresárias, as sociedades simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e os empresários, devidamente registrados, que afirmam, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais). Ao revés, essas entidades serão consideradas empresas de pequeno porte se auferirem, em cada ano calendário receita bruta superior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais) art. 3º, I e II, da LC 123/2006, com redação dada pela LC 123/2006, com redação dada pela LC 139/2011.²⁴

Em se tratando do critério de classificação do porte das empresas pelo número de funcionários dentro de determinada atividade econômica, podemos classificar como:

ATIVIDADES ECONÔMICAS		
PORTE	SERVIÇOS E COMÉRCIO	INDÚSTRIA
MICROEMPRESA	ATÉ 09 PESSOAS OCUPADAS	ATÉ 19 PESSOAS OCUPADAS
PEQUENA EMPRESA	DE 10 A 49 PESSOAS OCUPADAS	DE 20 A 99 PESSOAS OCUPADAS
MÉDIA EMPRESA	DE 50 A 99 PESSOAS OCUPADAS	DE 100 A 499 PESSOAS OCUPADAS
GRANDE EMPRESA	ACIMA DE 100 PESSOAS	ACIMA DE 500 PESSOAS

Fonte: Sebrae

Todavia, além da análise dos critérios objetivos quanto ao faturamento bruto anual e o número de empregados, como forma de controle são estipuladas vedações para o enquadramento como Microempresa e Empresa de Pequeno Porte visando o não enquadramento de todas as empresas como regra, para diminuição de impostos. Assim,

²²TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário, volume 1*. 3. ed. - São Paulo: Atlas, 2011. p. 54.

²³SEBRAE NACIONAL. *Entenda as diferenças entre microempresa, pequena empresa e MEI*. 2016. Disponível em: <<https://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/artigos/entenda-as-diferencas-entre-microempresa-pequena-empresa-e-mei,03f5438af1c92410VgnVCM100000b272010aRCRD>> Acesso em 01 nov. 2016.

²⁴OLIVEIRA, Rafael Carvalho. *Licitações e contratos administrativos*. 3ª. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. p. 124.

conforme previsto na LC 123/2006, art. 3º, § 4º²⁵, existe uma série de exclusões do regime diferenciado.

2.3 Impacto da Proteção Constitucional nos benefícios para micro e pequenas empresas

Diante da atual realidade das MEP's, fica o Estado incumbido de incentivar o fortalecimento dessas empresas, como forma de estimular o crescimento econômico e desenvolvimento social do país como um todo, em todas as esferas, municipais, regionais, estaduais e federais, gerando empregos e renda para os brasileiros. Assim sendo, é dever do Estado resguardar todos os meios possíveis de desenvolvimento e proteção criando novas oportunidades a partir da formulação de políticas públicas.

²⁵Art. 3º Para os efeitos desta Lei Complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte, a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que:

(...)

§ 4º Não poderá se beneficiar do tratamento jurídico diferenciado previsto nesta Lei Complementar, incluído o regime de que trata o art. 12 desta Lei Complementar, para nenhum efeito legal, a pessoa jurídica:

I - de cujo capital participe outra pessoa jurídica;

II - que seja filial, sucursal, agência ou representação, no País, de pessoa jurídica com sede no exterior;

III - de cujo capital participe pessoa física que seja inscrita como empresário ou seja sócia de outra empresa que receba tratamento jurídico diferenciado nos termos desta Lei Complementar, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do caput deste artigo;

IV - cujo titular ou sócio participe com mais de 10% (dez por cento) do capital de outra empresa não beneficiada por esta Lei Complementar, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do caput deste artigo;

V - cujo sócio ou titular seja administrador ou equiparado de outra pessoa jurídica com fins lucrativos, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do caput deste artigo;

VI - constituída sob a forma de cooperativas, salvo as de consumo;

VII - que participe do capital de outra pessoa jurídica;

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

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

X - constituída sob a forma de sociedade por ações.

XI - cujos titulares ou sócios guardem, cumulativamente, com o contratante do serviço, relação de pessoalidade, subordinação e habitualidade. (Incluído pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

§ 5º O disposto nos incisos IV e VII do § 4º deste artigo não se aplica à participação no capital de cooperativas de crédito, bem como em centrais de compras, bolsas de subcontratação, no consórcio referido no art. 50 desta Lei Complementar e na sociedade de propósito específico prevista no art. 56 desta Lei Complementar, e em associações assemelhadas, sociedades de interesse econômico, sociedades de garantia solidária e outros tipos de sociedade, que tenham como objetivo social a defesa exclusiva dos interesses econômicos das microempresas e empresas de pequeno porte.

§ 6º Na hipótese de a microempresa ou empresa de pequeno porte incorrer em alguma das situações previstas nos incisos do § 4º, será excluída do tratamento jurídico diferenciado previsto nesta Lei Complementar, bem como do regime de que trata o art. 12, com efeitos a partir do mês seguinte ao que incorrida a situação impositiva."

Tem-se que a proteção normativa expressa na Constituição Federal em seu artigo 170, inciso IX, visa uma proteção máxima, ou seja, é uma imposição do próprio Estado no sentido de que não se pode deixar de privilegiar um dos segmentos mais produtivos e vulneráveis da economia brasileira, diante da sua relevância econômica e função social na geração de empregos²⁶.

A proteção constitucional para micro e pequenas empresas surgiu em 1984, em pleno regime militar, por meio da lei n. 7.256/84 no sentido de estabelecer normas relativas ao tratamento diferenciado e simplificado para fins de desenvolvimento desse segmento empresarial. A lei surgiu em um momento cujo as empresas de grande porte dotadas de grandes avanços tecnológicos se destoavam dos demais segmentos empresariais.

Todavia, diante de inúmeras análises já naquela época, se vislumbravam a produtividade e a relevância econômica das micro e pequenas empresas como alavanca de desenvolvimento regional, gerando empregos e renda. Em 1994 foi promulgada a lei 8.864/94, visando a ampliação dos benefícios previamente estipulados facultando ao micro e pequeno empresário a escolha do regime de sua preferência, em 1999 foi criado o Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte.

Entretanto, tem-se que apenas em 2006 ocorreu a verdadeira mudança de paradigma das micro e pequenas empresas em relação ao seu tratamento diferenciado, diante da Lei Geral das micro e pequenas empresas estipuladas pela Lei Complementar 126/2006. Assim sendo, somente em 2006, com o advento desta Lei Complementar que os microempresários se viram realmente beneficiados em virtude do tratamento diferenciado, mediante as facilidades de participação nos processos licitatório, como forma de cumprimento de sua função social, mantendo empregos e gerando renda.

A partir desse momento, tem-se um impacto enorme da proteção constitucional para micro e pequenas empresas, vez que o segmento econômico dessa classe, se mostra altamente relevante, quando visto de forma diferenciada como integrantes do conjunto de fornecedores, em processos licitatórios do governo.

Nas palavras de Marcos André da Silva e Cleonice Alexandre Le Bourlegat:

(...) A Lei Complementar n. 123/2006 alterada pela Lei Complementar n. 147/2014, que instituiu o Estatuto das micro e pequenas empresas, foi de suma importância para os benefícios conquistados por esse segmento econômico. A microempresa e a

²⁶ DA SILVA CUNHA, MA; ALEXANDRE LE BOURLEGAT, C. *Inclusão e perspectivas de desenvolvimento da microempresa e empresa de pequeno porte no processo de compras governamentais na esfera federal. : Inclusion and prospects for development of micro and small businesses in the government procurement process at federal level. Interacoes.* 17, 3, 410-421, July 2016. ISSN: 15187012. p. 6.

empresa de pequeno porte não tinham tido, até então, a oportunidade de concorrer de igual para igual com as grandes empresas.

Essa Lei foi fundamental para lhes abrir o mercado de licitações do Governo Federal e lhes possibilitou vantagens nunca antes concedidas. A Lei n. 8.666/93 e a Lei Complementar n. 123/2006, alterada pela Lei Complementar n. 147/2014, por seu turno, contribuíram para dotar de maior transparência os gastos com o dinheiro público com menor custo na aquisição de materiais e serviços, além de maior participação das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte nas licitações. Pautada em princípios constitucionais, proporcionou maior isonomia entre os empresários. Desse modo, mesmo que tenha iniciado suas atividades recentemente, um empresário consegue concorrer com empresário já estabelecido há mais tempo no mercado.

Podemos afirmar então, que o impacto da proteção constitucional ao tratamento diferenciado para micro e pequenas empresas, se dá em todas as esferas econômicas e de políticas públicas, vez que com o advento da LC 147/2014 tem-se uma conjectura jurídica que permite às micro e pequenas empresas maiores avanços nas práticas do uso do poder de compra do estado e suas relações negociais com a iniciativa privada. A lei busca, desse modo, garantir uma maior efetividade às políticas de desenvolvimento das micro e pequenas empresas tanto na área econômica como na função social, gerando empregos e receitas²⁷.

²⁷ DA SILVA CUNHA, MA; ALEXANDRE LE BOURLEGAT, C. *Inclusão e perspectivas de desenvolvimento da microempresa e empresa de pequeno porte no processo de compras governamentais na esfera federal. : Inclusion and prospects for development of micro and small businesses in the government procurement process at federal level. Interacoes.* 17, 3, 410-421, July 2016. ISSN: 15187012. p. 11.

3 CAPÍTULO

3.1 Lei Complementar 147/2014: Auto Aplicabilidade na Concessão do Tratamento Diferenciado

A Lei Complementar 147/2014, surgiu com intuito de desenvolvimento e aperfeiçoamento do tratamento diferenciado desenvolvido pela LC 123/2006 para as micro e pequenas empresas. Como será demonstrado a LC 123/2006, tinha em seu texto normativo brechas que possibilitavam a dupla interpretação da lei e a sua consequente inaplicabilidade em razão de uma interpretação facultativa da norma prevista, ou seja, não seria obrigatório o tratamento diferenciado para as micro e pequenas empresas caso o órgão da administração pública contratante não tivesse interesse em aplicar tal benefício.

Tal brecha tornou de certa maneira ineficaz o tratamento constitucional diferenciado para as MEP's, tendo em vista a sua inutilização por parte da administração pública, que considerava o tratamento diferenciado trabalhoso e oneroso para o Estado. Para tanto, se mostrou necessário uma alteração normativa no texto da lei, de modo que sua aplicação se mostrasse obrigatória para tornar prático os efeitos buscados no tratamento diferenciado.

Neste sentido, a LC 147/2014 em seu art. 47²⁸ tornou obrigatório a concessão do tratamento diferenciado para às MEP's, tornando-o auto-aplicável.

Nas palavras de Priscila Segala:

(...) as micro e pequenas empresas podem postular a aplicação do tratamento diferenciado, independentemente de existir cláusula específica no instrumento convocatório. Contudo, faz-se mister pontuar que a previsão editalícia servirá para instrumentalizar o procedimento a ser adotado pela Administração, sendo, portanto, recomendável.

Anote-se que essas alterações foram significativas porque viabilizaram de forma efetiva a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, sem a necessidade de elaboração de legislação própria, além de retirar a faculdade da Administração na concessão do tratamento diferenciado às micro e pequenas empresas, tornando-o obrigatório.²⁹

²⁸Art. 47. Nas contratações públicas da administração direta e indireta, autárquica e fundacional, federal, estadual e municipal, deverá ser concedido tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte objetivando a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica.

Parágrafo único. No que diz respeito às compras públicas, enquanto não sobrevier legislação estadual, municipal ou regulamento específico de cada órgão mais favorável à microempresa e empresa de pequeno porte, aplica-se a legislação federal. (NR)

²⁹SEGALA, Priscila. *Aplicabilidade, nas licitações, do tratamento diferenciado conferido às micro e pequenas empresas diante das alterações trazidas pela Lei Complementar nº 147/2014*. Curitiba. Coluna Jurídica da Administração Pública - JML Consultoria & Colaboradores. 2014. p.3.

