

GT SOBRE EPPs PROPOSTA PARA PROJETO DE LEI (ORDINÁRIA)

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Enquanto entidade que representa nacionalmente o setor de infraestrutura, a Associação Brasileira de Sindicatos e Associações de Classe de Infraestrutura (BRASINFRA) possui, dentre seus objetivos institucionais, aquele de zelar por condições adequadas nas contratações públicas, visando à preservação do ambiente de negócios do setor, que é de fundamental importância para o desenvolvimento nacional.

Nesse sentido, a BRASINFRA constituiu Grupos de Trabalho voltados ao estudo e à discussão de matérias que apresentam pertinência e relevância para o setor da infraestrutura, com o escopo de consolidar entendimentos e qualificar o diálogo da entidade com as instituições.

O Grupo de Trabalho sobre EPPs, especificamente, foi formado para alinhar e propor alterações na disciplina jurídica de licitações e contratações públicas afeta às Empresas de Pequeno Porte e às Microempresas, cujo estatuto de regência é a Lei Complementar nº. 123/2006.

De plano, cumpre ressaltar que o chamado Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte – o qual concretiza as diretrizes constitucionais constantes do art. 170, IX e 179 da CRFB/88 – ostenta regramento multidisciplinar, inclusive de cunho tributário.

Foi precisamente a inclusão da matéria de natureza tributária no referido diploma que impôs a sua veiculação através de lei complementar, em observância à determinação do art. 146, III da CRFB/88.

No entanto, não há dúvida de que as matérias tratadas na LC nº. 123/2006 não reservadas à lei complementar podem ser objeto de alteração por lei ordinária; tal como consta explicitamente na dicção de seu art. 86:

Art. 86. As matérias tratadas nesta Lei Complementar que não sejam reservadas constitucionalmente a lei complementar poderão ser objeto de alteração por lei ordinária.

É, claramente, o caso das regras concernentes às aquisições públicas, encartadas na Seção I do Capítulo V da LC nº. 123/2006 (artigos 42 a 49). Assim sendo, entende-se que as propostas de alteração veiculadas neste documento podem e devem ser objeto de Projeto de Lei Ordinária, inexistindo, a rigor, óbices que possam comprometer a constitucionalidade formal da iniciativa.

2. PAUTA PRIORITÁRIA

LIMITE PARA AS LICITAÇÕES QUE ADMITEM O USO DO CRITÉRIO DE DESEMPATE DO ART. 44

COMENTÁRIOS:

Como já mencionado, o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte tem matriz constitucional e existe para garantir o acesso ao mercado e a efetiva competitividade das pequenas empresas.

Para atender a esse mister no âmbito das contratações públicas, o art. 44 da LC nº. 123/2006 estabeleceu, como critério de desempate, a preferência de contratação das microempresas e pequenas de pequeno porte.

Mais do que isso, cunhou uma regra de *empate ficto*, reputando haver empate entre as propostas apresentadas mesmo quando a proposta apresentada pela microempresa ou empresa de pequeno porte for superior àquela mais bem classificada, desde que o seja em até 10% (dez por cento) – ou 5% (cinco por cento) nos casos de licitação na modalidade pregão.

A ferramenta, com efeito, é importante e eficaz para o alcance da finalidade a que se propõe, que é contribuir para o fomento das pequenas empresas.

Entretanto, ao longo dos anos a prática revelou que, não raro, os agentes do mercado se valem ou tentam se valer indevidamente desse privilégio legal, criando ou utilizando microempresas e empresas de pequeno porte como meio de alavancagem de seus negócios, de maneira espúria e incompatível com a ética que orientou o estabelecimento do benefício.

Vale ressaltar que a LC nº. 123/2006 claramente se preocupou em afastar a incidência do regime jurídico diferenciado das microempresas e empresas de pequeno porte às pessoas jurídicas que dele não necessitam efetivamente; tanto que estabeleceu inúmeras ressalvas nos incisos de seu art. 3º, §4º¹:

1 “§ 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;

O fato, porém, é que as exceções legalmente previstas não se mostraram suficientes para coibir condutas fraudulentas nas licitações.

Os exemplos, possivelmente conhecidos por todos os atores do ambiente de contratações públicas – não só, portanto, no setor da infraestrutura – são pródigos, destacando-se as ME e EPPs que participam da licitação não com genuíno interesse de realizar o seu objeto, mas sim com o escopo de adjudicá-lo e negociá-lo com o segundo colocado, bem como aquelas que atuam “de fachada”; ou seja, em benefício de outras empresas e grupos que a rigor não fariam jus ao privilégio legal.

