

**SUBSÍDIOS PARA O ESTABELECIMENTO DE
POLÍTICAS DE ACESSO DAS MPES
ÀS COMPRAS GOVERNAMENTAIS**

ORDEM DE SERVIÇOS Nº 414/2003

**ELABORAÇÃO: Patrícia Marrone (Consultrend Consultoria Econômica)
Wanderley Fernandes (Barros Pimentel Advogados)**



Conselho Deliberativo do SEBRAE-SP

Presidente

Dr. Alencar Burti

Diretor Superintendente do SEBRAE-SP

Dr. José Luiz Ricca

Diretores Operacionais

Dr. Carlos Roberto Pinto Monteiro
Dr. Carlos Eduardo Uchôa Fagundes

Gerentes-Executivos

André Gustavo C. De Melo
Regina Maria Borges Bartolomei
Waldir Catanzaro

Assessoria de Políticas Públicas e Sociais

Coordenação

Silvério Crestana

Equipe Técnica

Júlio César Durante
Dulce Rezende

Patrícia Marrone (Consultrend - Consultoria Associados)
Wanderley Fernandes (Barros Pimentel Alcantara Gil Fernandes e Vargas Advogados)

ÍNDICE

	Página
I- INTRODUÇÃO	3
II- ANÁLISE ECONÔMICA	4
A. EUROPA	4
B. ESTADOS UNIDOS	8
C. BRASIL	23
III- ANÁLISE JURÍDICA	23
A. CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA	24
B. LEGISLAÇÃO PERTINENTE	25
C. O NOVO CÓDIGO CIVIL	32
D. LEI DE LICITAÇÕES	33
E. O PREGÃO	35
F. LEGISLAÇÕES ESTADUAIS EM MATÉRIA DE COMPRAS DO GOVERNO	35
G. LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA	37
IV- CONCLUSÕES E RECOMENDAÇÕES	39
V- BIBLIOGRAFIA	42

ANÁLISE DAS LEGISLAÇÕES E POLÍTICAS NACIONAL E INTERNACIONAL DE ACESSO DAS PMEs ÀS COMPRAS GOVERNAMENTAIS E RECOMENDAÇÕES PARA O POSICIONAMENTO DO SEBRAE SP VISANDO À INCLUSÃO DAS MPES NESSE MERCADO

I - INTRODUÇÃO

O presente trabalho teve como objetivos analisar, as políticas nacional e internacional de acesso das pequenas e microempresas às compras governamentais e assessorar a Gerência de Políticas Públicas e Sociais do SEBRAE-SP no posicionamento da entidade perante as mesmas políticas em curso, no âmbito dos governos Federal e do Estado de São Paulo.

Para alcançar os objetivos descritos acima, o tema foi estudado sob a perspectiva econômica e sob a perspectiva jurídica.

A análise econômica pesquisou as políticas nacionais e internacionais de acesso das MPes às Compras Governamentais.

Efetuu-se a análise das políticas econômicas internacionais de acesso às compras governamentais de micro e pequenas empresas a partir da revisão das experiências recentes dos Estados Unidos e da União Européia. Buscou-se também as informações sobre a política nacional de compras governamentais para as micro e pequenas empresas em curso, a partir da análise dos documentos já elaborados pelo SEBRAE-SP sobre a questão..

A análise sob a perspectiva jurídica foi desenvolvida a partir da revisão da legislação nacional e internacional relativa ao acesso das MPes a compras governamentais.

Nesse sentido, efetuou-se a análise da legislação norte americana de acesso às compras governamentais de micro e pequenas empresas, descrita no Small Business Act dos Estados Unidos.

À luz da experiência estrangeira, verificou-se os mecanismos contratuais existentes nas leis federal nacional e nas leis estaduais, visando propor recomendações no sentido de ampliar o acesso das micro e pequenas empresas às compras governamentais bem como de promover a simplificação dos procedimentos de formalização dos contratos de compras governamentais junto às mesmas.

I - ANÁLISE ECONÔMICA

A.EUROPA

A Política de Acesso das Pequenas e Médias Empresas às Compras Públicas no Contexto da Política Industrial Comum¹

De acordo com estimativas recentes, a soma dos contratos de compras públicas na União Européia monta em muitos milhares de bilhões de Euros anualmente e representam algo em torno de 14% do PIB europeu.

A política de compras públicas, em caráter geral, e a de acesso às MPEs às compras públicas, em caráter específico, na União Européia, devem ser compreendidos no âmbito do contexto geral da política industrial da Comunidade Européia.

Nesse sentido, a política relativa ao mercado de compras públicas é motivada para atingir vários objetivos importantes no contexto da política industrial europeia:

- Criar condições para a competição justa e transparente, permitindo que os fornecedores captem todos os benefícios provenientes do mercado único;
- Permitir às autoridades contratantes, que façam a livre escolha a partir de uma ampla gama de opções mais numerosa e competitiva;
- Ampliar a competitividade das empresas Europeias.

Assim, uma das iniciativas para ampliar o mercado único europeu é a abertura do mercado de compras públicas. Para tanto, política europeia em contratos de compras públicas objetiva criar condições de competição justa e aberta e, ao fazê-lo, ampliar a competitividade das empresas europeias.

Já há alguns anos a Comissão Européia tem dado especial atenção ao acesso e à participação das MPEs no mercado de compras públicas. A Comissão tem ampliado a participação das MPEs com vistas a fortalecer a sua competitividade e permitir que contribuam mais para o crescimento, emprego e competitividade da economia europeia.

¹ Para obter uma visão completa sobre a Política Industrial Européia, sugerimos ao leitor consultar: "POLÍTICAS INDUSTRIAIS PARA A IMPLEMENTAÇÃO E SUSTENTAÇÃO DE ACORDOS REGIONAIS DE COMÉRCIO NA EUROPA" IN **ABIMAQ, Marrone, Patrícia, Análise das Perspectivas e Recomendação de Políticas a 20 Segmentos do Setor de Máquinas e Equipamentos à Luz da ALCA, Capítulo 2**

Esforços para a Ampliação do Acesso das Pequenas Empresas às Compras Públicas na Europa

A legislação comunitária estipula que projetos acima de determinado tamanho, contratados por administrações e por entes públicos locais europeus, têm que ser abertos ao público de forma que, em princípio, todas as empresas intra-área, incluindo as MPEs, possam concorrer a tais projetos.

O Livro Verde das compras públicas na União Européia, publicado em novembro de 1996, sugeriu algumas medidas para ampliar a participação das MPEs no mercado de compras públicas:

- Monitorando a aplicação das regras nos Estados- Membro;
- Ampliando o acesso à informação sobre compras públicas e contratos;
- Treinando os funcionários dos órgãos de governo no uso e implementação da política de compras públicas definida; e
- Disseminando a informação sobre as notificações por meio eletrônico.

Seguindo as reações e discussões geradas a partir do Livro Verde, a Comissão designou MPEs. Medidas foram implementadas para melhorar a legislação, para esclarecer as regras para as compras públicas e para publicar as notificações em CD-ROM e pela Internet.

O esclarecimento sobre as regras para compras públicas foi solucionado e a publicação eletrônica das notificações e das informações sobre compras públicas foram implementados com sucesso, como se pode atestar a partir do "Ted" (Tenders electronic daily).

Entretanto, MPEs européias e, em particular as pequenas parecem ainda se defrontar com as maiores desvantagens no acesso a contratos públicos. E, como a Lei de Competição européia, não fornece suporte direto ao acesso das MPEs aos contratos públicos, a Comissão decidiu que novos instrumentos de política têm que ser desenvolvidos, visando ampliar o foco na redução dos obstáculos para as MPEs no mercado de compras públicas.

Dificuldades encontradas pelas MPEs

Estudos recentes mostraram os obstáculos para o acesso das MPEs ao Mercado de compras públicas.

No Sexto Relatório do Observatório Europeu para as MPEs (datado de 2000), um Capítulo² foi incluído sobre esse tema. O Capítulo identificou as seguintes barreiras encontradas pelas MPEs:

² (o Capítulo 2)

- Dificuldades na obtenção de informações;
- Falta de conhecimento a respeito de procedimentos de licitação;
- O grande tamanho dos contratos;
- Espaço curto de tempo para a preparação da proposta;
- Custo da preparação da proposta (já que muitos custos são fixos - as MPEs se deparam com custos desproporcionalmente grandes, em comparação com as empresas maiores);
- Gastos administrativos excessivamente elevados;
- Terminologia pouco clara nas propostas;
- Exigências de níveis elevados de qualificação e de certificação;
- Exigências de garantias financeiras;
- Discriminação contra competidores estrangeiros favorecendo empresas locais e nacionais ;
- Dificuldades em encontrar parceiros no exterior para colaborar na oferta.

Os estudos revelaram ainda que apenas um terço das MPEs tomam conhecimento dos procedimentos necessários para participar de procedimentos de compras públicas e muitos empreendedores argumentam ser muito difícil obter a informação adequada a tempo.