Os tribunais inclusive, já vem se manifestando favoráveis a auto-aplicação do tratamento diferenciado, sendo considerados ilegais os editais que não prevêm o tratamento diferenciado, vejamos:

"DENÚNCIA. PREGÃO PRESENCIAL. REGISTRO DE PREÇOS. AQUISIÇÃO DE PEÇAS PARA VEÍCULOS. LIMITAÇÃO GEOGRÁFICA DAS LICITANTES. RESTRIÇÃO INDEVIDA. OFENSA À ISONOMIA E À COMPETITIVIDADE. AUSÊNCIA DO TERMO DE REFERÊNCIA E ORÇAMENTO DETALHADO EM PLANILHAS. **AUSÊNCIA DE PREVISÃO DE PARTICIPAÇÃO EXCLUSIVA DE MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE. ILEGALIDADES.** PRAZO DE ENTREGA EXÍGUO. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE PUBLICIDADE RESTRITA DO EDITAL. OBSERVÂNCIA DO PRAZO LEGAL PARA A VALIDADE DA ATA DE REGISTRO DE PREÇOS. DENÚNCIA PARCIALMENTE PROCEDENTE. APLICAÇÃO DE MULTA. 1. A INSERÇÃO EM EDITAL DE LICITAÇÃO, CUJO OBJETO É A AQUISIÇÃO DE BENS, DE CLÁUSULA QUE CONDICIONA A PARTICIPAÇÃO DE LICITANTES INTERESSADAS À LOCALIZAÇÃO DO SEU ESTABELECIMENTO, SEM JUSTIFICATIVA DE ORDEM TÉCNICA OU PRÁTICA, RESULTA EM RESTRIÇÃO AO CARÁTER COMPETITIVO, OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA E AO DISPOSTO NOS ARTS. 3º E 30 DA LEI N. 8.666, DE 1993. **2. É ILEGAL A AUSÊNCIA DE PREVISÃO EDITALÍCIA ADMITINDO A PARTICIPAÇÃO EXCLUSIVA DE MICROEMPRESAS E DE EMPRESAS DE PEQUENO PORTE NO CERTAME, QUANDO VERIFICADA A HIPÓTESE PREVISTA NO I DO ART. 48 DA LEI COMPLEMENTAR N. 123, DE 2006, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI COMPLEMENTAR N. 147, DE 2014.** 3. CONSTITUI ILEGALIDADE A AUSÊNCIA DO TERMO DE REFERÊNCIA, BEM COMO DO ORÇAMENTO DETALHADO EM PLANILHAS, NA FASE INTERNA DO PREGÃO, POR COMPROMETER A FORMULAÇÃO DE PROPOSTAS E O JULGAMENTO PELO PREGOEIRO, POIS TAL INSTRUMENTO TEM COMO PROPÓSITO INFORMAR AOS LICITANTES AS CONDIÇÕES DO FORNECIMENTO PARA A APRESENTAÇÃO DE SUAS PROPOSTAS. 4. O PRAZO DE ENTREGA FIXADO PELA ADMINISTRAÇÃO DEVE LEVAR EM CONSIDERAÇÃO A NECESSIDADE DE REPARO IMEDIATO DE BENS INDISPENSÁVEIS À REALIZAÇÃO DE SERVIÇOS ESSENCIAIS COMO SAÚDE E EDUCAÇÃO, DE MODO A EVITAR A SUA INTERRUPÇÃO. 5. A PUBLICAÇÃO DO AVISO DE PREGÃO NOS TERMOS DO INCISO I DO ART. 4º DA LEI N. 10.520, DE 2002, NÃO CARACTERIZA PUBLICIDADE RESTRITA DO EDITAL. 6. NÃO SE MOSTRA IRREGULAR O CERTAME, QUANDO O PRAZO DE VALIDADE DA ATA DE REGISTRO DE PREÇOS OBSERVA O DISPOSTO NA LEGISLAÇÃO. 7. JULGA-SE A DENÚNCIA

PARCIALMENTE PROCEDENTE, APLICA-SE MULTA AOS RESPONSÁVEIS E EXPEDEM-SE RECOMENDAÇÕES AO ATUAL GESTOR.

(TCE-MG - DEN: 977647, Relator: CONS. GILBERTO DINIZ, Data de Julgamento: 29/09/2016, Data de Publicação: 05/07/2017)" (**grifo nosso**)

No mesmo sentido, temos um julgado do TCE/PR, quanto da obrigatoriedade da concessão dos benefícios:

"REPRESENTAÇÃO DE LEI N.º 8.666/93. LICITAÇÃO DE PNEUMÁTICOS. CLÁUSULAS RESTRITIVAS. **MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DA LEI COMPLEMENTAR N.º 147/2014.** 01. Licitação de pneumáticos. Exigência de origem nacional dos produtos. Matéria analisada pelo Acórdão n.º 556/2014 do Tribunal Pleno. Cláusula restritiva. Ilegalidade. Necessidade de adoção de medidas legais alternativas que permitam obstar a contratação de fornecimento de produtos de baixa qualidade. Ausência de má-fé. Recomendação. **02. Falhas na aplicação da Lei Complementar n.º 147/2014. I) Falta de previsão no edital da cláusula de participação exclusiva das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte. II) Falta de previsão da cota de até 25% destinadas as Microempresas e Empresas de Pequeno Porte. III) Prazo para habilitação tardia foi de 02 dias, como previsto na redação anterior da Lei Complementar n.º 123/2006, antes da alteração para 5 dias incluída pela Lei Complementar n.º 147/2014.** Aplicação de entendimento exarado no Acórdão n.º 2122/2016 do Tribunal Pleno. Dificuldades técnicas apresentadas por municípios à época para implementação da Lei Complementar n.º 147/2014. Posterior inclusão na legislação municipal de dispositivos que observam os benefícios estabelecidos pela legislação federal. Efetiva participação de micro e pequenas empresas no pregão impugnado. Ausência de prejuízo. Procedência da representação com recomendação ao Município de Chopinzinho.

(TCE-PR 11623915, Relator: IVENS ZSCHOERPER LINHARES, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 27/04/2017) (**grifo nosso**)

Todavia, ressalta-se que apesar do comando imperativo da norma, a administração nos termos do art. 49 da LC 147/2017³⁰, poderá, recusar-se a aplicar o regime

³⁰ Art. 49. Não se aplica o disposto nos arts. 47 e 48 desta Lei Complementar quando:

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

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

IV - a licitação for dispensável ou inexigível, nos termos dos arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, excetuando-se as dispensas tratadas pelos incisos I e II do art. 24 da mesma Lei, nas quais a compra deverá

diferenciado, desde que, por justo motivo e razoavelmente fundamentado no dispositivo legal a administração se manifeste ao seu respeito.

Neste sentido o TJSP já se manifestou favorável a negativa de regime diferenciado determinado pela Administração Pública, vejamos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – Mandado de segurança – Pregão presencial – Pretensão de sustação – Ausência de tratamento diferenciado a microempresa pelo edital de licitação – Liminar indeferida – Ausência de requisitos legais – Decisão mantida. RECURSO NÃO PROVIDO. É inviável a concessão de medida liminar em mandado de segurança, para sustação de pregão presencial, por ausência de tratamento diferenciado a microempresa, se as razões invocadas pela Administração para tal ausência encontram-se razoavelmente fundamentadas em expressa disposição legal.

(TJ-SP - AI: 20996133720158260000 SP 2099613-37.2015.8.26.0000, Relator: Vicente de Abreu Amadei, Data de Julgamento: 23/06/2015, 1ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 25/06/2015) (grifo nosso)

Desse modo, podemos concluir que a auto-aplicação imposta pela LC 147/2014, apesar de seu caráter veementemente impositivo, possibilita à Administração Pública, desde que, devidamente fundamentada a negativa na prestação do regime diferenciado como forma de resguardar o interesse público.

3.2 Vantagens auferidas nos procedimentos licitatórios

Destaca-se ainda, além da auto-aplicação do tratamento diferenciado, mudanças significativas na LC 147/2014, no que tange ao mercado abrangido pelas micro e pequenas empresas, bem como as facilidades para sua inserção no mercado mediante determinação que permitem a concorrência em "iguais" condições com grandes empresas nacionais e internacionais no que se refere aos processos de contratações públicas (licitação), qual seja, o tema deste presente estudo de caso.

Podemos destacar 6 modificações relevantes trazidas pela Lei Complementar 147/2014, no que diz respeito aos processos licitatórios e a contratação de MEP's por parte da administração Pública, são eles:

- 1) Licitações exclusivas para micro e pequenas empresas;

ser feita preferencialmente de microempresas e empresas de pequeno porte, aplicando-se o disposto no inciso I do art.48.

2) Regularização da documentação fiscal para fins de habilitação no certame licitatório;

3) Subcontratação de micro e pequena empresa;

4) Reserva de cotas na aquisição de objetos divisíveis;

5) Margem de preferência;

6) Preferência às micro e pequenas empresas nas contratações diretas.

A Lei Complementar nº 123/2006 além do disposto sobre todos os aspectos empresariais e de acesso aos mercados, assegura enormes vantagens competitivas e tributárias (Simples Nacional) para participação dessas empresas nos certames licitatórios.³¹

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

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

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

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

IV - ao cadastro nacional único de contribuintes a que se refere o inciso IV do parágrafo único do art. 146, in fine, da Constituição Federal.

Tomazette destaca a aplicação de tais regras como forma de simplificação e incentivo a atuação das micro e pequenas empresas nos processos licitatórios:

Tendo em vista o mandamento constitucional de se atribuir tratamento diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte, a Lei Complementar 123/2006 assegura um tratamento diferenciado no que tange ao acesso ao mercado, apenas para as aquisições públicas, uma vez que não poderia haver a imposição de regras diferenciadas de contratação para os particulares. Tais regras tentam simplificar e incentivar a atuação de microempresas e empresas de pequeno porte nessas situações.³²

Tal lei previa como forma de fomento e incentivo a participação das MEP's nos processos licitatórios, benefícios processuais e materiais que lhe permitiam a competição com as demais empresas de grande porte no cenário nacional. Entre tais vantagens podemos destacar conforme descrito por Cimone Terrão:

³¹SEGALA, Priscila. *Aplicabilidade, nas licitações, do tratamento diferenciado conferido às micro e pequenas empresas diante das alterações trazidas pela Lei Complementar nº 147/2014*. Curitiba. Coluna Jurídica da Administração Pública - JML Consultoria & Colaboradores. 2014. p.1.

³²TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário, volume 1*. 3. ed. - São Paulo: Atlas, 2011. p. 60.

- a) Habilitação Tardia: Permite que o licitante (microempresa e as empresas de pequeno porte - MEP) declarado vencedor possa, dentro do prazo de dois dias úteis, prorrogáveis por igual período, normalizar sua situação fiscal (regularidade fiscal)
- b) Empate ficto: Ao licitante MEP é conferido o direito de apresentar nova proposta, após o encerramento da disputa de preço, caso sua proposta seja igual ou até 10% (ou 5% no caso de pregão) superior à proposta do licitante melhor classificado, que não detenha tal qualificação.
- c) Compras exclusivas (até R\$ 80 mil): aquisições públicas que não superem o valor referido podem ser destinadas exclusivamente às licitantes MEP's. Não se admite, na hipótese, a participação de que não detenha tal qualificação.
- d) Subcontratação compulsória (até 30% do valor contratado): contratados principais que não sejam microempresa ou empresa de pequeno porte se encontram contingenciadas a subcontratar parte do objeto compulsoriamente até o limite já indicado. Em tal caso, o pagamento governamental é feito diretamente ao subcontratado.
- e) Cotização compulsória (até 25% do valor contratado): em aquisições de objetos que admitam a cotização, reserve-se cota exclusiva para MEP's sem que estas estejam inibidas de participar da disputa dos 75% restantes juntamente com outras empresas que não detenham tal qualificação³³

A ideia central seria utilizar o poder de compra governamental para gerar o desenvolvimento econômico e social, expandir a eficiência de políticas públicas e incentivar a inovação tecnológica.³⁴ Tais benefícios, surgiram como uma luva para os micro e pequenos empresários que vislumbravam a possibilidade concorrer em iguais condições com empresas de grande porte que se garantiam como fixas nas contratações pública.

Conforme citado por Tomazette:

(...) em tese, tal sistema beneficia a entidade contratante, que poderá conseguir um preço ainda melhor, mas diminui a efetividade das concorrências nas licitações. Se as empresas de pequeno porte tiverem possibilidade de arcar com as propostas, elas sempre sairão vencedoras desses certames. Não haveria, a nosso ver, qualquer inconstitucionalidade neste particular, dada a expressa previsão constitucional de tratamento diferenciado para as microempresas e empresas de pequeno porte. Além desse tratamento especial já imposto, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão conceder tratamento diferenciado nas licitações às MEs e EPPs, 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. Tal possibilidade depende, contudo, de regra legal específica a ser editada. Outrossim, a administração pública pode realizar procedimento licitatório com condições especiais, beneficiando as microempresas e empresas de pequeno porte, que necessariamente terão participação no resultado do certame diretamente ou por meio de uma subcontratação.³⁵

Todavia, devido aos problemas de aplicação, o tratamento diferenciado se apresentava de forma facultativa, cabendo a cada órgão a opção de conceder ou não o

³³TERRÃO, Cimone. *Novo estatuto da ME e EPP. Lei Complementar n°147 de 7 de agosto de 2014. Essencialidades e Orientações*. Editora Fórum. Belo Horizonte, 2014. p. 12.