A questão, frisa-se, é inclusive de conhecimento dos órgãos de controle. Ilustram-no diversos precedentes do Tribunal de Contas da União, que, analisando a aplicabilidade do benefício da LC nº. 123/2006 em licitações, já reconheceu a existência de fraude com base em evidências dos casos concretos.

Citam-se, exemplificativamente, os Acórdãos TCU 2978/2013 e 2992/2016 – Plenário, em que aquela Corte de Contas reconheceu a existência de fraude à licitação por haver indícios claros de que as empresas de pequeno porte que haviam participado dos certames (e se beneficiado do critério de desempate) o haviam feito a serviço de empresas ou grupos de maior porte.

Em que pesem os comportamentos fraudulentos existam e por vezes sejam identificados e coibidos, é inevitável reconhecer, do ponto de vista legal, a fragilidade do cenário atualmente existente – em que as distorções e fraudes pululam, mas apenas casuisticamente logram ser evitadas ou reprimidas.

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.”

Sugere-se, assim, a alteração da redação do *caput* do art. 44 da LC nº. 123/2006 para contemplar um critério objetivo, estabelecendo-se uma linha de corte para o uso do critério de desempate ali previsto.

A linha de corte, entende-se, deve ser o valor da licitação, a ser limitado àquele que figura como receita bruta máxima permitida no ano calendário para o enquadramento das microempresas e empresas de pequeno porte nessas categorias, nos termos do art. 3º, I e II da própria LC nº. 123/2006.

Trata-se de um critério justo e razoável se considerado o escopo da lei como um todo e do critério de desempate em particular – que é, repita-se, fomentar a viabilidade e o crescimento daquelas que verdadeiramente são pequenas empresas.

A toda evidência, não significa que as microempresas e empresas de pequeno porte fariam proibidas de participar de licitações com valores superiores, mas apenas que, nesses casos, a concorrência se daria em condições paritárias com as demais licitantes.

REDAÇÃO PROPOSTA

*Art. 44. Nas licitações **cujo valor não extrapole a receita bruta prevista no art. 3º** será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte.*

3. PAUTA COMPLEMENTAR

A) ALTERAÇÃO DA REGRA DE EMPATE FICTO (ART. 44, §1º)

COMENTÁRIOS:

Já se mencionou que, além de estabelecer a contratação das microempresas e empresas de pequeno porte como critério de desempate, o art. 44 da LC nº. 123/2006 também firmou uma regra que admite como válido um *empate artificial*.

Assim, a proposta de uma ME ou EPP é considerada empatada com aquela mais bem classificada no certame ainda que lhe seja 10% (dez por cento) superior – ou 5% (cinco por cento) nos casos de licitação na modalidade pregão.

À luz dos comentários já tecidos no item 2 deste documento, propõe-se ainda outra alteração, igualmente objetiva, com vistas ao desestímulo e à redução da ocorrência de desvios no uso desse benefício.

Trata-se de reduzir o percentual considerado para o empate ficto, uniformizando o em 5% (cinco por cento) para todas as modalidades de licitação.

REDAÇÃO PROPOSTA

Art. 44. (...)

*§ 1º Entende-se por empate aquelas situações em que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até **5% (cinco por cento)** superiores à proposta mais bem classificada.*

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

B) LIMITE À CUMULAÇÃO DE CONTRATOS PÚBLICOS (ART. 48, §4º)

COMENTÁRIOS:

Ainda considerando a realidade e as reflexões já postas neste documento, também se revela prudente e oportuno o estabelecimento de limite à cumulação de contratos públicos por microempresas e empresas de pequeno porte.

Afigura-se justo e razoável que esse limite corresponda ao dobro da receita bruta máxima permitida no ano calendário para o enquadramento das microempresas e empresas de pequeno porte em suas respectivas categorias.

Note-se que, dado o valor proposto, com isso seguramente não se comprometerá o escopo de fomento ínsito ao Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, tampouco se prejudicará os interesses das empresas que *verdadeiramente* ostentam a condição a que a lei dá guarida.

Dar-se-á, contudo, mais um passo no sentido de reduzir as distorções e as práticas corrosivas lamentavelmente verificadas no mercado das contratações públicas por conta dos benefícios – em essência bons – previstos pela LC nº. 123/2006.

REDAÇÃO PROPOSTA

Art. 48. (...)
(...)

§ 4º As microempresas e empresas de pequeno porte não poderão contrair, com os benefícios desta lei, no mesmo ano calendário, contratos cujos valores somados extrapolem o dobro da receita bruta prevista no art. 3º para o seu enquadramento, devendo o órgão ou entidade licitante exigir declaração de observância desse limite no certame.