A maior parte das MPEs, entretanto, que tentaram participar das concorrências europeias, objetivaram ser o principal contratado (ao invés de participar na qualidade de subcontratado, papel esse que naturalmente serviria melhor para as empresas de menor tamanho).

Adicionalmente, o Capítulo 2 do Sexto Observatório Europeu para as MPEs, revela que há diferenças consideráveis nos tratamentos à participação das MPEs no mercado de compras públicas entre os países da EU. Na Suécia, Itália e Portugal a percentagem de MPEs que buscam participar nos processos europeus de compras públicas é menor que 10%, enquanto na França, 45% das MPEs tentam participar desses processos. Na Bélgica e em Luxemburgo, aproximadamente um terço das MPEs procuram participar.

Finalmente, o relatório salientou que as MPEs representam 99.8% do número total de empresas na Europa e que entretanto apenas de 2 a 3 % das mesmas participaram de ofertas públicas durante o período 1997-2000, concluindo que a participação das MPEs nos processo de compras públicas não reflete a sua importância econômica.

Os atores políticos representativos das MPEs reconheceram a importância e abrangência do problema mas não houve, naquele momento, consenso quanto às medidas a serem adotadas visando ampliar a participação das MPEs nos referidos processos.

A Necessidade da Contratação de Novo Estudo, seus Objetivos e Atividades

Para desenvolver uma política abrangente capaz de ampliar tal acesso, a União Européia contratou recentemente um novo estudo que objetivará mensurar sistematicamente o acesso das empresas aos contratos de compras públicas em escala européia e assim instrumentalizar a Comissão Européia e os seus Estados Membro para identificar os fatores de sucesso, bem como definir as ações necessárias para ampliar a participação das MPEs nas compras públicas.

Como resultado da licitação ENTR/02/01 publicada no Diário Oficial das Comunidades Européias (S/2002 82-063588 of 26/04/2002), a empresa EIM Business and Policy Research - Company, da Holanda, foi selecionada para elaborar tal estudo, ao custo de 11/12/2002 e possui a duração de 12 meses. A reunião de contratação ocorreu no início de Janeiro de 2003.

No estudo, serão vistas questões como: a participação bem sucedida de MPEs nas concorrências, e a atualização, investigação e explicação das informações a respeito das diferenças em participação das MPEs entre os países da UE.

Desta forma, o estudo terá como objetivos:

Medir sistematicamente o acesso das empresas a contratos de compras públicas em escala européia .

Especificar os fatores de sucesso, bem como as ações a serem implementadas para ampliar o acesso da participação das MPEs em contratos de compras públicas.

Identificar boas práticas capazes de serem compartilhadas e melhoradas pelos Estados Membro.

Propor procedimentos possíveis e ou instrumentos que possibilitem mensurar o desenvolvimento e impacto dos instrumentos a serem desenhados para promover a participação das MPEs nos contratos de compras públicas.

Todas essas ações deverão promover uma maior abertura do Mercado de compras públicas às MPEs.

Serão investigadas questões como:

Tamanho e natureza dos contratos

O fornecimento de informações para as empresas

Procedimentos administrativos e exigências

Garantias, custos e prazos de pagamentos

Análise custo/benefício da preparação da concorrência

Tamanho e nível de preparo das empresas

Atividades a serem implementadas:

Criação e desenvolvimento de um banco de dados para acompanhamento estatístico;
Análise estatística;
Desenvolvimento de um relatório qualitativo contendo as análises e o estabelecimento de um panorama comparativo das situações nacionais;
Proposição de indicadores de desempenho com o objetivo de mensurar a evolução da participação das MPEs nos contratos de compras públicas;
Produção de dois (um instrutivo e outro de fácil uso) guias sobre boas práticas. Um será entregue às autoridades e o outro às MPEs.

Listamos a seguir os documentos sobre a questão gerados pela União Europeia, anteriores ao estudo citado, que está em fase de conclusão:

Multiannual programme for enterprise and entrepreneurship, and in particular for small and medium-sized enterprises (SMEs) 2001-2005;
European Commission – 6th Observatory Report – Brussels, 2000. 12 6th Report of the European Observatory for SMEs, Brussels 2000 p.111.
Lisbon European Council – 23/24 March 2000.
European Charter for Small Businesses – 19/20 June 2000;
European Commission “Proposal for a directive on the co-ordination of procedures for the award of public supply contracts, public service contracts and public works contracts COM(2000) 275 final.
European Commission “Public procurement in the EU” COM(1998) 143 final
European Commission “Green Paper and Report on public procurement – 27 November 1996 COM(1996) 583 final and November 1997.
Study “SME’s access to public procurement” 1991.

B. ESTADOS UNIDOS

Os Programas de Acesso das MPEs às Compras Governamentais nos Estados Unidos

Nos termos da legislação norte-americana, a pequena empresa é a empresa não dominante no mercado do bem objeto de licitação e definida segundo critérios de faturamento e números de funcionários em função do ramo de atividade em que atua.

A empresa é considerada não dominante em seu setor quando não exerce controle ou influência no mercado, em dimensões nacionais, conforme os indicadores: volume de vendas, número de empregados, recursos financeiros, propriedade ou controle de materiais, processo, patentes, instalações, território de vendas e natureza da atividade que desenvolve.

As definições setoriais de pequena empresa industrial utilizam como critério o número de empregados, variando de 500 a 1000, conforme o ramo industrial, com predominância do limite inferior.

Há também a definição específica para a microempresa (*very small business concern*) que adota, junto com critérios de número de empregados e receita anual e especificação geográfica, a saber: i) a empresa deve ter até 15 empregados e receita média anual não excedente a U\$S 1 milhão e; ii) suas instalações operacionais devem estar localizadas em área geográfica servida por um escritório da *Small Business Administration*.

Descreveremos a seguir alguns instrumentos adotados pelos governos federal e por alguns Estados norte-americanos visando ampliar o acesso das PMEs daquele país às compras públicas governamentais.

No âmbito da agência governamental norte-americana de administração dos Pequenos Negócios, *Small Business Administration - SBA*, existem quatro principais programas de assistência às compras governamentais das pequenas empresas³: o de assistência às MPEs na contratação direta; assistência na subcontratação; assistência à comercialização de bens do Governo e o programa de certificação de competência. O objetivo amplo dos programas é auxiliar as pequenas empresas a obter uma parcela dos contratos, subcontratos e vendas de bens do Governo Federal.

Aspectos Gerais ⁴

Nas licitações, o tamanho da empresa é especificado no aviso de licitação, de forma que o interessado possa se classificar como pequena empresa (FAR 19.102). Se diferentes produtos ou serviços são licitados, o aviso identificará o tamanho da pequena empresa para cada produto ou serviço.

A política de preferência se aplica, objetivamente, com a determinação de que as aquisições de bens ou serviços de valor entre US\$ 2.500 e US\$ 100.000 (*simplified acquisition threshold*) devem ser “automaticamente reservadas” exclusivamente para empresas de pequeno porte” (*small business set aside* – FAR 19.501). Essa determinação será aplicada sempre que for constatada a expectativa de se obterem ofertas de pelo menos duas empresas de pequeno porte, competitivas em termos de preços de mercado, qualidade e capacidade de entrega. Esta é a chamada “regra de dois” para a adoção de preferências às pequenas empresas.

Deve-se destacar que, ainda que se tenha em conta essa regra, um contrato poderá ser adjudicado a um único ofertante, se o mesmo apresentar condições de

³ Capítulo I - GOVERNMENT CONTRACTING PROGRAMS

⁴ Extraído de IPEA, 1992, págs 90-93

atendimento do pedido de forma responsável. Se essas condições não se concretizarem, a licitação será aberta a empresas de qualquer porte.

Para encorajar a participação das empresas de pequeno porte nas licitações, além da adoção de procedimentos simplificados nas aquisições de valor até US\$ 100.000, a legislação sugere as seguintes ações, quando aplicáveis:

- a) dividir as aquisições de bens e serviços (exceto construção) em pequenos lotes, para permitir ofertas em quantidades menores que a compra total;
- b) planejar aquisições de forma que, se exequível, mais de uma pequena empresa possa atender o pedido;
- c) programar as entregas de maneira realista para as empresas de pequeno porte;
- d) encorajar os fornecedores a subcontratar empresas de pequeno porte;
- e) enviar uma cópia dos documentos referentes às aquisições propostas para a Small Business Administration – SBA – pelo menos 30 dias antes do aviso de licitação, quando a aquisição for de valor que indique ser improvável a participação de pequenas empresas; e
- f) incentivar a participação de novas pequenas empresas por meio de inclusão de todos os potenciais fornecedores desse porte em suas mailing lists, especialmente aqueles localizados em áreas com excedente de mão-de-obra, e por meio de contatos com a Small Business Administration (FAR 19.202-1).

Qualquer aquisição de valor acima de US\$ 100.000 poderá ainda ser reservada para pequenas empresas, desde que haja “expectativa razoável”, de que serão obtidas ofertas de pelo menos duas pequenas empresas produtoras ou de empresas que comercializam bens produzidos por pequenas empresas a preços justos de mercado (FAR 19.502-2 (b)).