³⁴TERRÃO, Cimone. *Novo estatuto da ME e EPP. Lei Complementar n°147 de 7 de agosto de 2014. Essencialidades e Orientações*. Editora Fórum. Belo Horizonte, 2014. p. 14.

³⁵ TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário, volume 1*. 3. ed. - São Paulo: Atlas, 2011. p. 62.

benefício criando a necessidade de uma regulação subordinada pelos entes públicos à LC 123/2016 que por fim, não se fazia cumprir.

Assim, Segundo Terrão:

A Lei Complementar n° 123/2006 – do ponto de vista técnico-jurídico – é norma nacional que veicula normas gerais de licitações e contratos (art. 22, XXVII, da Constituição Federal de 1988) e, por isso, demanda esforço normativo dos demais entes políticos (Estados, Distrito Federal e Municípios; e suas respectivas estruturas orgânicas, no plano horizontal e vertical da divisão do poder político).

Norma geral que é, a Lei Complementar n° 123/2006 se mostrou carente de efetividade consideradas as dimensões continentais do Brasil, salvo raríssimas exceções.

Dita letargia possui inúmeras razões que vão da ausência de motivação intrínseca do comando político das milhares de unidades administrativas, e passam pelo desconhecimento quase absoluto das potencialidades das políticas públicas trazidas pela norma.

No plano prático, é fato que a Lei Complementar n° 123/2006 não continha a assertividade necessária para o seu cumprimento e, na dependência de regulação subalterna, não se fez até o momento cumprir como deveria.³⁶

Tem-se, portanto, uma faculdade na aplicação da norma. Isto posto, raras eram as ocasiões em que os entes públicos se viam empenhados em aplicar o tratamento benéfico as micro e pequenas empresas nos procedimentos licitatórios em razão dos procedimentos e cuidados a mais a serem tomados. Empecilho este, suprimido com o advento da LC 147/2014 que tornou obrigatória a utilização do tratamento constitucional previsto.

3.3 Licitações exclusivas para micro e pequenas empresas

Tal como a aplicação do tratamento diferenciado a licitação exclusiva para às micro e pequenas empresas era facultativa de acordo com a conveniência e disponibilidade do órgão contratante. Nestas situações seria possível a licitação exclusiva quando o valor da contratação fosse inferior a R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) e o valor não extrapolasse 25% (vinte e cinco por cento) do total licitado no ano.

Com o advento da LC 147, conforme previsto em seu art. 48³⁷, nos casos de contratações inferiores ao valor de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), será obrigatório a realização do certame licitatório exclusivo para MEP's sem nenhuma limitação de valor sobre as contratações realizadas anualmente, como previsto anteriormente.³⁸

³⁶TERRÃO, Cimone. *Novo estatuto da ME e EPP. Lei Complementar n°147 de 7 de agosto de 2014. Essencialidades e Orientações*. Editora Fórum. Belo Horizonte, 2014. p. 13.

³⁷Art. 48. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública:

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

³⁸SEGALA, Priscila. *Aplicabilidade, nas licitações, do tratamento diferenciado conferido às micro e pequenas empresas diante das alterações trazidas pela Lei Complementar n° 147/2014*. Coluna Jurídica da Administração Pública - JML Consultoria & Colaboradores. Curitiba. p.3. 2014.

3.4 Regularização da documentação fiscal para fins de habilitação no certame licitatório

Como forma de facilitar a adequação fiscal das micro e pequenas empresas no processo de habilitação do certame licitatório, a LC 123/2006 permitia um prazo de até 2 (dois) dias úteis prorrogáveis por igual período, como forma de saneamento das irregularidades fiscais, benefícios este concedido apenas para micro e pequenas empresas.

A LC 147/2014, buscando facilitar ainda mais a contratação das MEP's, prorrogou o prazo de regularização fiscal para 5 (cinco) dias úteis prorrogáveis por igual período. Assim sendo, uma ME ou EPP, mesmo que não cumpra com os requisitos fiscais obrigatórios para concretização do certame, terá um prazo adicional que pode chegar a 10 (dez) dias a critério do órgão contratante para regularizar sua situação fiscal. Destaca-se que o não cumprimento de tais exigências implicaria a decadência do direito à contratação, conforme art. 43 §2³⁹.

3.5 Subcontratação de micro e pequena empresa

Já prevista anteriormente, a subcontratação de MEP's nos certames licitatórios na contratação e aquisição de obras e serviços, teve como principal alteração promovida pela nova Lei Complementar o corte do limite de percentual da subcontratação de 30%(trinta por cento) estipulado anteriormente.

O Art. 48, inciso II da LC 147/2014⁴⁰, prevê apenas a possibilidade de subcontratação das micro e pequenas empresas desde que a subcontratação não abranja em sua totalidade o objeto contratado. Destaca-se também a faculdade do dispositivo, destoando um pouco do caráter impositivo da Lei Complementar, pois neste caso, devido a necessidade

³⁹Art. 43. As microempresas e as empresas de pequeno porte, por ocasião da participação em certames licitatórios, deverão apresentar toda a documentação exigida para efeito de comprovação de regularidade fiscal e trabalhista, mesmo que esta apresente alguma restrição.

(...)

§ 2º A não-regularização da documentação, no prazo previsto no § 1º deste artigo, implicará decadência do direito à contratação, sem prejuízo das sanções previstas no art. 81 da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, sendo facultado à Administração convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para a assinatura do contrato, ou revogar a licitação.

⁴⁰Art. 48. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública:

(...)

II - poderá, em relação aos processos licitatórios destinados à aquisição de obras e serviços, exigir dos licitantes a subcontratação de microempresa ou empresa de pequeno porte;

de uma severa fiscalização e a especificidade da contratação, muitas vezes não se mostra sensato a subcontratação.⁴¹

3.6 Reserva de cotas na aquisição de objetos divisíveis

Previsto no art.48, inciso III, da LC 147/2014⁴², a reserva de cotas nos procedimentos licitatórios cujo objeto da contratação seja de natureza divisível, busca garantir e assegurar a contratação de micro e pequenas empresas no certame, vez que, a imposição da norma, obriga a administração a só finalizar a contratação e consequentemente usufruir dos seus benefícios se uma parte desse objeto for fornecido por uma ME ou EPP. Destaca-se o caráter facultativo da aplicação da norma na lei anterior e a observância quanto aplicação somente nas contratações cujo bem seja de natureza divisível.

3.7 Margem de preferência

A margem de preferência intitulado no Art. 48, § 3º da LC 147/2014⁴³ se apresenta como principal vantagem auferida para as micro e pequenas empresas nos procedimentos licitatórios regulados pela nova Lei Complementar. Tal instituto prevê a possibilidade de a Administração concretizar o certame licitatório com uma empresa cujo preço oferecido seja superior ao menor preço apresentado.

Mesmo que a administração tenha em mãos uma proposta economicamente e financeiramente mais viável e vantajosa, todavia, apresentada por uma empresa que não se enquadre como beneficiária da LC 147/2014, a administração desde que justificadamente, ressalvado o limite de 10% (dez por cento), poderá estabelecer a prioridade no certame para a contratação de MEP's com propostas maiores, desde que, oferecidas até o limite legal.

Nas palavras de Priscila Segala, tal vantagem se apresenta como marco principal de efetivação dos preceitos constitucionais em consonância com o desenvolvimento e a ordem econômica:

⁴¹SEGALA, Priscila. *Aplicabilidade, nas licitações, do tratamento diferenciado conferido às micro e pequenas empresas diante das alterações trazidas pela Lei Complementar nº 147/2014*. Coluna Jurídica da Administração Pública - JML Consultoria & Colaboradores. Curitiba. 2014. p.6.

⁴²Art. 48.

(...)

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

⁴³Art. 48.

(...)

A medida fomenta efetivamente o comércio local, conciliando duas diretrizes constitucionais de ordem econômica, previstas no art. 170 da CF/88, quais sejam a "redução das desigualdades regionais e sociais", propiciado através do desenvolvimento da região (art. 170, VII da CF) e o "tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País" (art. 170, IX da CF).⁴⁴

Assim sendo, em tese, o novo sistema estipulado pela LC 147/2014 contemplaria em sua totalidade o tratamento diferenciado às micro e pequenas empresas em razão da controlada efetividade das concorrências nas licitações. Pois, não havendo óbice por parte das MEP's em arcar com as propostas apresentadas, as mesmas sempre serão vencedoras desses certames. Assim sendo, como Tomazette explica, "não haveria, qualquer inconstitucionalidade neste tratamento ou confrontação direta aos princípios basilares da licitação, dada a expressa previsão constitucional de tratamento diferenciado."⁴⁵

3.8 Preferência às micro e pequenas empresas nas contratações diretas

Em regra, todas as contratações realizadas pela Administração Pública conforme art. 37, inciso XXI da CF, devem ser realizadas por meio de licitações. Todavia, existem exceções que permitem a contratação direta de bens e serviços sem o procedimento licitatório. A lei 8.666/1993 define as hipóteses de contratação direta, quais sejam:

- 1) Dispensa de Licitação (Art. 24);
- 2) Inexigibilidade de licitação (Art. 25).

Resumidamente nas palavras do Ilustríssimo Jorge Ulisses Jacoby Fernandes:

- contratação para a Administração, sem licitação, cognominada de hipótese de "licitação dispensável";
- inviabilidade de competição, também referida como caso de "inexigibilidade de licitação", na qual se pode, em tese, e apenas em tese, definir um parâmetro comum precitado. Mesmo com boa vontade do intérprete, o exame ficará pelo número de exceções que serão estabelecidas nesse elenco.⁴⁶

§ 3º Os benefícios referidos no caput deste artigo poderão, justificadamente, estabelecer a prioridade de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente, até o limite de 10% (dez por cento) do melhor preço válido." (NR)

⁴⁴SEGALA, Priscila. *Aplicabilidade, nas licitações, do tratamento diferenciado conferido às micro e pequenas empresas diante das alterações trazidas pela Lei Complementar nº 147/2014*. Coluna Jurídica da Administração Pública - JML Consultoria & Colaboradores. Curitiba. 2014. p.7.

⁴⁵ TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário, volume 1*. 3. ed. - São Paulo: Atlas, 2011. p. 60.

⁴⁶ JACOBY FERNANDES, J.U. *Contratação direta sem licitação: dispensa de licitação: inexigibilidade de licitação: comentários às modalidades de licitação, inclusive o pregão: procedimentos exigidos para a regularidades da contratação direta*. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. (Coleção Jacoby de Direito Público; v.6).

Tais possibilidades estão elencadas nos incisos dos referidos artigos. Assim sendo, como forma de priorizar a contratação das MEP's nas contratações diretas realizadas pela dispensa em razão do valor e evidente política social de ampliação de mercado o Art. 49, inciso IV da LC 147/2014⁴⁷ prevê a preferência nas contratações que versem sobre compras e serviços de até R \$8.000,00 (oito mil reais) e obras e serviços engenharia de até R\$ 15.000,00 (quinze mil reais).

De forma a facilitar o entendimento e deixar claramente expostas as diferenças estipuladas entre as leis que versam sobre o tratamento diferenciado das micro e pequenas empresas no Brasil, foi elaborado um quadro comparativo com as alterações realizadas, destacando o caráter impositivo da lei nova.

Comparativo com as principais alterações da Lei Complementar 147/2014 em relação aos benefícios auferidos nos processos licitatórios anteriormente previstos na Lei Complementar 123/2006.	
LC 123/06	LC 147/14
	Art. 18-E, §2º. Todo benefício previsto nesta Lei Complementar aplicável à microempresa estende-se ao MEI sempre que lhe for mais favorável.
	Art. 18-E, §3º. O MEI é modalidade de microempresa.
	Art. 18-E, §4º. É vedado impor restrições ao MEI relativamente ao exercício de profissão ou participação em licitações, em função da sua respectiva natureza jurídica.
Art. 43, §1º. Havendo alguma restrição na comprovação da regularidade fiscal, será assegurado o prazo de 2 (dois) dias úteis , cujo termo inicial corresponderá ao momento em que o proponente for	Art. 43, §1º. Havendo alguma restrição na comprovação da regularidade fiscal, será assegurado prazo de 5 (cinco) dias úteis , cujo termo inicial corresponderá ao momento em que o proponente for declarado o vencedor do

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

(...)

