



Leis Complementares 123/06 e 147/14: Riscos à ampla competitividade e ao negócio vantajoso

** Sérgio Ciquera Rossi*

Ninguém desconhece e também ninguém deixa de reconhecer a importância da legislação que instituiu o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte; afinal, esse regramento, com o objetivo de estimular pequenos negócios e alavancar o desenvolvimento local ou regional, criou tratamento diferenciado concedendo preferências e benefícios não só em relação às aquisições públicas, mas à redução da burocracia para sua criação e funcionamento, regime tributário diferenciado e outros aspectos que aqui não estarão em discussão.

Trata-se de leis complementares, que dispõem sobre matéria específica expressamente determinada na Constituição, no caso os artigos 170, IX e 179. Contudo, havemos de interpretá-las no contexto dos princípios constitucionais que, obviamente, não de ser preservados.

Daí entendo que as Leis em comento sobrepuseram-se às regras do artigo 37 da mesma Constituição Federal que estabelece os princípios que regem a Administração Pública, dentre eles o da igualdade, repetido em seu inciso XXI (obrigatoriedade de licitação pública nas contratações de obras, serviços, compras e alienações que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes).

Penso oportuno, portanto, lançarmos mão da hermenêutica para entender o exato sentido ou o fiel pensamento do legislador responsável pelas Leis Complementares nº 123, de 2006, e nº 147, de 2014, sobretudo quando da aplicação do disposto na Seção I – Das Aquisições Públicas, mais precisamente dos artigos 42 a 49, e em especial o inciso I do artigo 48.

Penso, mais ainda, que devemos invocar a hermenêutica restritiva ou estrita, que é aquela que “vem excluir de sua aplicação casos que, aparentemente incluídos na significação de suas palavras, contrariam seu espírito” (Plácido e Silva). Nas palavras do mesmo autor, hermenêutica “é empregada na técnica jurídica para assinalar o meio ou modo de se interpretar as leis, a fim de que se tenha delas o exato sentido ou o fiel pensamento do legislador”.

Muitos já verberaram inconstitucionalidade da LC nº 123, de 2006, enquanto outros sustentaram sua validade, escorados no inciso IX do artigo 170 e 179 da Constituição Federal. Exemplo disso é a posição do Tribunal de Contas da União, no seguinte sentido:



ARTIGO

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

Outro exemplo é o que bem resume Sidney Bittencourt, jurista e professor, especialista em licitações e contratos administrativos:

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

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

Por fim, não há como negar veracidade ao afirmado por Aline Câmara e Leonardo Ribeiro, ao apreciarem os novos rumos do tema impostos pela Lei Complementar nº 123/06, sob o prisma de sua aplicação: ‘E mais: analisando a questão sob o enfoque prático, os procedimentos licitatórios tornar-se-ão ainda mais morosos e complicados’.”



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Av. Rangel Pestana, 315 – Centro - CEP 01017-906 - São Paulo/SP-PABX: 3292-3266



ARTIGO

Bruno Santos Cunha e Renato Saeger Magalhães Costa também disseram:

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

Indiscutível, a meu ver, que o tratamento privilegiado conferido às MEs ou EPPs reduz consideravelmente o universo de participantes e, via de consequência, a possibilidade da obtenção da proposta mais vantajosa. Por isso considero de bom tamanho a redação oferecida em 2006 ao inciso I de seu artigo 48. A crítica não se refere à alteração do comando verbal que passou de poderá para deverá. O aspecto nodal é a modificação da reserva às MEs e EPPs das licitações de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) para criar procedimento licitatório com itens de contratação.

Aqui está, seguramente, norma que viola em tudo e por tudo o consagrado regime licitatório em busca da proposta mais vantajosa. Pergunto-me o que se pode esperar, em termos de competitividade, com o quanto preceituado no inciso II do artigo 49 da L.C. nº 123, de 2006 com a redação da L.C. nº 147, de 2014, verbis:

“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;”

Esse dispositivo retrata claramente a modalidade licitatória do convite no valor máximo de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) que, convenhamos, serve para pequenos negócios, próprios, portanto, das MEs e EPPs.

Essa criação de itens de contratação dentro de uma mesma licitação como se cada item fosse uma licitação independente, ou seja, várias licitações dentro de uma única licitação, facilita todo e qualquer tipo de manipulação imaginável na elaboração do edital.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Av. Rangel Pestana, 315 – Centro - CEP 01017-906 - São Paulo/SP-PABX: 3292-3266



ARTIGO

É difícil conceber uma licitação formada de itens porque, na maioria das vezes, os itens possibilitam a formação de lotes por serem quase sempre da mesma família. E admitindo-se que assim seja a interpretação, teríamos o fatiamento da despesa em itens que não superem R\$ 80.000,00, em outras palavras, um certame de R\$ 800.000,00 transformar-se-ia em 10 (dez) itens de R\$ 80.000,00.

Se isso beneficia, protege e privilegia as MEs e EPPs, de outro lado extermina a participação daquelas empresas que não tenham tal qualificação. É inegavelmente desarrazoado. Não concordo com quem afirma que “se uma aquisição exclusiva de R\$ 800.000,00 não puder ser feita privilegiando a micro ou pequena empresa, pode ser que dez lotes desse mesmo objeto atendam os propósitos aqui aventados”.

Isso desfigura a licitação, fere de morte o princípio da competitividade, além de desatender o interesse público pela possibilidade prevista na Lei de pagar mais onde poderia pagar menos.

Voltamos, então, à importância da interpretação. Não se pode entender o indigitado dispositivo em sua literalidade e sim no contexto do instituto da licitação, especialmente no tocante aos princípios que o norteiam.

Esse entendimento de que cada item é uma licitação independente dentro da licitação, apesar de vir precedido do sentido de obrigatoriedade, em verdade não significa peremptoriedade, sob pena de ensejar conflito com o artigo 49, inciso III, que estabelece inaplicabilidade quando “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”.

Evidente que o fatiamento do certame em itens destinados exclusivamente às MEs e EPPs com o benefício de crescer em até 10% do “melhor preço válido”, previsto no § 3º do mesmo artigo 48, além de não ser vantajoso, causa indubitável prejuízo à Administração.

Talvez seja prematura a sustentação definitiva desse entendimento, mas não o será quando os Tribunais de Contas – como é o caso deste Tribunal – vierem examinar in concreto certames licitatórios que tenham adotado esse viés que, a meu ver, respeitadamente, afasta-se do interesse público que nos toca preservar.

Por último, não desconheço o recente Decreto Federal regulamentador, que, a meu sentir, não tratou do assunto como deveria.

*** Sérgio Ciquera Rossi é Secretário-Diretor Geral do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (TCESP)**