Em se tratando de aquisições de maior vulto, com incapacidade de fornecimento integral por pequenas empresas, uma parte das aquisições poderá ser destinada para participação exclusiva de pequenas empresas (FAR 19.502-3).

A prioridade nas aquisições de pequenas empresas é, ainda, orientada mediante determinação de que os órgãos proporcionem “máximas oportunidades de participação” a empresas de propriedade de determinados grupos sociais, considerados em posição de desvantagem econômica ou social nos Estados Unidos.

A esses grupos sociais, conforme as categorias seguintes, são direcionados programas de apoio específicos de compras governamentais:

- a) empresas de pequeno porte de propriedade de veteranos de guerra;

- b) empresas de pequeno porte de propriedade de veteranos de guerra incapacitados;
- c) empresas de pequeno porte localizadas em regiões classificadas como HUBZone – Historically Underutilized Business Zone (compreende determinadas áreas geográficas, de baixo desenvolvimento, além de municípios selecionados não metropolitanos e terras situadas nas fronteiras de reservas indígenas);⁵
- d) empresas de pequeno porte de propriedade de grupos considerados em desvantagem econômica ou social, como: negros, hispânicos, nativos americanos e tribos indígenas, americanos de origem asiática do Pacífico, e de organizações nativas havaianas, sem excluir outros grupos em situação de desvantagem;⁶e
- e) empresas de pequeno porte de propriedade de mulheres.

Ainda como aspecto importante da política de preferência, o *Small Business Act* requer que todas as agências autorizadas a realizar licitações mantenham um setor específico de apoio a pequenas empresas e a empresas em situação de desvantagem, denominado *Office of Small and Disadvantaged Business Utilization*, dirigido por funcionário especializado, com o cargo de diretor, com funções, entre outras, de facilitar a participação dessas empresas nas licitações, trabalhando em estreita colaboração com a *Small Business Administration – SBA*.

Além disso, os departamentos civis e militares e as empresas públicas devem avaliar a participação das pequenas empresas em seus programas, medindo de forma acurada como cada categoria de pequena empresa toma parte nas aquisições governamentais, com relação ao valor total dos contratos adjudicados durante cada ano fiscal, e encaminhar as informações para a SBA (FAR 19.201d).

Nas aquisições de valor acima de US\$ 100.000, a determinação de se separar uma aquisição (*set aside*) exclusivamente para pequenas empresas classificadas como *HUBZone small business* (localizadas em áreas de menor desenvolvimento nos Estados Unidos) adquire prioridade em relação à preferência para pequenas empresas em geral, independentemente do local de cumprimento do contrato (FAR 19.1303).

A política de preferências abrange também as pequenas empresas comerciais. É considerada pequena empresa comercial a que possui até 500 empregados, devendo fornecer ao órgão adquirente de produtos finais produzidos ou manufaturados nos Estados Unidos por empresa de pequeno porte. Não havendo fabricante de pequeno porte para determinado bem, poderá ser concedida suspensão da exigência de fornecimento de bem produzido por empresa de

⁵ O HUBZone Program foi criado para proporcionar, nas contratações federais, assistência para pequenas empresas localizadas em áreas economicamente deprimidas, incentivando o crescimento do emprego e do investimento nessas áreas (FAR 19.1301).

⁶ Para ser elegível ao recebimento de um contrato com base na situação de empresa em desvantagem, a firma precisa estar certificada como small disadvantaged business pela SBA.

pequeno porte até o limite de US\$ 25.000, permitindo-se, então, à pequena empresa comercial vencedora da licitação, o fornecimento de “produto de empresa doméstica”, manufaturado por empresa estadunidense de qualquer tamanho (FAR 19.502-2 c).⁷

Numerosas agências federais, estaduais e locais estão preparadas para auxiliar pequenas empresas para os órgãos de governo norte americano, para a força aérea e para o departamento de defesa.

Outra maneira sugerida para que as MPEs vendam ao governo é a de se tornar subcontratado de grandes fornecedores. As listagens dessas empresas são apresentadas de forma transparente no *website* de cada ente público.

Programa de Assistência na Contratação Direta

Esse programa contribui para que as MPEs tenham acesso a todos os contratos, contratos de vendas de bens do Governo Federal que atendam ao interesse público como: a manutenção ou a mobilização da plena capacidade produtiva nacional; programas de guerra ou de defesa nacional; acesso a uma parcela justa de todos contratos de compra de bens, serviços e construção do Governo, em cada setor de atividade.

O SBA possui representantes em centros de compras ou *Procurement⁸ Center Representatives - PCR* geralmente localizados nas agências federais e centrais de compras onde são administrados os principais programas de compras públicas. Os PCRs verificam a participação das MPEs nos processos de aquisição e determinam se em cada caso, uma parcela deva ser conferida às MPEs.

Uma atividade de compras deve conter uma estratégia de compras referida ao PCR, na qual esteja incluída a proporção das compras que estará reservada à participação das MPEs ou, uma justificativa, quando houver a necessidade de reunir vários contratos em um só (e assim reduzindo a possibilidade de participação de MPEs).

Além da função de promover a reserva de ofertas, os PCRs irão identificar pequenas empresas que sejam capazes de atender às demandas, incluindo a reunião de grupos de pequenas empresas que sejam capazes de atender a contratos conjugados e a grandes contratos.

⁷ A garantia da origem nacional do produto é, ainda, reforçada pela definição de que “o produtor do bem que está sendo adquirido é a empresa que, com suas próprias forças, transforma substâncias orgânicas e inorgânicas, incluindo matérias-primas e/ou partes ou componentes variados no produto final referido” (FAR 19.102 F).

⁸ O termo *procurement* compreende “todas as etapas de aquisição de bens ou serviços, começando com a determinação da necessidade da aquisição e terminando com a adjudicação do contrato ao vencedor da licitação e sua liquidação” IPEA, texto para a Discussão 930, dez 2002 pag 82

Nos casos em que o PCR julgue que determinado processo de compras torne improvável o acesso a MPEs, ou que julgue improcedente ou desnecessário o requerimento de unificação de vários contratos, o PCR irá recomendar um novo procedimento de aquisição que amplie a possibilidade de participação de MPEs no referido processo.

Tais alternativas poderão incluir: o fracionamento do requerimento de compra em pequenas compras individuais; o fracionamento de um ou mais componentes do contrato, onde caiba a participação de pequenas empresas; e a reserva de tarefas cabíveis para MPEs em determinado contrato de compras.

Quando a unificação de contratos é considerada, de fato, necessária e justificada, o PCR irá trabalhar junto com a agência de compras para desenhar uma estratégia que preserve, o máximo possível, a possibilidade de participação direta da MPE.

O PCR irá também procurar garantir a maximização da participação das MPEs através da geração de oportunidades de participação como subcontratadas ou como fornecedoras. Tal atividade poderá incluir o desenvolvimento de ações como: a recomendação de que o contrato explicita objetivos de subcontratação de pequenas empresas a serem cumpridos pelo vencedor da licitação; sugerindo que os objetivos de subcontratação de MPEs explicitados, sejam baseados em termos da proporção dos recursos gerados pelo contrato principal.

Nos casos em que houver desacordo entre o PCR e o escritório da agência governamental contratante, a respeito da propriedade de determinada regra estabelecida para a inclusão da MPE em determinado processo de aquisição, o PCR deve solicitar uma apelação à direção da agência contratante⁹.

Para as empresas de pequeno porte pertencentes a grupos em desvantagem, são estabelecidos mecanismos especiais de preferência nas compras, cabendo destacar:

- a) a participação dessas empresas nos contratos das empresas vencedoras, nas licitações negociadas, de valor superior a US\$ 500 mil, sob as formas de subcontratação, parcerias ou *joint ventures*, conforme exigências de atendimento de metas em percentual ou em dólar, estabelecidas nos avisos de licitação – FAR 19.1202); e
- b) os incentivos financeiros para a subcontratação, com a concessão de subsídios ao fornecedor principal, correspondentes a até 10 % do valor que superar a meta de subcontratação, estipulada em cada contrato (FAR 52.219-26).

! "#

\$!

Separação de Contratos

Nos processos de participação das pequenas empresas o Small Business Act requer que cada agência federal promova a participação de pequenas empresas enquanto principal contratado, subcontratado, ou fornecedor nas diversas oportunidades de contratação disponibilizadas pelo Governo Federal.

Para cumprir com tal requisito os planejadores de compras das agências federais devem: (i) Estruturar requerimentos de compra que facilitem a competição de pequenas empresas, incluindo as pequenas que estejam em situação de desvantagem e as que sejam de propriedade de mulheres; e (ii) Evitar a unificação desnecessária e não justificada de requerimentos de contratação que iniba ou exclua a participação de pequenas empresas enquanto principais contratados.