IV - a licitação for dispensável ou inexigível, nos termos dos arts. 24 e 25 da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, excetuando-se as dispensas tratadas pelos incisos I e II do art. 24 da mesma Lei, nas quais a compra deverá ser feita preferencialmente de microempresas e empresas de pequeno porte, aplicando-se o disposto no inciso I do art. 48.” (NR)

<p>declarado o vencedor do certame, prorrogáveis por igual período, a critério da Administração Pública, para a regularização da documentação, pagamento ou parcelamento do débito, e emissão de eventuais certidões negativas ou positivas com efeito de certidão negativa.</p>	<p>certame, prorrogável por igual período, a critério da administração pública, para a regularização da documentação, pagamento ou parcelamento do débito e emissão de eventuais certidões negativas ou positivas com efeito de certidão negativa.</p>
<p>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.</p>	<p>Art. 47. Nas contratações públicas da administração direta e indireta, autárquica e fundacional, federal, estadual e municipal, deverá ser concedido tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte objetivando a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica.</p>
	<p>Art. 47. (...) Parágrafo único. No que diz respeito às compras públicas, enquanto não sobrevier legislação estadual, municipal ou regulamento específico de cada órgão mais favorável à microempresa e empresa de pequeno porte, aplicar-se a legislação federal.</p>
<p>Art. 48. Para 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 até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais); II – em</p>	<p>Art. 48. Para cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública: I – deverá realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nos itens de contratação cujo valor seja de até R\$80.000,00 (oitenta mil reais); II – poderá, em relação aos processos licitatórios</p>

<p>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.</p>	<p>destinados à aquisição de obras e serviços, exigir dos licitantes a subcontratação de microempresa ou empresa de pequeno porte; III – deverá estabelecer, em certames para aquisição de bens de natureza divisível, cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte.</p>
<p>Art. 48, §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.</p>	<p>Art. 48 (...) §1º. Revogado</p>
	<p>Art. 48, §3º. Os benefícios referidos no caput deste artigo poderão, justificadamente, estabelecer a prioridade de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente, até o limite de 10% (dez por cento) do melhor preço válido.</p>
<p>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; (...) IV – a licitação for dispensável ou inexigível, nos termos dos arts. 24 e 25 da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993.</p>	<p>Art. 49. Não se aplica o disposto nos arts. 47 e 48 desta Lei Complementar quando: I - Revogado. IV – a licitação for dispensável ou inexigível, nos termos dos arts. 24 e 25 da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, excetuando-se as dispensas tratadas pelos incisos I e II do art. 24 da mesma Lei, nas quais a compra deverá ser feita preferencialmente de microempresas e empresas de pequeno porte, aplicando-se o disposto no inciso I do</p>

	art. 48.
	Art. 3º, §14. As preferências definidas neste artigo e nas demais normas de licitação e contratos devem privilegiar o tratamento diferenciado e favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte na forma da lei.
	Art. 3º, §15. As preferências dispostas neste artigo prevalecem sobre as demais preferências previstas na legislação quando estas forem aplicadas sobre produtos ou serviços estrangeiros.
	Art 5º-A. As normas de licitações e contratos devem privilegiar o tratamento diferenciado e favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte na forma da lei.

Fonte: Autor

Tem-se diante do quadro comparativo exposto, a taxatividade dos comandos imperativos, não deixando uma dupla interpretação que faculte ao agente aplicador da norma, uma dupla interpretação, facultando a aplicação do tratamento diferenciado para as micro e pequenas empresas nos procedimentos licitatórios. O legislador foi claro e coeso na sua proposta de imposição da norma aos certames licitatórios.

4 CAPÍTULO

4.1 Apex-Brasil

A Agência Brasileira de Promoção de Exportações e Investimentos (Apex-Brasil) é uma das empresas integrantes do chamado "Sistema S", foi criada pelo Decreto nº 2.398, de 21 de novembro de 1997 revogado pelo Decreto nº 4.584, de 5 de fevereiro de 2003, que instituiu o Serviço Social Autônomo Apex-Brasil.

É considerada uma pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, de interesse coletivo e de utilidade pública que atua para promover os produtos e serviços brasileiros no exterior e atrair investimentos estrangeiros para setores estratégicos da economia brasileira, realizando ações diversificadas de promoção comercial que visam promover as exportações e valorizar os produtos e serviços brasileiros no exterior.⁴⁸

São utilizados como meio de promoção: missões prospectivas e comerciais, rodadas de negócios, apoio à participação de empresas brasileiras em grandes feiras internacionais, visitas de compradores estrangeiros e formadores de opinião para conhecer a estrutura produtiva brasileira entre outras plataformas de negócios que também têm por objetivo fortalecer a marca Brasil.

A Apex-Brasil coordena os esforços de atração de investimentos estrangeiros diretos (IED) para o Brasil com foco em setores estratégicos para o desenvolvimento da competitividade das empresas brasileiras e do país.

Assim sendo, para realização das missões internacionais e nacionais de atração de investimentos bem como às contratações internas da agência e as demais contratações necessárias para execuções dos serviços a Apex-Brasil se utiliza como os demais agentes públicos dos procedimentos licitatórios sob o seu regulamento específico.

4.2 Impactos nos processos licitatórios da Apex-Brasil

As contratações de obras, serviços e alienações da Apex-Brasil são feitas, em regra, por processo licitatório, por meio de concorrência, convite, concurso, leilão ou pregão (presencial ou eletrônico). A licitação visa selecionar, de forma democrática, a

⁴⁸APEX-BRASIL. *Quem somos*. 2016, Disponível em: < <http://www.apexbrasil.com.br/quem-somos>> Acesso em 12 nov. 2016.

proposta mais vantajosa para a agência, mantendo os princípios básicos da legalidade, impessoalidade, moralidade, honestidade e do julgamento objetivo.⁴⁹

Diante desse cenário, conforme decisão de Plenário do TCU "os Serviços Sociais Autônomos não estão sujeitos a observância aos estritos procedimentos estabelecidos na lei n ° 8.666/93, e sim aos seus regulamentos próprios devidamente publicados, consubstanciados nos princípios gerais do processo licitatório"⁵⁰.

A lei n° 8.666/93 que institui as normas de licitações e contratos na Administração Pública não se aplica à Apex-Brasil. Assim sendo, os procedimentos licitatórios são realizados com base em seu próprio regulamento de licitações e contratos respeitados os princípios gerais, aplicando-se os procedimentos previstos na Lei 8.666/93 de forma subsidiária.

Nas palavras de Julieta Vareschini, "A aplicação subsidiária da Lei nº8666/93 aos procedimentos licitatórios instaurados por entidades do Sistema "S" é, portanto, absolutamente facultativa, tendo em vista a inexistência de norma jurídica que obrigue tais entidades a ela se submeterem."⁵¹

Mesmo ciente da aplicação subsidiária da Lei 8.666/1993 em relação aos procedimentos licitatórios realizados pela Apex-Brasil, tem-se pelo princípio do desenvolvimento nacional nos termos da Constituição Federal a aplicação analógica da Lei Complementar 147/2014 aos procedimentos licitatórios realizados pela Apex.

Tal empresa se enquadra como ente da Administração Pública, atuando nas atividades práticas do 3º Setor e a obrigatoriedade de seguimento quanto aos princípios gerais dos certames licitatórios, ora postos nos termos da Lei Complementar 147/2014, não deixam dúvidas quanto a obrigatoriedade de aplicação dos benefícios auferidos para às micro e pequenas empresas nos procedimentos licitatórios realizados pela Apex-Brasil.

4.3 Impactos nos processos licitatórios - Análise dos dados

Antes de analisarmos os dados práticos e os efeitos da LC 147/2014 nos certames realizados pela APEX-Brasil, cumpre destacar o atual cenário político e econômico do Brasil. Pois, em que pese ser a APEX-Brasil uma pessoa jurídica de direito privado, sem

⁴⁹APEX-BRASIL. *Licitações*. 2016, disponível em: <<http://www.apexbrasil.com.br/licitacoes-apex>> Acesso em 12 nov. 2016.

⁵⁰BRASIL. *Tribunal de Contas da União. Processo nº TC-011.777/1996-6. Decisão nº 907/1997 - Plenário. Relator: Ministro-Substituto Lincoln Magalhães da Rocha*. Diário Oficial do Brasil, Brasília, DF, 26 dez. 1997. Seção 1, p. 31457.

⁵¹VARESCHINI, Julieta Mendes Lopes. *Licitações e Contratos no Sistema S*. Curitiba: Editora JML, 2007, p. 17/19.

fins lucrativos, a Apex atua diretamente na área de interesse coletivo e de utilidade pública promovendo os produtos e serviços brasileiros no exterior e atraindo investimentos estrangeiros para setores estratégicos da economia brasileira.

Assim sendo, algumas de suas principais fontes de receitas são os recursos repassados pela união e das contribuições sociais relativas ao Sistema S, conforme disposto em seu Estatuto:

"Art. 26 - Constituirão receitas da Apex-Brasil:

I. As transferências de recursos a que se refere o § 4º, do artigo 8º da Lei n.º 8.029, de 12 de abril de 1990, com a redação dada pelo artigo 12 da Medida Provisória n.º 106, de 22 de janeiro de 2003, posteriormente convertida na Lei 10.668 de 14 de maio de 2003;⁵²

II. os recursos provenientes de convênios, acordos e contratos celebrados com terceiros;

III. os valores apurados na venda de bens, produtos e prestação de serviços, conforme o §3º, artigo 4º deste Estatuto;

IV. as receitas de aplicações financeiras e alugueres de bens móveis ou imóveis de sua propriedade;

V. os recursos que lhe forem transferidos em decorrência de dotações orçamentárias consignadas no Orçamento-Geral da União;

VI. as doações, legados, subvenções e outros recursos que lhe forem destinados;

VII. os decorrentes de decisão judicial;

VIII. os valores apurados com a venda de bens móveis e imóveis de sua propriedade.

Art. 27 - Os recursos transferidos em favor da Apex-Brasil, bem como aqueles obtidos em função de suas atividades, serão aplicados integralmente na manutenção da Agência, na execução de suas operações, e na consecução de seus objetivos institucionais, vedada a distribuição de resultados, seja a que título for. **(Grifo nosso)"**

⁵²Art. 8º É o Poder Executivo autorizado a desvincular, da Administração Pública Federal, o Centro Brasileiro de Apoio à Pequena e Média Empresa - CEBRAE, mediante sua transformação em serviço social autônomo.

(...)

§ 3º Para atender à execução das políticas de apoio às micro e às pequenas empresas, de promoção de exportações e de desenvolvimento industrial, é instituído adicional às alíquotas das contribuições sociais relativas às entidades de que trata o art. 1º do Decreto-Lei no 2.318, de 30 de dezembro de 1986, de: (Redação dada pela Lei nº 11.080, de 2004)

a) um décimo por cento no exercício de 1991;

b) dois décimos por cento em 1992; e

c) três décimos por cento a partir de 1993.

§ 4º O adicional de contribuição a que se refere o § 3º deste artigo será arrecadado e repassado mensalmente pelo órgão ou entidade da Administração Pública Federal ao Cebrae, ao Serviço Social Autônomo Agência de Promoção de Exportações do Brasil – Apex-Brasil e ao Serviço Social Autônomo Agência Brasileira de Desenvolvimento Industrial – ABDI, na proporção de 85,75% (oitenta e cinco inteiros e setenta e cinco centésimos por cento) ao Cebrae, 12,25% (doze inteiros e vinte e cinco centésimos por cento) à Apex-Brasil e 2% (dois inteiros por cento) à ABDI.

Desse modo, é impossível fazer uma análise sobre as licitações realizadas pela APEX-Brasil sob o âmbito da LC 147/2014, sem mencionar os impactos da crise econômica que assola o país desde 2013, e suas implicações diretas no orçamento da empresa, bem como, dos impactos gerais que ao se utilizar o regime diferenciado, atingi-se o orçamento público de forma a agravar ainda mais o problema econômico do país.

Em um primeiro momento é importante destacar a alta na inflação que assola o país dentro do prazo de análise dos procedimentos licitatórios, qual seja, 2013, 2014, 2015 e 2016. Inflação, nas palavras de Jobson Monteiro "é o aumento contínuo e generalizado dos preços dos bens e serviços na economia. O simples aumento de preço de um produto ou de outro, não é inflação"⁵³.

