



São Carlos, 17 de Janeiro de 2018

A Prefeitura Municipal de São Carlos
Setor de Licitações – Equipe de Apoio ao Pregao Presencial

Pregão Presencial 01/2018
Processo 28954/2017

Prezados Senhores

Vimos pela presente formular os questionamentos abaixo:

01) Item 9.3.7 do edital: *“As Microempresas ou empresas de pequeno porte interessadas em participar do certame não poderão usufruir dos benefícios da Lei Complementar 123/2006 em vista que pelo valor do Edital deverão se desenquadrar desta condição para execução contratual”*

Ocorre que esta disposição esta em flagrante desacordo com a legislação vigente senão vejamos:

Em 14 de dezembro de 2006, foi editada a Lei Complementar nº 123, que segundo seu artigo 1º instituiu o Estatuto Nacional da Microempresa (ME) e da Empresa de Pequeno Porte (EPP), estabelecendo normas gerais de tratamento diferenciado a ser dispensado às MEs e EPPs no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Esses privilégios conferidos às MEs e EPPs possuem acolhimento constitucional, conforme o disposto no artigo 170, inciso IX, da Constituição Federal:

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.

O legislador constituinte derivado introduziu o inciso IX ao artigo 170 da CF, por intermédio da Emenda Constitucional nº 06/1995.

Há previsão de tratamento diferenciado ainda no artigo 179, da CF 88:

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.



Definido em lei, o tratamento jurídico diferenciado, visa a incentivar as MEs e EPPs pela simplificação de suas obrigações ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei, conforme dispõe o art. 179 da Constituição Federal supracitado.

De acordo com a redação antiga do art. 47 da LC 123/2006, nas contratações públicas da União, dos Estados e dos Municípios, poderia 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.

De acordo com os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello, essas normas não eram autoaplicáveis, e precisariam ser regulamentadas em suas respectivas esferas - União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Com as alterações pela LC 147/2014, foi excluído do texto do artigo 47 a disposição "desde que previsto e regulamentado apresentadas na legislação do respectivo ente" e incluída nova orientação junto ao parágrafo único:

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. (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

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. (Incluído pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

Com a exclusão da frase "desde que previsto e regulamentado na legislação do respectivo ente", o artigo 47 da LC 123/2006, **passa a ser autoaplicável em todas as esferas**, porém com a orientação de que enquanto não sobrevier legislação estadual, municipal ou regulamento específico de cada órgão mais favorável à microempresa e à empresa de pequeno porte, que deverá ser utilizada a legislação federal.

O objetivo foi fazer com que os demais entes federados não aleguem impossibilidade de implantar as políticas por falta de legislação local.

Essa foi uma modificação significativa referente à obrigatoriedade de concessão de tratamento diferenciado para as contratações públicas, na Administração Direta e Indireta da União, Estados e Municípios.



A antiga redação do art. 47 previa que as pessoas políticas poderiam (e não deveriam) estabelecer tratamento diferenciado para promover o desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, devendo, para tanto, elaborar legislação própria.

Com a nova redação, há a disposição de que 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.

Em suma, entendemos que essa obrigação acabou ocorrendo, pois, como anteriormente havia para a Administração apenas uma faculdade de propiciar as políticas de tratamento diferenciado do art. 48, muitos entes federados acabaram por não efetuar a legislação a respeito e, conseqüentemente, não puseram em prática essas políticas de incentivo.

Corroborando com esse entendimento, elencamos abaixo as hipóteses em que não serão concedidos os benefícios relativos a Lei 123/2006:

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.

Note-se que o legislador teve por objetivo afastar tentativas dissimuladas de empresas na fruição das benesses concedidas pela Lei 123/2006, eis que este regime benéfico destina-se a assegurar o tratamento diferenciado às empresas que efetivamente façam jus a ele.

Desta maneira, não pode prosperar a justificativa disposta na edital em questão que afirma que a não observância ao direito de preferência decorre do valor do edital, hipótese essa que não conta com qualquer respaldo legal.

Com desenvoltura, o jurista Marçal Justen Filho versa:

“Portanto, o benefício reside na apresentação de perfeita e completa regularidade fiscal **no momento da abertura ou de julgamento do certame** (Grifo nosso). Em outras palavras, o benefício outorgado às pequenas empresas, no âmbito da habilitação, está sintetizado no parágrafo 1º do art. 43: trata-se da faculdade de regularização dos defeitos existentes e comprovados nos documentos de regularidade fiscal apresentados na oportunidade devida pela pequena empresa.

“A rejeição da Administração apenas pode ser adotada se evidenciada a ausência de conduta adequada e satisfatória por parte do interessado.” (Marçal Justen Filho. O Estatuto da Microempresa e as Licitações Públicas. 2ª ed. Dialética. São Paulo, 2007. pág. 77)

Desta maneira, estando a empresa enquadrada com “ME” ou “EPP” no dia da abertura das propostas, não resta outra alternativa a administração pública senão cumprir a legislação vigente e conceder os benefícios da Lei Complementar 123/2006.

2) No caso de varrição, capinação, roçagem, etc em que serão gerados resíduos, o local para disposição dos mesmos será indiciado e seu eventual custo suportado pela prefeitura municipal de São Carlos? Ou o licitante deverá indicar antecipadamente o local que serão dispostos esses resíduos? Nesta hipótese, o custo desse descarte será por conta do licitante? O local deverá apresentar algum tipo de licença ou requisitos específicos?

Sendo o que temos para o momento, agradecemos antecipadamente a atenção e ficamos a disposição.

Cordialmente

Gustavo de Azevedo

OAB 221.990

(16) 3201.1850 / (16) 9.81219171