Unificação de Contratos

O termo reunião ou unificação de contratos se refere à consolidação de dois ou mais requerimentos de compra para bens e serviços, anteriormente desenvolvidos a partir de contratos menores individuais.

Isso pode ser feito a partir de uma solicitação de ofertas para um contrato único cujas características não sejam adequadas para a participação de MPEs devido a: (A) Diversidade do tamanho e características especializadas do desempenho requerido; (B) O elevado valor necessário para a participação no processo de licitação; (C) A elevada dispersão geográfica dos locais de entrega dos produtos ou prestação dos serviços; ou (D) Qualquer combinação desses aspectos.

A redução de custos administrativos, isoladamente, não deve ser considerada um motivo para a unificação de contratos a menos que as reduções de custos de pessoal sejam substanciais (iguais ou superiores a 10% do valor do contrato).

Portanto, uma estratégia de unificação de contratos deve conter justificativas para o seu uso e para os impedimentos específicos da participação da pequena empresa na qualidade de contratado direto que resultarão de tal unificação. Além disso, devem ser propostas ações para maximizar a participação das MPEs no contrato conjugado, seja através da formação de consórcios de pequenas empresas, para que sejam capazes de atender às novas exigências, seja através da abertura de possibilidades de subcontratação das mesmas.

Antes de proceder a uma estratégia de compras, que possa levar à conclusão sobre a necessidade de unificação de contratos, uma agência de compras deve conduzir a uma pesquisa de mercado para determinar se a unificação dos contratos em questão é requerida e justificada.

Durante a fase de pesquisa de mercado, a equipe de compras da agência governamental deve consultar o PCR (ou no caso da não existência de um PCR naquela agência, deve consultar o escritório da Small Business Administration que serve à área onde a atividade de compras ocorrerá) .

Quando um contrato estiver sendo unificado, é exigido que as pequenas empresas que estavam participando daqueles processos separadamente sejam comunicadas pela agência de compras no mínimo 30 dias antes da emissão da solicitação quanto à intenção de unificação

A agência de compras deve, ao mesmo tempo, fornecer à pequena empresa o nome, número de telefone, e endereço do PCR que está encarregado de acompanhar aquele processo (ou da SBA da área).

Como já mencionamos, a determinação do requerimento de unificação é considerada necessária e justificada, quando são comprovados os benefícios a partir da comparação entre as duas situações: compras isoladas e compras unificadas. Tal comprovação deve ser anexada ao requerimento de unificação.

Nesse caso, substanciais benefícios devem ser comprovados e quantificados, tais como economia de custos, redução de preços, melhorias em qualidade que economizarão tempo ou ampliarão o desempenho ou a eficiência, redução nos ciclos de aquisição, melhores termos e condições nos contratos, ou outros benefícios que em combinação ou no agregado, gerem: (A) Benefícios de 10% do valor dos contratos quando o valor for de US\$75 milhões ou menos; ou(B) Benefícios equivalentes a 5% do valor do contrato ou US\$7.5 milhões, o que for maior, quando o contrato exceder a soma de US\$75 milhões .

Programa de Assistência para a Subcontratação

O propósito do programa de assistência à subcontratação é atingir a máxima utilização de pequenas empresas por parte do maior número possível de (grandes) empresas que tenham sido nomeadas como contratadas diretas de processos de licitação.

Assim, todo o fornecedor de bens e serviços para o governo com contratos de valor superior a US\$ 100.000 deverá conceder “a oportunidade máxima possível” para que pequenas empresas participem do fornecimento.

No caso de contratos superiores a US\$ 500.000 (ou US\$ 1.000.000 para construção), e desde que haja possibilidades de subcontratações, o *Small Business Act* determina que o fornecedor apresente um “plano de subcontratação” de pequenas empresas. A não apresentação desqualifica-o para assinar o contrato com o governo.

Para o fornecimento de bens e serviços, o “plano de subcontratação” deve apresentar as seguintes metas ou informações:

metas percentuais para empresas de pequeno porte, empresas de pequeno porte de propriedade de veteranos de guerra, de propriedade de veteranos de guerra incapacitados; empresas de pequeno porte localizadas em regiões classificadas como *HUBZone*; empresas de pequeno porte em situação de desvantagem; e empresas de pequeno porte de propriedade de mulheres;

declarações sobre o valor total planejado em subcontratações e o valor a ser destinado às categorias de pequenas empresas citadas;

descrição dos principais bens e serviços a serem subcontratados com as empresas;

descrição dos métodos utilizados para a implementação dos planos de subcontratação e para a identificação de potenciais fornecedores;

descrição do método usado para determinar a divisão de custos indiretos com as empresas de pequeno porte;

nome do encarregado de administrar as subcontratações;

descrição dos esforços realizados para assegurar que as pequenas empresas tenham oportunidades de competir pelas subcontratações;

inclusão da cláusula de Aproveitamento de Pequenas Empresas (FAR 52.219-8) em todos os subcontratos que ofereçam subcontratações adicionais, além de garantia de que todos os subcontratados que não sejam pequenas empresas adotem também plano de subcontratação com pequenas empresas (FAR 19.704).

Antes da publicação do aviso de licitação, o plano de subcontratação deve ser submetido à SBA e, após a adjudicação do contrato, cópias dos documentos são remetidos àquela agência, que poderá proceder à avaliação do cumprimento do contrato (FAR 19.707). Se comprovada a impossibilidade de subcontratação, prevê-se que a aprovação da dispensa da exigência, seja efetuada por funcionário em nível hierárquico superior ao do funcionário responsável pela licitação. O plano de subcontratação não é exigido de pequenas empresas e nas aquisições realizadas fora dos Estados Unidos.

Para estimular as subcontratações de MPEs, está prevista a concessão de incentivos (*monetary incentives*), tais como os pagamentos baseados no cumprimento da subcontratação acima das metas estabelecidas (*Incentive Subcontracting Program* – FAR 19.708,c,1 e 52.219-10).

O não cumprimento do plano de subcontratação implica o pagamento de “multa” equivalente ao valor da subcontratação não cumprida (FAR 19.705-7).¹⁰

¹⁰ ipea texto para discussão | 930 | dez 2002 pagina 93 - 5.5.3 Subcontratação de Pequenas Empresas

Os Representantes Comerciais da SBA (Commercial Market Representatives - CMRs) facilitam o processo de aproximação entre os contratados diretos (não pequenos) e as pequenas empresas, pequenas em desvantagem, e empresas da região da HUBZone. Os CMRs identificam, desenvolvem e apresentam essas pequenas empresas aos contratados diretos e auxiliam as pequenas na obtenção dos subcontratos.

Cada CMR possui um *portfolio* de contratados diretos e faz revisões periódicas dessas listas e das necessidades de suprimentos manifestadas por essas empresas.

Os CMRs são também incumbidos de desenvolver oportunidades e identificar novas fontes para as contratadas diretas. O desenvolvimento de oportunidades ocorre através da verificação das necessidades correntes e futuras dessas empresas.

A identificação das fontes envolve a análise das empresas pequenas, pequenas em desvantagem e da HUBZone que poderão atender às necessidades geradas a partir do processo de desenvolvimento de oportunidades [61 FR 3312, Jan. 31, 1996; 61 FR 7986, Mar. 1, 1996, as amended at 63 FR 31908, June 11, 1998].

Programa de Assistência à Comercialização de Bens do Governo

O propósito do programa de assistência à comercialização de bens do SBA do Governo norte americano é garantir que as pequenas empresas obtenham uma parcela justa do acesso à comercialização de bens do Governo e auxiliar pequenas empresas a terem acesso aos bens federais à disposição para venda ou locação.

A assistência consiste em duas atividades: reservar mercado para pequenas empresas e fornecer aconselhamento e assistência para as pequenas empresas em todos os assuntos relativos à venda ou locação de bens do Governo.

O programa cobre as seguintes categorias de bens governamentais:

- (1) Vendas de produtos relacionados ao reflorestamento;
- (2) Vendas de material estratégico do estoque nacional;
- (3) Vendas de petróleo pelo Serviço de Administração Mineral do Departamento do Interior;
- (4) Aluguéis que envolvam direitos relacionados a minerais, petróleo, carvão e vegetação.

A SBA estabelece os padrões específicos a serem considerados como pequenas empresas, para a comercialização de cada categoria de propriedade do Governo.

Programa de Certificação de Competência

O programa de certificação de competência está definido (*The Certificate of Competency (COC) Program*) na seção 8(b)(7) do Small Business Act. Um COC é um documento escrito emitido pela SBA para um escritório contratante da SBA, certificando que uma ou mais pequenas empresas pré-definidas possuem condições de atender a contratos de compra governamentais específicos.

O Programa COC é aplicável a todas as ações de compras do Governo Federal norte-americano. Desta forma, um escritório local da SBA contratante se desresponsabiliza pela contratação daquela PME já certificada.