Ou seja, diante de um cenário de crise econômica e política o aumento contínuo e generalizado dos preços de bens e serviços é constante, diante desse cenário temos a deterioração das contas públicas, ou seja, o Estado também é prejudicado com a alta da inflação, na explicação de Jobson Monteiro:

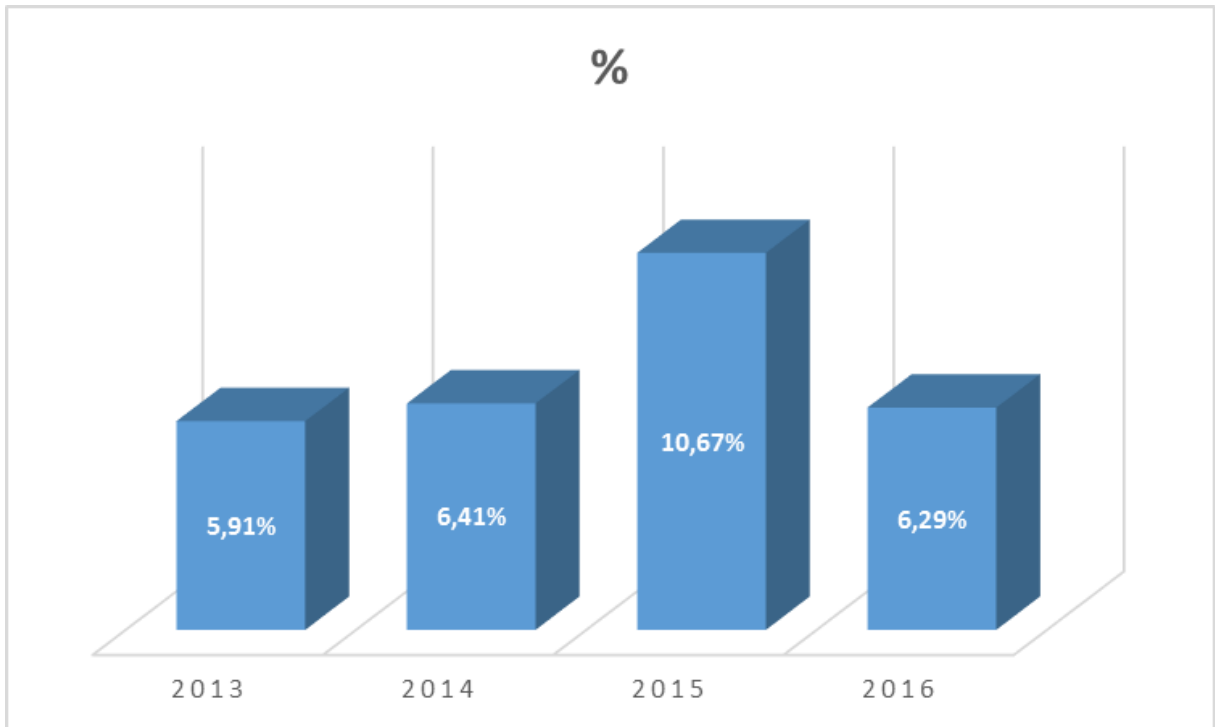
"(..) O Estado também perde com a inflação. Essa consequência é o que chamamos de *efeito Oliveira-Tanzi* - um nome que vem de dois economistas que estudaram esse fenômeno, o argentino Julio Oliveira e o italiano Vito Tanzi.

Para entendermos esse efeito, pense em uma loja. Vamos supor que ela faturou \$ 1 mil no primeiro trimestre e agora tem de pagar 10% de imposto de renda. Portanto, em abril terá de pagar \$ 100. Mas em abril o governo receberá menos do que deveria. Por quê? Porque com a inflação, em abril, esses \$ 100 valem menos do que valiam no primeiro trimestre.⁵⁴

É necessário que tenhamos uma base da alta da inflação e dos impactos diretos na administração pública, uma vez que, conforme já demonstrado acima a APEX-Brasil tem como parte de suas receitas os recursos repassados pela união e as contribuições sociais relativas ao Sistema S. Assim sendo, uma crise no Estado afeta diretamente a receita e as licitações realizadas pela empresa. Desse modo, segue abaixo um demonstrativo do crescimento da inflação nos anos de análise:

⁵³ SOUZA, Jobson Monteiro. Economia brasileira. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2012. pág. 10.

⁵⁴ SOUZA, Jobson Monteiro. Economia brasileira. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2012. pág. 15.



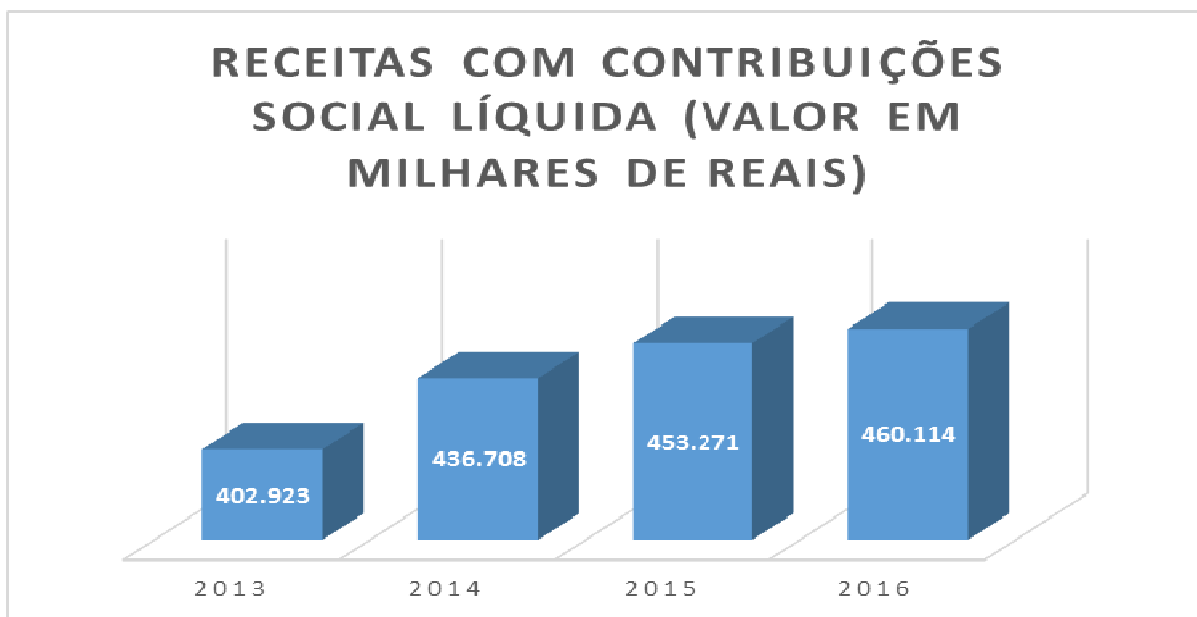
Fonte: ADVFN⁵⁵

Conforme demonstrado, a inflação vem numa crescente principalmente no ano de 2015 que afetou diretamente a diminuição dos percentuais repassados para empresa a título de recursos repassados pela União e as contribuições sociais relativas ao Sistema S

Diante desse cenário, tem-se um impacto direto no orçamento da empresa, que viu o seu percentual de recursos públicos ser abaixo do valor de inflação, principalmente no ano de 2016, resultando como impacto direto um número menor de licitações em compensação ao orçamento ajustado.

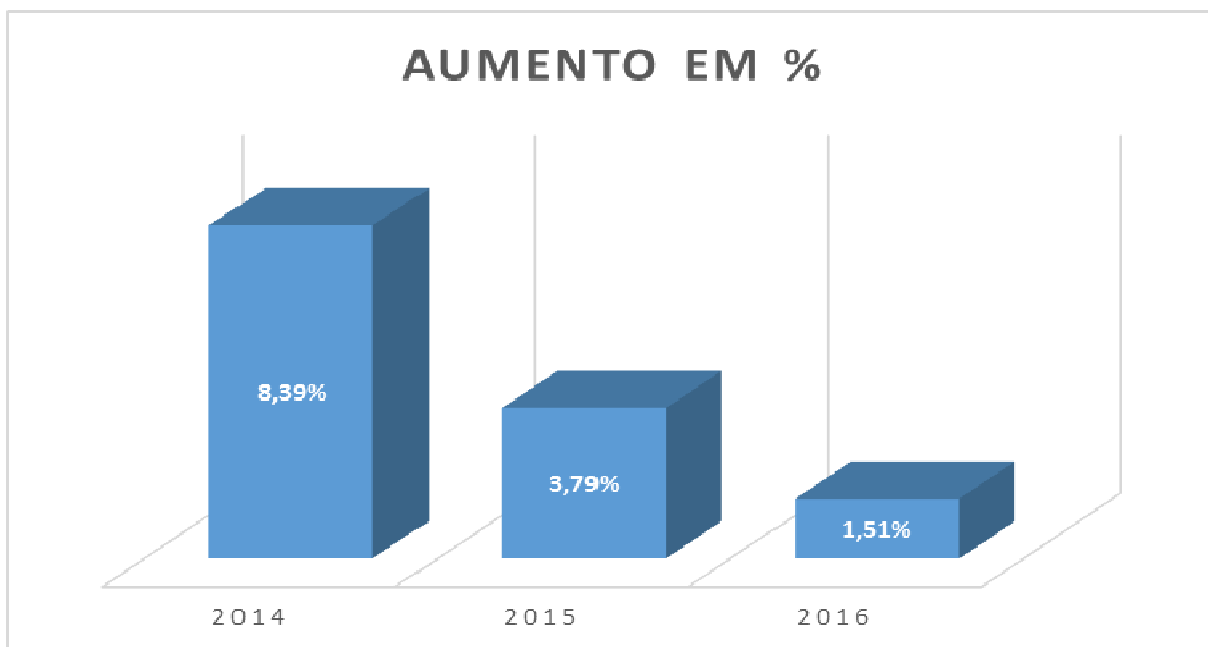
Para demonstrar o impacto no orçamento, fizemos uma análise dos demonstrativos financeiros da empresa, que comprovam o impacto sofrido:

⁵⁵ ADVFN BRASIL. *Indicadores Econômicos, Quem somos.* 2017, Disponível em: <<https://br.advfn.com/indicadores/ipca>> Acesso em 16 ago. 2017.



Fonte: Apex-Brasil

Apesar da crescente nos valores, com exceção dos valores repassados no ano de 2014, os percentuais repassados não acompanharam o índice de inflação de cada ano.



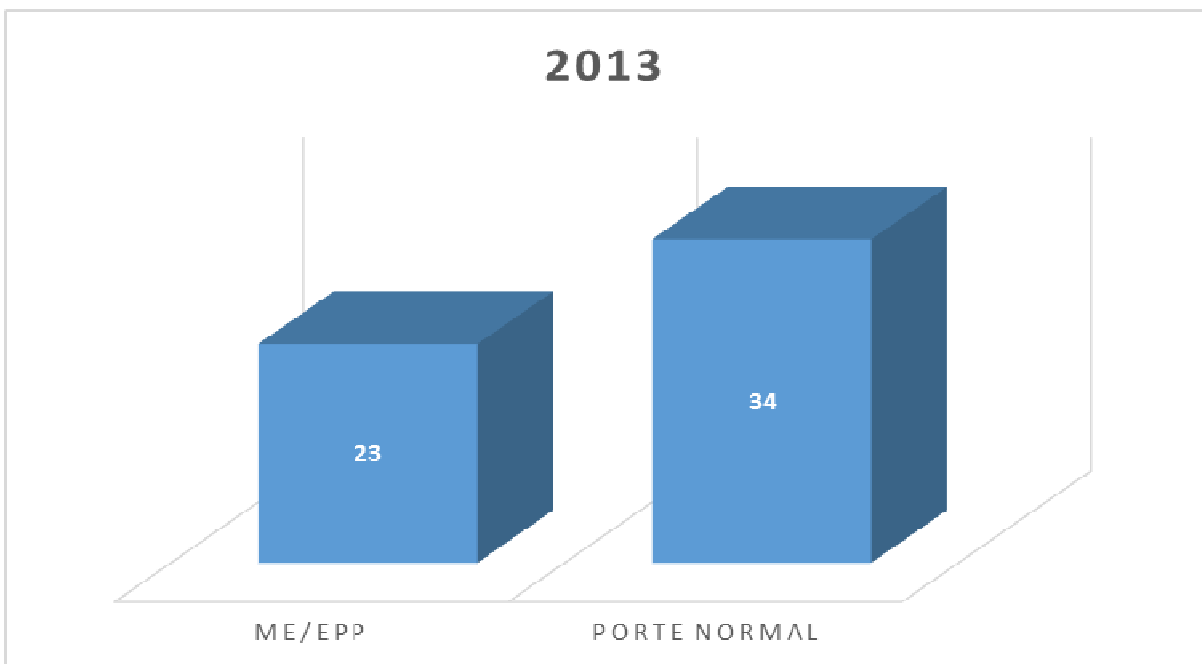
Fonte: Apex-Brasil

Podemos concluir, portanto, que o repasse das verbas públicas desde o ano de 2014 vem numa decrescente, não acompanhando os valores da inflação em razão da crise econômica. Fato este que afeta diretamente as atividades da Apex, bem como o número de

licitações realizadas. Isto posto, passamos a analisar com maior destaque os dados disponibilizados pela agência para estudo.