Elegibilidade para o COC

O ofertante que pleiteia o Certificado COC tem a responsabilidade de demonstrar a sua elegibilidade para a análise COC. Para ser elegível ao programa COC, uma empresa necessita atender aos seguintes critérios:

- (i) Necessita se qualificar dentro do padrão de tamanho de empresa aplicável para a licitação. Quando a solicitação falha em especificar um tamanho padrão dentro da Classificação de Atividades Norte Americana ou Standard Industrial Classification (SIC) code, a SBA definirá o padrão de tamanho apropriado para se determinar a elegibilidade do certificado.
- (ii) Uma pequena empresa industrial, de serviços ou de construção civil deve demonstrar-se capaz de atender a uma parcela significativa do contrato proposto com os seus próprios meios, equipamentos e pessoal. O contrato deve ser manufaturado dentro dos Estados Unidos.

O exame de admissão para o COC inclui toda a informação e documentação solicitada pela SBA e outras informações adicionais que a empresa julgar pertinente adicionar para provar que terá habilidade para atender ao contrato em disputa. A resposta deve ser encaminhada o quanto antes, mas não após a data especificada pela SBA.

Após a entrega e aceitação das informações do fornecedor, o SBA irá definir uma data para uma visita à empresa para checar quanto à sua capacidade e responsabilidade.

Após a visita, a equipe do SBA fará a confirmação das informações fornecidas pela empresa, contactando fornecedores, instituições financeiras e outras instituições envolvidas naquele processo de licitação, dos quais a empresa dependerá para atender àquele contrato específico

O ofertante de bens manufaturados deve fornecer bens cujos componentes também sejam manufaturados nos Estados Unidos (origem) e os componentes

sejam fabricados por empresa pequena, dentro das características de escala definidas para o padrão daquele setor de componentes.

Uma agência governamental contratante que considere que um determinado fornecedor, anteriormente certificado para determinado fornecimento na qualidade de pequena empresa não atenda a algum requisito, (incluindo competência, capacidade, crédito, integridade, tenacidade ou perseverança) deve comunicar o fato por escrito à SBA da região e encaminhar toda a documentação referente àquela contratação para a análise. Deve também apontar as razões para o não atendimento do contrato.

O Programa para Empresas Muito Pequenas

O termo empresas **muito** pequenas é utilizado para pessoas jurídicas localizadas em determinadas áreas apontadas pelo SBA, que possuem até 15 funcionários e receitas médias anuais não excedentes a US\$ 1 milhão.

O programa, instituído ainda em fase experimental, para empresas **muito** pequenas (Very Small Business-VSB Program) é uma extensão do programa para pequenas empresas, administrado pelo SBA, ainda sob a forma de projeto piloto e objetiva ampliar as possibilidades para as empresas muito pequenas

As exigências de contratação e de construção governamentais situadas em valores entre \$2,500 e \$50,000 devem estar reservadas para VSB quando a compra de produtos manufaturados atender aos seguintes critérios:

(A) A atividade de compra esteja localizada dentro da área geográfica definida pela SBA e, (B) Houver a possibilidade de se obter ofertas provenientes de duas ou mais empresas muito pequenas provenientes da área geográfica pré-definida, devendo as mesmas ofertas ser competitivas em termos de preços de mercado, qualidade e condições de entrega.

No caso da oferta ser de outro caso que não do fornecimento de produtos manufaturados, valem as mesmas regras, acrescentando-se as condições para situações nas quais apenas uma oferta foi apresentada de uma empresa muito pequena (o escritório governamental contratante comunica a empresa). E nas situações em que não são recebidas ofertas aceitáveis de empresas muito pequenas.

O programa piloto teve seu término em 30 de setembro de 2003, mas não pudemos localizar informações sobre a avaliação dos seus resultados.

Perspectivas de Aprimoramento na Lei Federal Norte-Americana

Recentemente o SBA-Small Business Administration propôs a alteração das regras referentes à assistência de contratação direta das pequenas empresas, visando assim, implementar as recomendações do Escritório de Administração e Orçamento (OMB) descritas no relatório intitulado: “Unificação de Contratos, Uma Estratégia para Ampliar as Oportunidades de Contratação de Pequenas Empresas no Âmbito Federal”.

O documento aponta para a necessidade de rever a definição de unificação de contratos, de maneira a incluir expressamente contratos múltiplos em tal definição e deliberar as condições nas quais tais contratos requererão ser coordenadas pelos especialistas em pequenos negócios (SBS- Small Business Specialists).

O movimento foi motivado pela constatação de que na última década, o número e o montante de contratos unificados se elevou drasticamente, o que ocasionou um declínio dramático das oportunidades de acesso das pequenas empresas aos contratos do Governo Federal dos Estados Unidos.

Em resposta a tal constatação, o Escritório de Políticas Federais de Compras Públicas Norte-Americano (Office of Federal Procurement Policy -OFPP), que pertence ao Escritório de Administração e Orçamento (OMB) criou um grupo de trabalho formado por representantes de várias agências governamentais para desenvolver um programa que apontasse soluções para resolver a questão.

Como resultado dos esforços do grupo, em Junho de 2002 foi apresentado documento contendo propostas para a análise dos interessados e comentários.

Fundamentado nas análises do grupo de trabalho e nos comentários públicos, a OMB¹¹ emitiu relatório final em outubro de 2002.

O relatório cita dados indicativos de que para cada 100 contratos unificados, 106 contratos individuais deixam de estar disponíveis para pequenas empresas.

Além disso, para cada US\$100 pagos em um contrato unificado há um decréscimo de US\$33 em contratos disponíveis para pequenas empresas.

Para corrigir os efeitos da contratação unificada nos Estados Unidos, o relatório da OMB aponta 9 pontos de intervenção visando eliminar a unificação desnecessária de contratos e mitigar os efeitos daquelas unificações que se provem de fato necessárias.

¹¹ intitulado “Contract Bundling: A Strategy for Increasing Federal Contracting Opportunities for Small Business.” Ver <http://www.acqnet.gov/Notes/contractbundlingreport.pdf> or <http://www.acqnet.gov/>.

Muitas dessas ações, desde aquelas que redundarão em um maior controle das operações de unificação de compras pelas agências governamentais superiores, até aquelas de disseminação de melhores práticas para a maximização da contratação direta de MPEs e oportunidades de subcontratação, serão implementadas através de iniciativas de agências governamentais distintas entre as quais incluem-se: o OMB, a SBA e a Agência de Utilização de Pequenas Empresas ou em Desvantagem (Agency Offices of Small and Disadvantaged Business Utilization -OSDBUs).

Outras ações propostas, entretanto, requererão uma série de emendas na regulação da SBA e nas provisões aplicáveis da Federal Acquisition Regulation (FAR), já que deverão garantir a máxima coerência com as leis vigentes de unificação de contratos.

Mudanças regulatórias exigirão expressamente a revisão dos processos de unificação de contratos.

Nesse caso, esses agentes públicos, assim como nos contratos unificados comuns, irão propor novas estratégias de aquisição ou definir planos que contemplem a nomeação de vencedores dentro de determinados limites de valores.

Além disso, foi proposto que a OSDBU desempenhe uma função de supervisão dos processos de unificação de contratos. Ela será notificada quando as estratégias que incluam as unificações de contratos forem consideradas desnecessárias ou não forem identificadas as justificativas e revisará a documentação, requerendo maiores informações para a aprovação da referida unificação de contratos.

Programas Estaduais de Auxílio ao Acesso das PMEs às Compras Públicas nos Estados Unidos – O Exemplo da Carolina do Norte

O Centro de Desenvolvimento de Pequenas Empresas e Tecnologia da Carolina do Norte - North Carolina Small Business and Technology Development Center (SBTDC) auxilia empresários de pequenas empresas, através do fornecimento de serviços educacionais e aconselhamento administrativo a empresas pequenas e médias nos 17 escritórios do Estado da Carolina do Norte, cada escritório filiado a uma faculdade ou universidade.

A missão é promover o crescimento dos negócios naquela região visando a criação de empregos dentro do Estado. A maior parte dos serviços é gratuita e todos os serviços são confidenciais.

Os serviços incluem:

Consultoria administrativa (finanças, marketing, recursos humanos, operações, planejamento de negócios, e estudos de viabilidade); educação corporativa, dirigida para o desempenho estratégico, desenvolvimento de liderança, desenvolvimento de negócios, desenhado para auxiliar a expansão de mercado, aumento da competitividade das empresas e no crescimento das empresas em crescimento; pesquisa de negócios — através dos serviços de suporte de pesquisa e marketing para os clientes do SBTDC, pesquisa primária quanto às necessidades das pequenas empresas e projetos especiais tais como estudos de viabilidade para incubadoras de pequenas empresas; desenvolvimento de negócios internacionais, que presta auxílio às exportações através da exploração e identificação de mercados internacionais; Auxílio ao comércio no Setor Náutico e na comercialização de tecnologias e pesquisa inovativa das pequenas empresas.

Finalmente, o SBDTC possui um serviço de auxílio ao acesso às compras públicas, o Centro de Assistência Técnica a Compras Governamentais ou PTAC-Procurement Technical Assistance Center que presta auxílio à comercialização de produtos e serviços a governos federais, estaduais e locais.

A assistência técnica é dada através da prestação de serviços de consultoria.

O foco do programa de assistência é o aconselhamento confidencial em áreas como: a pesquisa de históricos de contratos bem sucedidos, o auxílio na compreensão das exigências e terminologias, na definição de especificações e padrões, no registro junto à Central de Registros de Contratantes - Central Contractor Registration (CCR), explanação dos procedimentos de uso de transações eletrônicas pelo governo federal e na pesquisa a bases de dados governamentais visando identificar oportunidades para a comercialização de produtos e serviços dos clientes da entidade.

O PTAC- Procurement Technical Assistance Center também oferece programas de treinamento sobre temas como: “Como fazer negócios com o governo”; “Como preparar ofertas e propostas” e “Como participar do comércio eletrônico com o governo”.

Eles possuem um sistema de busca eletrônica que localiza oportunidades de ofertas públicas o PROBID. Esse serviço procura eletronicamente o *database* do governo e combina os produtos e serviços do usuário do sistema eletrônico com as necessidades do ente público. Os resultados da busca são enviados diariamente por e-mail.

O PTAC é financiado com recursos do Departamento de Defesa Norte americano (através da Agência de Logística do Departamento) e pelo Estado da Carolina do Norte. Em conjunto a esse auxílio financeiro, é requerido que as atividades e os resultados sejam relatados aos financiadores e por isso, os clientes que recebem

assistência devem responder aos questionários enviados sobre as atividades de compras do governo.

C. BRASIL

O tratamento ao acesso das MPEs às compras públicas no Brasil será visto a partir da análise jurídica a seguir.

Como veremos, a lei No 8666/93 não prevê qualquer tratamento favorecido à produção de bens e serviços por microempresas e empresas de pequeno porte.

Entretanto, o Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, prevê que “...a política de compras governamentais dará prioridade à microempresa e à empresa de pequeno porte, individualmente ou de forma associada com processo especial e simplificado, nos termos da regulamentação desta Lei”.

Em termos de transparência e publicidade o Brasil possui mecanismos de ofertas eletrônicas mas não há uma unificação entre as informações de compras entre Municípios, os Estados e a Federação como é requerido para os critérios atuais de transparência e publicidade internacionais que objetivem ampliar o acesso das MPEs às compras governamentais.

III. ANÁLISE JURÍDICA

Este estudo tem por objetivo examinar a atual regulação e regulamentação da micro e pequena empresa no Brasil e no exterior, com especial atenção para o tratamento dado às compras governamentais.

Embora alguns conceitos tenham que ser explicitados para melhor compreensão da questão, não há um intuito teórico em busca de definições precisas ou absolutas. Nesse sentido, aliás, o próprio conceito de empresa tem sido objeto de intensa discussão a partir da edição do Novo Código Civil. A doutrina jurídica há muito tem reconhecido que não há mais lugar para definições “essencialistas” dos institutos jurídicos, ou seja, não existem institutos imutáveis e absolutos fora do tempo e das condições sociais nas quais estão inseridos.

Esta visão é especialmente verdadeira ao analisarmos o tratamento dado às pequenas empresas que ora é determinado pela expressão do seu faturamento, ora está vinculado ao número de empregados. Critérios que, por sua vez, podem ser insuficientes para retratar a realidade e condição econômica de determinado estado ou país.

Além disso, reconhecida a função social da empresa, os seus contornos e características deverão estar de acordo com os objetivos definidos pela sociedade por intermédio do Estado. Logo, o direito pode determinar a natureza de um

instituto jurídico, como a micro e pequena empresa, por exemplo, tendo por fundamento um dado objetivo econômico e social a ser atingido.

Nesse sentido, além da legislação federal, aplicável a todo o território nacional e que serve de fonte para as legislações estaduais, procuramos identificar algumas experiências regionais e internacionais que possam servir ao aperfeiçoamento da regulamentação da micro e pequena empresa no que diz respeito ao seu acesso às compras governamentais.

A. CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

A constituição brasileira contém inúmeras regras ditas normas-objetivo, ou seja, enunciação de princípios que poderão, pela sua relevância, ser valorizados pelo legislador e pelo Estado. Como esclarece Eros Roberto Grau, “A norma objetivo, assim, não define nem conduta nem organização. Determina, fixando-os, fins a serem alcançados. Fixa objetivos.” (in Direito, Conceito e Normas Jurídicas, pág. 132, Editora Revista dos Tribunais, 1988)

Objetivos que se tornam a base para a definição de políticas públicas. “Enquanto instrumento de Governo, então, o direito passa a ser atuado tendo em vista a implementação de políticas públicas, políticas referidas a fins múltiplos e específicos. Pois a definição dos fins de tais políticas é enunciada precisamente nestas normas-objetivo, que, mercê disso, passam a determinar os processos de interpretação do Direito.” (A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica), Editora Revista dos Tribunais, 1990).

Dessa maneira, a constituição trata “DA ORDEM DA ORDEM ECONÔMICA E FINANCEIRA e, nos PRINCÍPIOS GERAIS DA ATIVIDADE ECONÔMICA, estabelece o seguinte:

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.

Portanto, o incentivo à empresa de pequeno porte se dá na relevância que tem a “valorização do trabalho humano”, ou seja, a pequena empresa é tomada como instrumento para a criação e expansão do emprego no país.

Além das disposições acima, a Constituição define para todas as esferas do Governo o dever de tratamento diferenciado às pequenas empresas:

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.*

Tratando-se de princípio constitucional, o governante, seja ele federal, estadual ou municipal, está vinculado ao estabelecimento de políticas públicas que estimulem as atividades das empresas de pequeno porte. Note-se que se trata de **tratamento** jurídico diferenciado e, portanto, não basta a criação de leis programáticas ou de edição de normas-objetivo. A lei refere-se a tratamento, ou seja, determina um comportamento efetivo (adoção de práticas e procedimentos) que materializem o princípio declarado na Constituição.

O artigo 179, reproduzido acima, refere-se às empresas de pequeno porte “assim definidas em lei”. Consistentemente com a disposição constitucional, a partir de 1988 foram editadas leis que procuraram definir legalmente o que são empresas de pequeno porte. É o que se examina adiante.

B. LEGISLAÇÃO PERTINENTE

Em 1999, foi editado o chamado Estatuto da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte (Lei 9.841/99).

O CAPÍTULO I define o que se entende por “TRATAMENTO JURÍDICO DIFERENCIADO”:

Art. 1º. *Nos termos dos arts. 170 e 179 da Constituição Federal, é assegurado às microempresas e às empresas de pequeno porte tratamento jurídico diferenciado e simplificado nos campos administrativo, tributário, previdenciário, trabalhista, creditício e de **desenvolvimento empresarial**, em conformidade com o que dispõe esta Lei e a Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e alterações posteriores.*

Parágrafo único. *O tratamento jurídico simplificado e favorecido, estabelecido nesta Lei, visa facilitar a constituição e o funcionamento da microempresa e da empresa de pequeno porte, de modo a assegurar o **fortalecimento de sua participação no processo de desenvolvimento econômico e social.***

Note-se que o tratamento diferenciado à empresa de pequeno porte está vinculado à finalidade de desenvolvimento empresarial e fortalecimento de sua participação no processo de desenvolvimento econômico e social. Ora, numa economia de mercado que valoriza constitucionalmente a livre iniciativa, o desenvolvimento empresarial e fortalecimento de sua participação no desenvolvimento econômico, somente pode ser entendido como fortalecimento de sua participação no mercado em que atua.

O tratamento diferenciado às empresas de pequeno porte está adstrito às empresas que estejam enquadradas ao conceito definido em lei.

A Lei 9.841/99 assim define a microempresa e a empresa de pequeno porte:

Art. 2º. *Para os efeitos desta Lei, ressalvado o disposto no art. 3º, considera-se:*

*I - microempresa, a pessoa jurídica e a firma mercantil individual que **tiver receita bruta anual igual ou inferior a R\$ 244.000,00 (duzentos e quarenta e quatro mil reais)**;*

*II - empresa de pequeno porte, a pessoa jurídica e a firma mercantil individual que, não enquadrada como microempresa, **tiver receita bruta anual superior a R\$ 244.000,00 (duzentos e quarenta e quatro mil reais) e igual ou inferior a R\$ 1.200.000,00 (um milhão e duzentos mil reais)**.*

§ 1º No primeiro ano de atividade, os limites da receita bruta de que tratam os incisos I e II serão proporcionais ao número de meses em que a pessoa jurídica ou firma mercantil individual tiver exercido atividade, desconsideradas as frações de mês.

§ 2º O enquadramento de firma mercantil individual ou de pessoa jurídica em microempresa ou empresa de pequeno porte, bem como o seu desenquadramento, não implicarão alteração, denúncia ou qualquer restrição em relação a contratos por elas anteriormente firmados.