Ao se analisar os impactos da LC 147/2014 nos certames licitatórios realizados pela APEX-Brasil é importante fazer um paralelo que compare as situações antes e após a vigência da lei. Desse modo, apresentaremos um comparativo desde o ano de 2013 até 2016, que demonstre o impacto real da obrigatoriedade trazida pela LC 147/2014 nos certames realizados.

Em 2013, ainda na vigência da LC 123/2006 a Apex realizou um total de 37 (trinta e sete) licitações com todas modalidades (pregão presencial, eletrônico, convite e concorrência), contratando ao todo 57 (cinquenta e sete) empresas, sendo 23 (vinte e três) micro e pequenas empresas e 34 (trinta e quatro) empresas de porte normal. Isto posto, temos o seguinte quadro analítico.

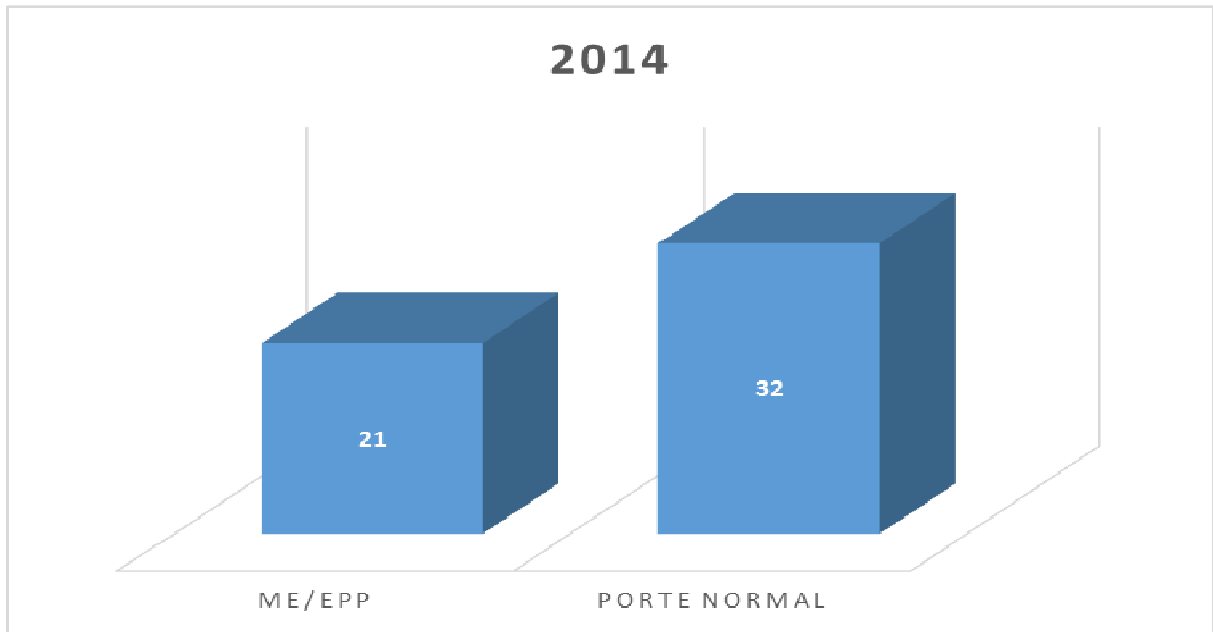


Fonte: Apex-Brasil

Veja-se que nesse momento a aplicação do regime diferenciado é facultativo, sendo, portanto, ineficaz o regime diferenciado em se tratando das licitações realizadas em 2013.

Já no ano de 2014, também na vigência da LC 123/2006, tivemos um total de 39 (trinta e nove) licitações realizadas com todas as modalidades (pregão presencial, eletrônico, convite e concorrência), contratando ao todo 53 (cinquenta e três) empresas, sendo

21 (vinte e uma) micro e pequenas empresas e 32 (trinta e duas) empresas de porte normal. Assim sendo, temos o seguinte quadro:

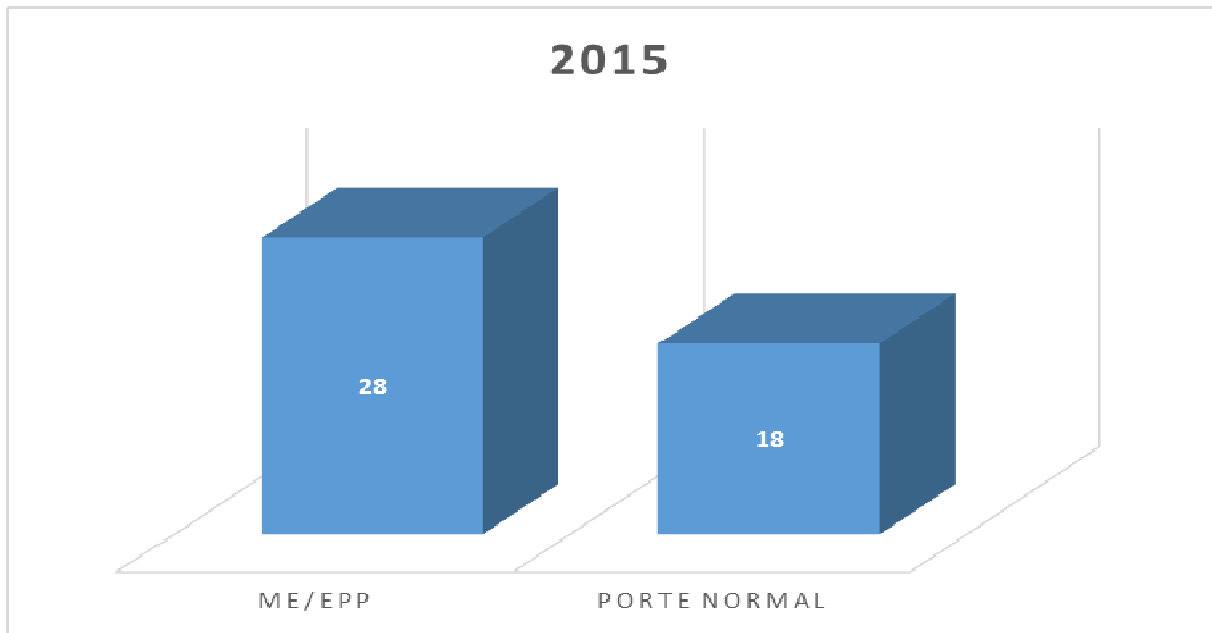


Fonte: Apex-Brasil

Apesar da já iminente alteração da LC 123/2006, os resultados mostram que a Apex-Brasil nas facultades de utilização do regime diferenciado, não aplicava em sua maioria, os benefícios para micro e pequenas empresas.

Em 2015, já no advento da LC 147/2014, temos uma mudança de panorama nas licitações realizadas, vez que a concessão do regime diferenciado se mostra obrigatória, tendo um grande e imediato impacto.

Ao todo foram realizadas 36 (trinta e seis) licitações com todas as modalidades (pregão presencial, eletrônico, convite e concorrência), foram contratadas 46 (quarenta e seis) empresas, sendo 28 (vinte e oito) micro e pequenas empresas e 18 (dezoito) empresas de porte normal. Temos assim, o seguinte panorama:

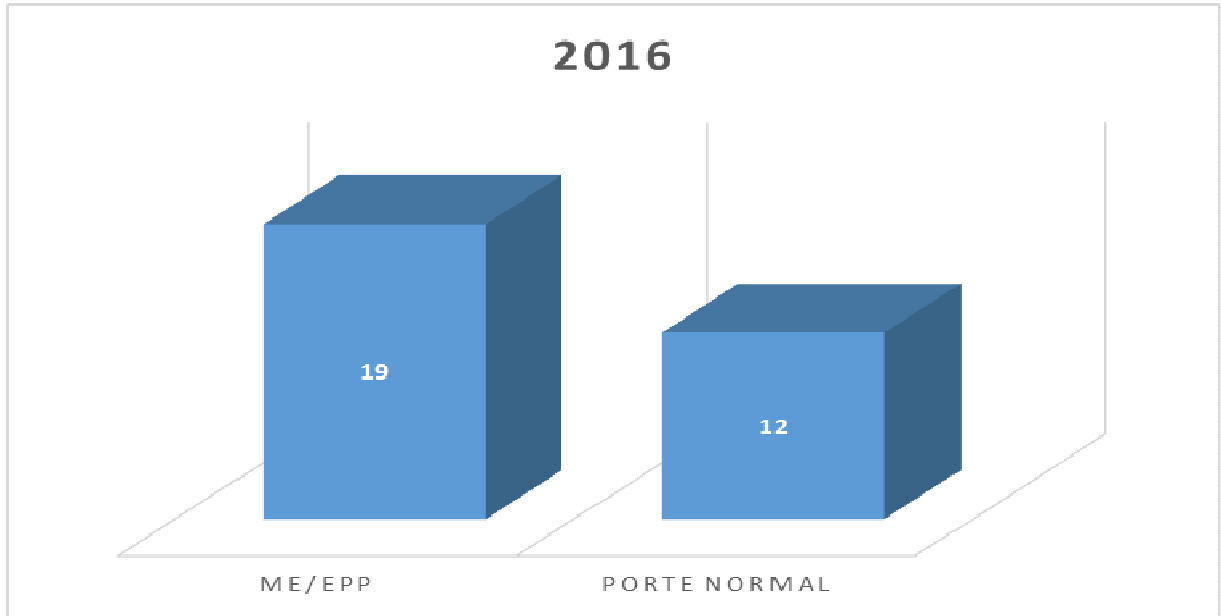


Fonte: Apex-Brasil

Tem-se a partir desse momento um novo panorama nas contratações realizadas pelas APEX. Com a vigência da LC 147/2014 é notório o crescimento nas contratações de micro e pequenas empresas nos certames licitatórios realizados pela empresa. A obrigatoriedade na concessão do regime diferenciado tem resultados eficazes quando colocados em prática.

Em 2016, conforme já demonstrado anteriormente, diante de todo cenário caótico de crise econômica e política que o país passava, com a redução dos percentuais repassados pela União e da Contribuições sociais, o número de licitações foi reduzido diante desse cenário. Todavia, os benefícios da LC 147/2014 foram mantidos, mantendo, ressalvadas as proporções, um resultado positivo.

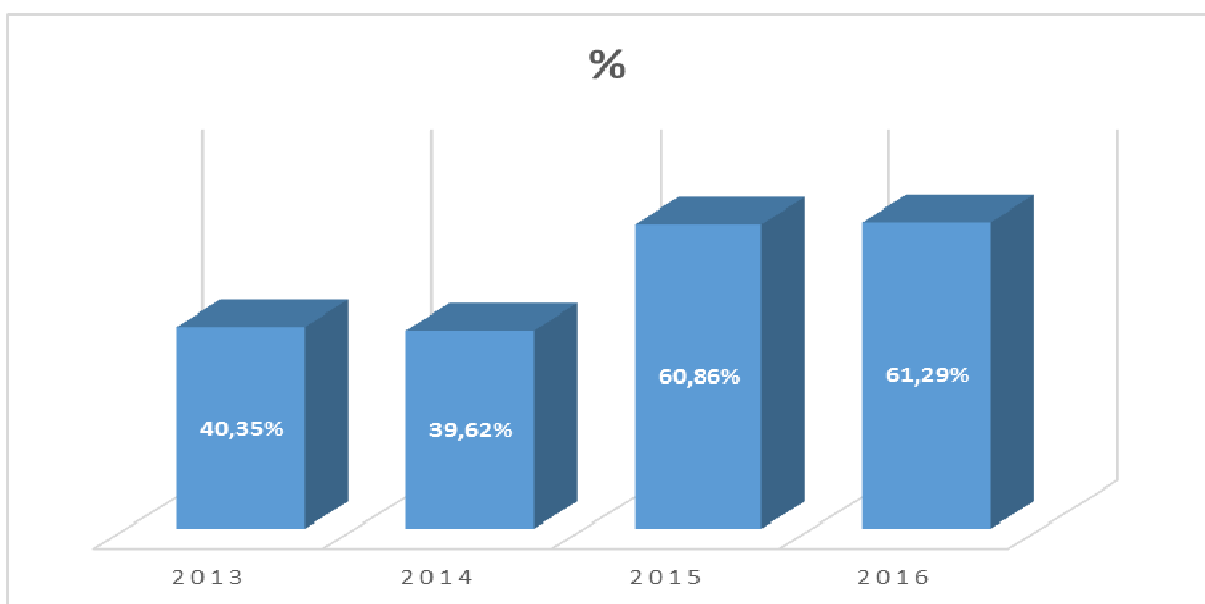
Foram realizadas 28 (vinte e oito) licitações com todas as modalidades (pregão presencial, eletrônico, convite e concorrência), contratadas 31 (trinta e uma) empresas, sendo, 19 (dezenove) micro e pequenas empresas e 12 (doze) empresas de porte normal. Tendo como resultado prático:



Fonte: Apex-Brasil

Ressalvada as devidas proporções, em razão da diminuição do orçamento disponibilizado no ano em questão, o regime diferenciado para micro e pequenas empresas se mostra eficaz, tendo elevado o número de MEP's contratadas em relação ao número de empresas de porte normal.