§ 3º O Poder Executivo atualizará os valores constantes dos incisos I e II com base na variação acumulada pelo IGP-DI, ou por índice oficial que venha a substituí-lo.

Vê-se, portanto, que a definição está vinculada à receita bruta anual. Não há qualquer consideração quanto ao número de empregados ou correlação com o

mercado relevante em que atua. Ademais, a pequena empresa será pequena em São Paulo ou no Estado do Piauí. Não há qualquer consideração quanto à localidade em que está inserida.

A lei estabelece ainda que:

Art. 3º. *Não se inclui no regime desta Lei a pessoa jurídica em que haja participação:*

I - de pessoa física domiciliada no exterior ou de outra pessoa jurídica;

II - de pessoa física que seja titular de firma mercantil individual ou sócia de outra empresa que receba tratamento jurídico diferenciado na forma desta Lei, salvo se a participação não for superior a dez por cento do capital social de outra empresa desde que a receita bruta global anual ultrapasse os limites de que tratam os incisos I e II do art. 2º.

Parágrafo único. O disposto no inciso II deste artigo não se aplica à participação de microempresas ou de empresas de pequeno porte em centrais de compras, bolsas de subcontratação, consórcios de exportação e outras formas de associação assemelhadas, inclusive as de que trata o art. 18 desta Lei.

É compreensível a exclusão do tratamento diferenciado na hipótese de participação de pessoas domiciliadas no exterior. Não se justifica, no entanto, a exclusão de empresas que tenham pessoas jurídicas entre seus sócios. Especialmente se considerarmos a hipótese de participação de firma individual ou de outras pequenas empresas. Deveria, antes, ser estimulada a cooperação entre pequenas empresas, seja esta cooperação operada mediante associações como um consórcio de empresas, ou mediante a constituição de pequenas empresas.

Nesse sentido, aliás, como já referido na análise econômica deste estudo, nos Estados Unidos, a Federal Acquisition Regulation estipula que:

“19.202 – 1 Encouraging small business participation in acquisitions.

...

(a) Divide proposed acquisitions of supplies and services (except construction) into reasonably small lots (not less than economic production runs) to permit offers on quantities less than the total requirement.

(b) Plan acquisitions such that, if practicable, more than one small business concern may perform the work, if the work

exceeds the amount for which a surety may be guaranteed by SBA against loss under 15 U.S.C 694b.”

Em outras palavras, o estímulo à participação de pequenas empresas em compras e contratações do governo pode ter mão dupla. De um lado, dividindo-se o escopo das contratações para oferecer maior participação às micro e pequenas empresas e, de outro lado, admitindo-se a cooperação entre pequenas empresas para que estas tenham melhor competitividade. Cooperação que poderia ocorrer sob a forma de associação temporária, como um consórcio, ou permanente como na criação de uma nova empresa. Portanto, mantidos os parâmetros de enquadramento da micro e da pequena empresa (incluindo-se em tal aferição a pessoa jurídica integrante da micro e pequena empresa) deveria ser admitida a participação de pessoa jurídica no seu quadro social.

Ao examinar a definição do TRATAMENTO JURÍDICO DIFERENCIADO, observamos acima que o DESENVOLVIMENTO EMPRESARIAL somente poderia ser compreendido como o desenvolvimento da participação da micro e pequena empresa no mercado em que atua. Em outras palavras, aumento das oportunidades de negócios no mercado relevante.

Entendimento que se confirma pelo disposto no artigo 24 da mesma Lei, que consta do capítulo designado exatamente DESENVOLVIMENTO EMPRESARIAL. Vejamos:

Art. 24. *A política de **compras governamentais** dará prioridade à microempresa e à empresa de pequeno porte, individualmente ou de forma associada, com processo especial e simplificado nos termos da regulamentação desta Lei.*

As condições de compras governamentais, contemplando a participação em regime de associação (o que confirma nosso entendimento a propósito da admissão de consórcios) foi remetida pela lei à regulamentação.

Analisemos, então, o Decreto 3.474/2000 que regulamenta a Lei 9.841/99:

CAPÍTULO V - Do Desenvolvimento Empresarial

Art. 14. *Os órgãos e as entidades da Administração Pública que atuem nas áreas tecnológicas de metrologia e certificação de conformidade, em articulação com as entidades de apoio e de representação das microempresas e empresas de pequeno porte, promoverão programas de capacitação de recursos humanos orientados para a gestão da qualidade e do aumento da produtividade.*

Art. 15. Os órgãos e as entidades da Administração Pública, em conjunto com as entidades de apoio e de representação das microempresas e empresas de pequeno porte, deverão desenvolver programas de fomento, cujas metas tenham por finalidade o treinamento, o desenvolvimento gerencial e a capacitação tecnológica, articulados com as operações de financiamento.

Art. 16. Os órgãos e as entidades da Administração direta e indireta intervenientes nas atividades de controle das importações e exportações observarão, para as microempresas e empresas de pequeno porte, os seguintes benefícios:

I - tratamento automático no Registro de Exportadores e Importadores;

II - liberação das mercadorias enquadradas no regime simplificado de exportação nos prazos máximos abaixo indicados, salvo quando depender de providência a ser cumprida pelo próprio exportador:

a) quarenta e oito horas, no caso de mercadoria sujeita a análise material ou emissão de certificados por parte dos órgãos anuentes;

b) vinte e quatro horas, nos demais casos;

III - não pagamento de encargos, exceto tributos, cobrados a título de expedição de certificados de produtos, vistos em documentos e autorizações para registro ou licenciamento, necessários às operações de exportação e importação.

Parágrafo único. A contagem dos prazos de que trata o inciso II deste artigo ocorrerá a partir da hora de início do expediente do dia seguinte ao da entrega da documentação exigida para a operação.

Art. 17. As microempresas e empresas de pequeno porte serão identificadas pelo Sistema Integrado de Comércio Exterior - SISCOMEX, de modo a lhes conferir tratamento simplificado nas operações de comércio exterior.

Art. 18. As remessas postais enviadas ao exterior por microempresas e empresas de pequeno porte serão objeto de procedimentos simplificados de despacho aduaneiro, nos

termos e nas condições fixados pela Secretaria da Receita Federal.

Art. 19. Compete ao Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior propor a regulamentação de programas de capacitação, em colaboração com entidades de representação do setor privado, cujas metas tenham por finalidade priorizar o engajamento de microempresas e empresas de pequeno porte no comércio internacional.

*Parágrafo único. Os programas a que se refere o **caput** deste artigo serão desenvolvidos em parceria com órgãos e entidades dos setores público e privado, compreendendo as seguintes ações:*

*I - capacitação das empresas referidas no **caput** deste artigo, direcionada para o desenvolvimento integrado de habilidades básicas, específicas e de gestão;*

II - formação da Rede Nacional de Agentes de Comércio Exterior, com o objetivo de disseminar conhecimentos e técnicas inerentes ao comércio exterior;

III - promoção de atividades de treinamento em comércio exterior, voltadas para o aperfeiçoamento de profissionais que atuem nesse segmento;

IV - elaboração, edição e distribuição de material técnico para orientação ao exportador;

V - realização de encontros setoriais, com o objetivo de desenvolver estratégias de estímulo, de sensibilização e de informação nas áreas mercadológicas e tecnológicas.

Examinando todas as disposições do capítulo designado DESENVOLVIMENTO EMPRESARIAL, podemos encontrar normas a respeito de desenvolvimento e capacitação profissional, estímulo à exportação, facilidades em processos de importação e exportação, estímulo aos programas de fomento e, até mesmo, programas para aumento de produtividade.

Ora, o artigo 24 da Lei regulamentada é claríssimo. O desenvolvimento empresarial envolve preferência (prioridade) a ser dada às micro e pequenas empresas nas compras governamentais. Além da prioridade, a lei refere-se a procedimentos simplificados para a contratação de micro e pequenas empresas individualmente ou em regime associativo.

Em suma, se, de um lado, já existe previsão legal de prioridade para a contratação de micro e pequenas empresas pelo Governo, de outro, a regulamentação é absolutamente omissa quanto à determinação legal. Tratando-se de regulamentação mediante Decreto, é legítimo dizer que cabe ao Poder Executivo definir as regras de prioridade à contratação.

O artigo 24 refere-se à prioridade e procedimentos simplificados. A Petrobrás, por exemplo, dispõe de regimento próprio e simplificado de contratação, o Manual de Procedimento Simplificado de Contratação da Petrobras, vigente a partir do Decreto 2.745 de 24.8.98. Mais uma vez, o Poder Executivo perdeu a oportunidade de dar efetividade às disposições do artigo 24 acima, posto que não há qualquer menção à prioridade de contratação às micro e pequenas empresas.

Assim, o processo lento de aprovação de uma lei é absolutamente desnecessário, bastando ao poder executivo suprir a lacuna regulamentar.

Além das disposições do chamado Estatuto da Micro e Pequenas Empresas, estas estão tratadas, do ponto de vista tributário e contábil, na chamada Lei do SIMPLES (Lei 9.317/96).