Temos, portanto, um crescimento exponencial no número de micro e pequenas empresas contratadas pela Apex, depois da vigência da Lei Complementar 147/2014, que tornou obrigatória a concessão do regime diferenciado. Vejamos:



Fonte: Autor

Conforme quadro analítico acima exposto, vemos uma crescente comprovada no número de micro e pequenas empresas contratadas após a vigência da Lei Complementar 147/2014, bem como a sua expressiva porcentagem em relação ao número de empresas contratadas.

A utilização do regime diferenciado, conforme exaustivamente discutido no âmbito da Lei Complementar 123/2006 não era obrigatório, facultando aos licitantes a sua utilização ou não. Assim sendo, podemos concluir que para efeitos de contratação, a Lei Complementar 147/2014 se mostra eficiente e eficaz, vez que os números demonstram o aumento expressivo de contratações realizadas com MEP's após o advento da Lei.

Passamos agora a analisar a eficácia da Lei em relação aos preços utilizados nos certames licitatórios após o advento da Lei Complementar. Temos, portanto, um paradigma que serão os anos de 2013 e 2014 e posteriormente faremos a análise dos preços práticas em 2015 e 2016.

Em que pese a clara observância a norma constitucional, o tratamento diferenciado também deve ser analisado sobre outra ótica, qual seja, o impacto econômico nas contas públicas e no presente caso nas contas da Apex-Brasil na sua utilização. Desse modo, devemos analisar quais foram os preços praticados antes e após a vigência da lei.

A análise dos preços praticados se mostra necessária, vez que no atual cenário econômico do país, a grande demanda que vem sendo solicitadas dos entes da administração pública é o corte de gastos. Os recentes aumentos no número e valores de impostos para o cidadão impõe ao Estado o ônus de se posicionar no mesmo sentido, reduzindo os gastos com a máquina pública.

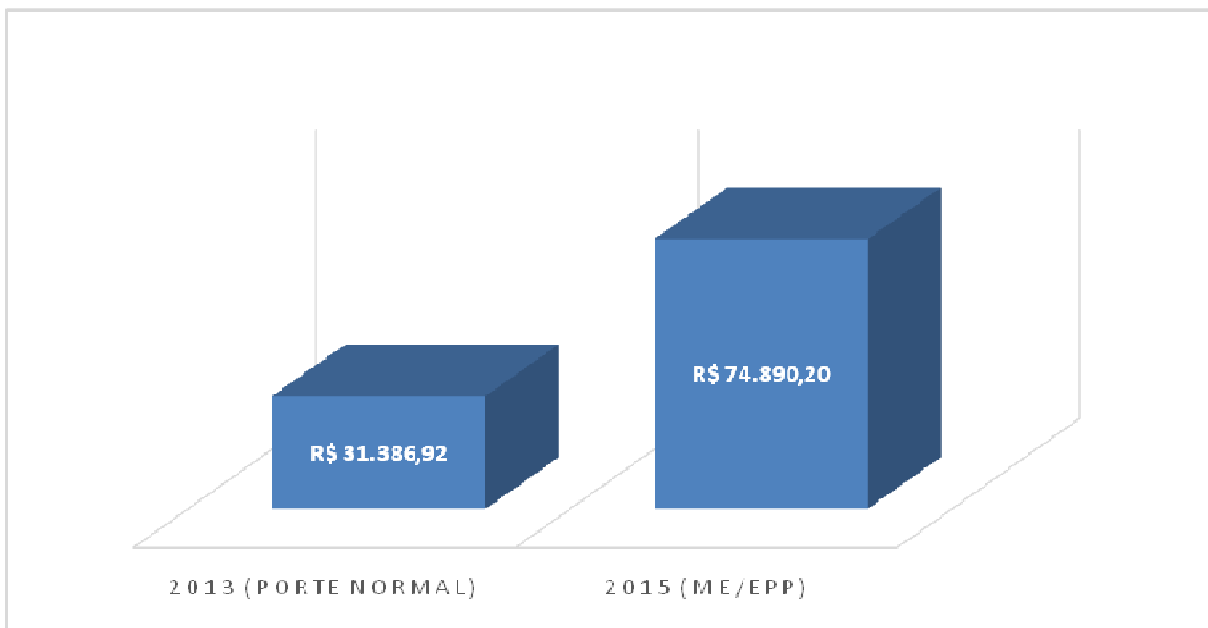
No advento da Lei Complementar 147/2014, temos um forte lobby econômico na ampliação dos benefícios para às micro e pequenas empresas, mas em contrapartida, temos uma onerosidade excessiva da máquina pública. Nesse contexto, o estudo desse tema voltado as licitações realizadas pela Apex-Brasil no âmbito da LC 147/2014, tem-se a necessidade de se analisar o aumento considerável de preço na contratação de mesmo objeto após a vigência da Lei, com a aplicação do regime diferenciado, vejamos:

Em 2013 a Apex-Brasil realizou por meio do pregão presencial 01/2013 um registro de preços para aquisição de material elétrico. Tal licitação se deu por meio do tipo menor preço por item, ou seja, os menores preços oferecidos em cada material, se dentro dos parâmetros estipulados no edital seriam contratados pela empresa. Ao final dessa licitação houve a contratação da empresa RCC Comércio de Matérias de Construção LTDA., empresa de Porte Normal pelo valor de R\$ 31.386,92 (Trinta e um mil trezentos e oitenta e seis reais e noventa e dois centavos).

Já em 2015 a Apex-Brasil também realizou por meio do pregão presencial 08/2015 um registro de preços para aquisição de material elétrico, também pelo tipo menor preço por item, todavia, tendo tal licitação sido realizada já no advento da Lei Complementar 147/2014, tivemos como empresa contratada, Ferragens Líder Gama Comércio e Serviços Ltda.-EPP., empresa de Pequeno Porte, que foi contratada pelo valor de R\$ 74.890,20 (setenta e quatro mil oitocentos e noventa reais e vinte centavos).

Tem-se que tal contratação se deu nos termos do Art. 48, inciso I, da Lei Complementar 147/2014⁵⁶, vez que conforme disposto neste artigo as licitações cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) serão destinadas exclusivamente a participação de micro e pequenas empresas.

Vemos, portanto, o claro aumento de preços praticados em razão da concessão do tratamento diferenciado, pois, diante de uma mesmo objeto contratado em um lapso de 2 (dois) anos tivemos um aumento significativo de preços contratados em razão da obrigatoriedade do regime empresarial do fornecedor.



Fonte: Apex-Brasil

Temos portanto, um aumento de 138,60% (cento e trinta e oito e sessenta por cento) no valor contratado com a utilização do regime diferenciado. Em que pese a

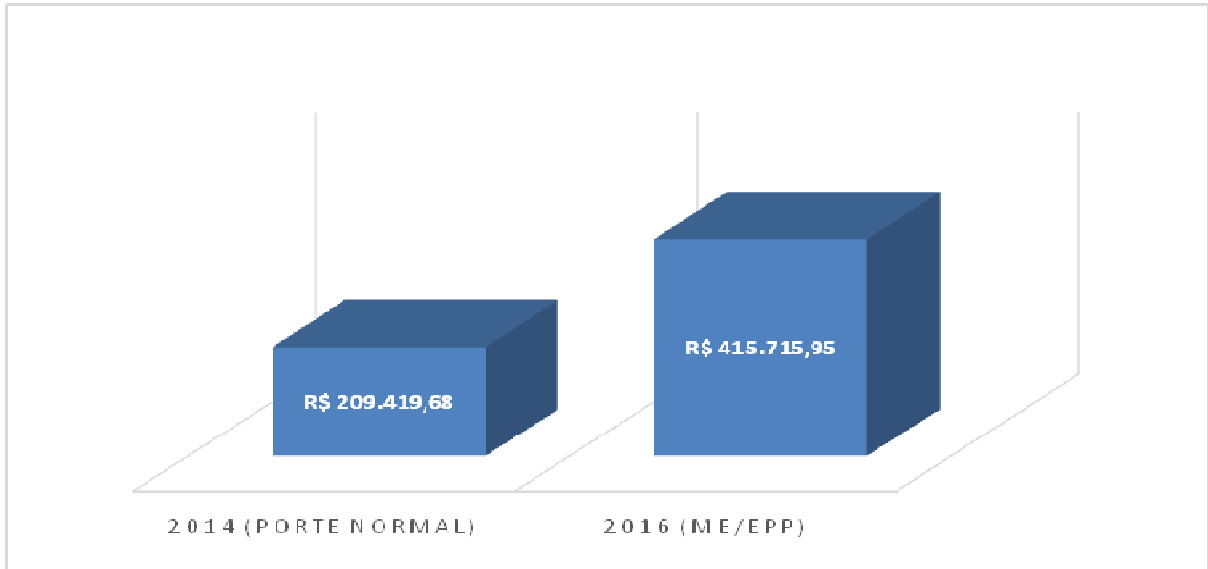
⁵⁶ Art. 48. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública: I - deverá realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nos itens de contratação cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais);

mudança do regime empresarial do fornecedor os preços são exorbitantes para o mesmo produto licitado a dois anos atrás.

Para demonstrar que o aumento não se deu de forma isolada, em 2014 a Apex, realizou uma licitação por meio do Pregão Presencial 12/2014 pelo tipo menor preço por item para aquisição de material de expediente, contratando ao final 4 (quatro) empresas: Multipapes Distribuidor de Papéis LTDA (Empresa de Porte Normal), Art Stilo Papelaria, Livraria, Comércio e Informática LTDA-EPP (Empresa de Pequeno Porte), Mult-Itens Comércio de Artigos de Papelaria LTDA-EPP (Empresa de Pequeno Porte) e ITA Indústria e Comércio de Carimbos LTDA., a licitação foi finalizada com o valor de R\$ 209.419,68 (duzentos e nove mil quatrocentos e dezenove reais e sessenta e oito centavos).

Já em 2016 a Apex, também realizou uma licitação por meio do Pregão Presencial 10/2016, para o registro de preços para aquisição de material de expediente, conforme as quantidade e especificações relacionadas no Termo de Referência, contratando ao final as empresas: Mult-Itens Comércio de Artigos de Papelaria LTDA-EPP e J2 Comércio de Utilidades e Distribuidora Logística EIRELLI-EPP, ambas empresas de Pequeno Porte pelo valor de R\$ 415.715,95 (quatrocentos e quinze mil, setecentos e quinze reais e noventa e cinco centavos).

Isto posto, temos novamente um aumento desproporcional nos valores oferecidos para aquisição de um mesmo objeto em razão do tratamento diferenciado. Tem-se que as empresas contratadas, ambas com benéncias da Lei Complementar 147/2014, praticaram um preço que certamente não seria o mais adequado em concorrência plena com as empresas de Porte Normal, pois um aumento de 98,50% (noventa e oito e cinquenta por cento) no valor contratado de uma mesmo produto, não se mostra razoável e adequado para os parâmetros de contratação da Apex e de qualquer ente da Administração Pública.



Fonte: Apex-Brasil

Temos portanto, diante desse claro aumento de preços um conflito de interesses. Em que pese a importância já incansavelmente discutida nesse trabalho das micro e pequenas empresas para economia e desenvolvimento econômico e social do país, encontramos um potencial problema no atual cenário de crise com a verdadeira necessidade de redução de gastos e o aumento considerável de preços nos objetos licitados na concessão do tratamento diferenciado. Isto posto, não podemos deixar de destacar o seu impacto negativo.

A comprovada eficiência na atração das empresas é destoada de seus gastos excessivos, assim sendo, em que pese o cidadão revestido de empresário ser amplamente beneficiado, o cidadão revestido de contribuinte se mostra prejudicado com os elevados custos da máquina pública e conseqüente quebra do Estado.

5 CONCLUSÃO

Buscamos demonstrar ao longo de todo trabalho o surgimento e desenvolvimento da Lei Complementar 147/2014, suas alterações promovidas ante a Lei Complementar 123/2006, bem como o impacto social e econômico na aplicação do tratamento diferenciado para os micro e pequenos empresários nas aquisições públicas.

Tal análise, se fez necessário para que pudéssemos compreender da melhor maneira possível os impactos das alterações promovidas pela LC 147/2014 quanto aos benefícios para micro e pequenas empresas nos processos licitatórios da Apex-Brasil.

Como vimos, o tratamento diferenciado é uma previsão constitucional que encontra respaldo em todo nosso ordenamento jurídico como forma de promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal, estadual e nacional das MEP's e a ampliação da eficiência das políticas públicas de incentivo à inovação tecnológica.

Vimos também o papel do estado como mediador das relações negociais com os agentes privados por meio das compras públicas, que nada mais são do que os meios pelo qual o governo busca conseguir bens e serviços necessários ao seu funcionamento e aos interesses públicos, buscando o cumprimento das diversas atividades governamentais. Assim sendo, o potencial financeiro do Estado na busca de demanda de oferta de produtos e serviços viabiliza diversos objetivos também associados ao processo de desenvolvimento visando a geração de emprego e renda e a diminuição das desigualdades sociais.

Diante de todo esse contexto, os procedimentos licitatórios se apresentaram como o principal organismo de desenvolvimento social e de promoção a inovação tecnológica, utilizando-se do poder de compra governamental, que se mostrou essencial para que todos os entes políticos pudessem intervir de forma profunda na condução dos negócios privados.

De tal modo, com o surgimento da Lei Complementar 123/2006 o Estado buscou inserir nas aquisições públicas às micro e pequenas empresas, concedendo um tratamento diferenciado que se viabiliza a concorrência com empresas de maior porte e poder econômico que dificilmente seriam superadas em uma concorrência livre.

Como já vimos às micro e pequenas empresas representam no país o maior número de empresas constituídas, bem como, representam mais de 50% (cinquenta por cento) dos empregos de carteira assinada, fez-se necessário, portanto, uma forma de incentivar a criação e o desenvolvimento dessas empresas.

Todavia, a LC 123/2006, possuía um texto incapaz de tornar eficaz, todas as medidas de tratamento diferenciado que permitissem a igualdade de condições para

concorrência com as demais empresas nos processos licitatórios, pois a aplicação do regime diferenciado era facultativa ao ente público de acordo com sua disponibilidade e conveniência em aplicação da lei.

Assim sendo, se fez necessário a criação da Lei Complementar 147/2014 que alterasse o texto normativo da LC 123/2006, passando a partir desse momento a aplicação do tratamento diferenciado para micro e pequenas empresas como uma imposição a Administração Pública na aferição de vantagens capazes de colocar os micro e pequenos empresários em um patamar de competitividade em iguais condições com qualquer tipo de empresa nacional ou estrangeira.

A partir desse contexto, realizamos uma análise de eficácia e eficiência nos termos da Lei Complementar 147/2014 nos certames licitatórios realizados pela Apex-Brasil. O resultado que obtivemos foi claro em demonstrar o aumento considerável de contratações realizadas pela Apex-Brasil com micro e pequenas empresas. Antes da vigência da Lei o número de MEP'S era inferior a 41% (quarenta e um por cento) das empresas contratadas, após o advento da Lei esse número gira em torno de 60% (sessenta por cento) do número de empresas contratadas.

Podemos afirmar, portanto, que em termos de contratação a lei se mostrou totalmente eficaz, expandindo exponencialmente o número de MEP's contratadas, agindo de acordo com as normas previstas em sua criação, qual seja, a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal, regional e nacional dos micro e pequenos empresários e a ampliação da eficiência das políticas públicas de incentivo à inovação tecnológica.

Todavia, como forma de analisar completamente os impactos da Lei nos procedimentos licitatórios realizados pela Apex-Brasil com o tratamento diferenciado, fizemos uma comparação com os preços praticados, antes e depois da vigência da Lei, na contratação de um mesmo objeto, e o resultado que obtivemos levanta uma certa cautela na concessão dos benefícios.

Em que pese todos os preceitos que baseiam a concessão do regime diferenciado, foi constatada na comparação de preços, que os valores praticados após a vigência da Lei, em muito superam os valores praticados antes da Lei Complementar 147/2014.

Vivemos atualmente em um cenário de crise política e econômica que afeta diretamente a vida do contribuinte brasileiro, principalmente no que diz respeito ao aumento de tributos. Nesse contexto, o próprio Estado vem tomando atitudes de redução e corte de gastos da máquina pública como forma de controlar o orçamento público e fechar as contas.

As próprias receitas da Apex-Brasil sofreram um reajuste menor que o valor da inflação anual de acordo com os dados apresentados, em razão da crise econômica. Isto posto, seria incoerente em um momento de redução de gastos a Apex que atua diretamente na área de interesse coletivo e de utilidade pública promovendo os produtos e serviços brasileiros no exterior e atraindo investimentos estrangeiros para setores estratégicos da economia brasileira, tendo como algumas de suas principais fontes de receitas os recursos repassados pela união e das contribuições sociais relativas ao Sistema S se onerar ainda mais em razão do tratamento diferenciado.

O que buscamos demonstrar aqui é um problema que se apresentou e se agravou após a vigência da Lei Complementar 147/2014, mas que tem uma ligação direta com os efeitos causados dessa lei, qual seja, a onerosidade do Estado. Em que pese as já inúmeras vezes mencionado valor constitucional da promoção e desenvolvimento social e tecnológico como forma de geração de renda e empregos, a sua onerosidade em resultados práticos pode tornar ineficaz a sua utilização.

Apesar de tal tema já ter sido questionado e veemente rebatido pelos doutrinadores, no sentido de que a concessão do regime diferenciado existe como forma de garantir a sobrevivência do micro e pequeno empresário e na ajuda do desenvolvimento local com a utilização do poder de compra pelo poder público, um controle e limitações ao uso dos benefícios principalmente em um atual cenário econômico se fazem necessários.

Desse modo, como forma de controle se faz necessário uma limitação prevista no orçamento anual, no que se refere aos benefícios para micro e pequenas empresas, ou seja, antes de cada ano, cada órgão da Administração Pública, se programaria na concessão do regime diferenciado a utilização de uma quantia determinada, ao se extrapolar esse valor não haveria em se falar na concessão do tratamento diferenciado ao micro e pequeno empresário no ano em questão, mas somente no ano subsequente.

Tal medida, impede que os órgãos sejam pegos de surpresa e tenham déficits em seus orçamentos em decorrência da concessão do regime diferenciado, pois este já estaria previsto no orçamento. Os resultados nos procedimentos licitatórios da Apex podem se mostrar irrisórios aos valores repassado pela União, mas na ocorrência de um sobre preço em inúmeras licitações realizadas, certamente causariam um enorme prejuízo no final das contas.

Está se mostra a principal solução a curto prazo para o atual momento político e econômico do país, de forma a manter os benefícios para as MEP's gerando empregos e renda e ocorrendo o controle dos gastos da máquina pública.

A concessão do tratamento diferenciado para micro e pequenas empresas se faz necessário e útil do ponto de vista de desenvolvimento econômico e estadual com geração

de renda e empregos, mas se faz também necessário um controle na concessão do regime de forma a não tornar o regime excessivamente oneroso a máquina pública, pois conforme já mencionado, um benefício ao empresário que afeta o contribuinte não cumpre a função de desenvolvimento econômico e financeiro previsto na Lei Complementar 147/2014.

6 Referências

- ADVFN BRASIL. *Indicadores Econômicos, Quem somos*. 2017, Disponível em: <<https://br.advfn.com/indicadores/ipca>> Acesso em 16 ago. 2017.
- AFONSO, José. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.
- APEX-BRASIL. *Quem somos*. 2016, Disponível em: < <http://www.apexbrasil.com.br/quem-somos>> Acesso em 12 nov. 2016.
- APEX-BRASIL. *Licitações*. 2016, Disponível em: <<http://www.apexbrasil.com.br/licitacoes-apex>> Acesso em 12 nov. 2016.
- BAGNOLI, Vicente. *Direito Econômico* - 3. ed. - São Paulo: Atlas, 2008.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 13 nov. 2016.
- BRASIL. *Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp123.htm> Acesso em: 13 nov. 2016.
- BRASIL. *Lei Complementar nº 147, de 07 de agosto de 2014*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp147.htm> Acesso em: 17 set. 2016.
- BRASIL. *Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm> Acesso em: 13 nov. 2016.
- BRASIL. *Tribunal de Contas da União. Processo nº TC-011.777/1996-6. Decisão nº 907/1997 - Plenário. Relator: Ministro-Substituto Lincoln Magalhães da Rocha*. Diário Oficial do Brasil, Brasília, DF, 26 dez. 1997. Seção 1, p. 31457.
- CAVALCANTE, Igor. *Inovação nas micro e pequenas empresas: análise da eficácia dos dispositivos legais*. 2015. 60f. Monografia (graduação) apresentada para obtenção de título de bacharel em Direito, Centro Universitário de Brasília - UniCEUB, 2015.
- DA SILVA CUNHA, MA; ALEXANDRE LE BOURLEGAT, C. *Inclusão e perspectivas de desenvolvimento da microempresa e empresa de pequeno porte no processo de compras governamentais na esfera federal. : Inclusion and prospects for development of micro and small businesses in the government procurement process at federal level. Interacoes*. 17, 3, 410-421, July 2016. ISSN: 15187012.
- DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito Administrativo*. 27. ed. - São Paulo: Atlas. 2014.
- FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *O município contratando com a micro e pequena empresa : o estatuto da micro e pequena empresa fomentando a economia dos municípios*. Brasília: SEBRAE, 2009.
- FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Lei de licitações e Contratos Administrativos e legislação complementas*. 9. ed. ampl., rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação direta sem licitação: dispensa de licitação: inexigibilidade de licitação: comentários às modalidades de licitação, inclusive o pregão: procedimentos exigidos para a regularidade da contratação direta*. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

FERREIRA, Daniel. *A licitação pública no Brasil e sua finalidade legal: a promoção do desenvolvimento nacional sustentável*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

LOBATO, Lucival Lage. *A eficiência nas leis nacionais de licitações e contratos administrativos: uma abordagem jus econômica*. 1. ed. - Curitiba, PR: CRV, 2015.

MOTTA, Carlos Pinto. *Eficácia nas licitações e contratos*. 11. ed. rev. e atual. - Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho. *Licitações e contratos administrativos*. 3ª. ed. rev. e atual. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

SCHMIDT, Flávia. *O Poder de Compras Governamental como Instrumento de Desenvolvimento Tecnológico: Análise do Caso Brasileiro*. 2014. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=21116> Acesso em: 05 nov. 2016.

SEBRAE/SP. *Pequenos Negócios em Números*. 2015. Disponível em: <<http://www.sebraesp.com.br/index.php/234-uncategorised/institucional/pesquisas-sobre-micro-e-pequenas-empresas-paulistas/micro-e-pequenas-empresas-em-numeros>> Acesso em: 08 nov. 2016.

SEBRAE NACIONAL. *Entenda as diferenças entre microempresa, pequena empresa e MEI*. 2016. Disponível em: <<https://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/artigos/entenda-as-diferencas-entre-microempresa-pequena-empresa-e-mei,03f5438af1c92410VgnVCM100000b272010aRCRD>> Acesso em 01 nov. 2016.

SEGALA, Priscila. *Aplicabilidade, nas licitações, do tratamento diferenciado conferido às micro e pequenas empresas diante das alterações trazidas pela Lei Complementar nº 147/2014*. Coluna Jurídica da Administração Pública - JML Consultoria & Colaboradores. Curitiba. 2014.

SOUZA, Jobson Monteiro. *Economia brasileira*. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2012.

TERRÃO, Cimone. *Novo estatuto da ME e EPP. Lei Complementar nº 147 de 7 de agosto de 2014. Essencialidades e Orientações*. Editora Fórum. Belo Horizonte, 2014.

TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário, volume 1*. 3. ed. - São Paulo: Atlas, 2011.

VARESCHINI, Julieta Mendes Lopes. *Licitações e Contratos no Sistema S*. Curitiba: Editora JML, 2007.