A definição de microempresa e empresa de pequeno porte é dada pelo artigo 2º:

Art. 2º. *Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:*

I - microempresa, a pessoa jurídica que tenha auferido, no ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$120.000,00 (cento e vinte mil reais);

II - empresa de pequeno porte, a pessoa jurídica que tenha auferido, no ano-calendário, receita bruta superior a R\$120.000,00 (cento e vinte mil reais) e igual ou inferior a R\$720.000,00 (setecentos e vinte mil reais).

§ 1º No caso de início de atividade no próprio ano-calendário, os limites de que tratam os incisos I e II serão proporcionais ao número de meses em que a pessoa jurídica houver exercido atividade, desconsideradas as frações de meses.

§ 2º Para os fins do disposto neste artigo, considera-se receita bruta o produto da venda de bens e serviços nas operações de conta própria, o preço dos serviços prestados e o resultado nas operações em conta alheia, não incluídas as vendas canceladas e os descontos incondicionais concedidos.

O critério de definição é, igualmente, vinculado à receita bruta anual. Não há qualquer consideração quanto ao mercado relevante ou quanto às condições regionais em que está inserida a empresa.

É importante observar que a Lei do Simples trata da micro e da pequena empresa tendo por foco o aspecto tributário. A definição, ou as hipóteses de exclusão de empresas do tratamento simplificado previsto nessa lei, não implica em que, para outros propósitos, uma mesma empresa não possa ser caracterizada como micro ou pequena empresa. Estamos diante do que, em lógica, podemos designar uma definição estipulativa. Como mencionado acima, os conceitos jurídicos deixaram de ter um caráter absoluto caracterizado pela essência das coisas. O legislador pode tomar um mesmo fenômeno e dar a ele tratamento diferenciado a partir dos interesses ou características específicas que pretenda regular.

Por exemplo, no Estatuto da Micro empresa não há qualquer restrição à forma societária adotada pela empresa ou quanto ao envolvimento em atividade de incorporação de imóveis ou importação de produtos estrangeiros. A lei do SIMPLES, entretanto, não a qualifica para os propósitos dessa lei, caso a empresa adote a forma de uma sociedade anônima ou se dedique a comercializar produtos importados.

Em outras palavras, admitindo-se que houvesse uma regulamentação dando prioridade para a contratação pelo Governo de micro e pequenas empresas, ainda que não sujeitas ao regime do SIMPLES, uma sociedade anônima, observados os requisitos do Estatuto da Micro e Pequena Empresa, poderia beneficiar-se de tal prioridade.

C. O NOVO CÓDIGO CIVIL

Muito tem sido discutido a propósito das inovações trazidas pelo Novo Código Civil Brasileiro. Sem dúvida, quanto aos aspectos societários, muitas foram as alterações introduzidas pela Legislação Civil, em especial pela regulamentação das SOCIEDADES LIMITADAS, forma societária adotada pela grande maioria das micro e pequenas empresas.

Lamentavelmente, no entanto, nada de novo trouxe em benefício das empresas de pequeno porte. Na verdade, o Código Civil limita-se a repetir os princípios já enunciados na Constituição Federal.

Art. 970. *A lei assegurará tratamento favorecido, diferenciado e simplificado ao empresário rural e ao pequeno empresário, quanto à inscrição e aos efeitos daí decorrentes.*

Como se vê, a legislação civil é mesmo bastante acanhada, pois se limita ao regime diferenciado quanto à inscrição e aos efeitos daí decorrentes.

Art. 1.179. *O empresário e a sociedade empresária são obrigados a seguir um sistema de contabilidade, mecanizado ou não, com base na escrituração uniforme de seus livros, em correspondência com a documentação respectiva, e a levantar anualmente o balanço patrimonial e o de resultado econômico.*

§ 1º *Salvo o disposto no art. 1.180, o número e a espécie de livros ficam a critério dos interessados.*

§ 2º *É dispensado das exigências deste artigo o pequeno empresário a que se refere o art. 970.*

Mais uma vez acanhado o legislador, pois os procedimentos simplificados já se encontram definidos na Lei do Simples.

Note-se, finalmente, que, enquanto o Estatuto e a Lei do Simples estabelecem regras de simplificação e adotam conceitos de micro e pequena empresa que servem de parâmetro para a aplicação de suas respectivas regras, o Código Civil é absolutamente omissivo. Resta, portanto, a dúvida: deve ser adotado, para os efeitos do Código Civil, a definição dada pelo Estatuto ou pela Lei do Simples?

Dúvida que, aliás, motivou a recomendação dada pelo Superior Tribunal de Justiça:

“Pequeno Empresário. Definição. Jornada STJ 56: “O Código Civil não definiu o conceito de pequeno empresário; a lei que o definir deverá exigir a adoção do livro-diário”.

Assim posta a questão, verifica-se que não há um tratamento unificado do que se entende por uma micro e uma pequena empresa. Temos, inclusive, lacunas graves na regulamentação, como demonstrado acima.

Embora não seja uma heresia jurídica termos definições estipulativas distintas para os diferentes propósitos do legislador, certamente tal sistemática legislativa não é a mais adequada para o objetivo de simplificação do tratamento jurídico diferenciado das micro e pequenas empresas.

Se no plano Federal há muito o que esclarecer e regulamentar, passemos aos Estados.

D. LEI DE LICITAÇÕES

Finalmente, deve ser notado que a lei 8.666/93 nada contribui para dar atendimento ao princípio constitucional de incentivo às micro e pequenas empresas. Embora tenhamos que reconhecer os méritos da lei em dar transparência aos procedimentos de contratação pela Administração, as

formalidades e requisitos exigidos em nada contribuem para o **tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte** referido na Constituição.

Talvez a única contribuição da Lei é naquilo que ela exatamente não regula, ou seja, as compras e contratações de pequeno valor que estão, na forma do artigo 24, I e II da Lei 8.666/93, dispensadas de licitação e podem ser contratadas diretamente pela administração sem a burocracia e formalidades próprias de um processo licitatório.

Embora a natureza dos serviços e do objeto da contratação seja determinante para o grau de exigência do edital, a apresentação de garantias bancárias, cada vez mais freqüente, contribui em muito para a exclusão das micro e pequenas empresas dos processos de compras governamentais.

É evidente que, tal como em empresas privadas, a racionalização e uniformização dos procedimentos de compra são importantes para a eficiência do desempenho das entidades públicas. Entretanto, as novas tecnologias que permitem uma maior agilidade na contratação, em especial nas compras de pequeno valor, não justificam mais as exigências formuladas em processos de compras governamentais.

Nesse sentido, o Governo já tem utilizado sistemas computadorizados e acesso à Internet para contratações de bens e materiais de fácil especificação. Tais procedimentos trazem alguns benefícios, como:

Maior transparência para os contribuintes, na medida em que os dados e informações relacionados à compra podem estar disponíveis ao público;

A participação no leilão reverso em tempo real, de qualquer parte do país, reduz os custos de negociação (os americanos diriam os *transaction costs*)

Em razão da redução dos *Transaction Costs*, é possível a participação de um maior número de concorrentes (que certamente contribuem para a redução de até 72% do preço, como indicado no site “comprasnet”);

Embora a Internet permita a participação de concorrentes de qualquer parte do país, ela viabiliza maior participação de empresas locais, pois não há necessidade de comparecimento em Brasília para o processo de compra de uma entidade federal no interior de Estado do Norte ou Nordeste, por exemplo.

Enfim, seja reduzindo os custos ou agilizando os procedimentos de contratação ou reduzindo, efetivamente, os preços dos itens comprados, o pregão e a utilização de tecnologias modernas têm contribuído para a participação maior de micro e pequenas empresas. Seja por desconhecimento das empresas, seja por falta de percepção dos agentes públicos, ainda há muito o que aperfeiçoar, principalmente no sentido de dar efetividade à norma legal que determina a prioridade para a contratação de micro e pequenas empresas.

E. O PREGÃO

A Medida Provisória 2.026-3 de 28 de Julho de 2000 possibilitou à União, ao lado das demais modalidades de licitação previstas na Lei 8.666/93 a contratação mediante pregão, que foi definido como:

Art. 2º Pregão é a modalidade de licitação para aquisição de bens e serviços comuns, promovida exclusivamente no âmbito da União, qualquer que seja o valor estimado da contratação, em que a disputa pelo fornecimento é feita por meio de propostas e lances em sessão pública.

Parágrafo único – Poderá ser realizado o pregão por meio de utilização de recursos de tecnologia da informação, nos termos de regulamentação específica.

Assim definido o pregão, está claro que, operacionalmente, é destinado a compras e contratação de serviços definidos e especificados de maneira que sua realização possa ser feita rapidamente em sessões públicas. O procedimento será inviável para contratação de bens ou serviços que dependam de especificações técnicas complexas. Não é adequado, portanto, para modalidades de técnica e preço.

Foi exatamente a partir do parágrafo único do artigo reproduzido acima que o Governo implantou um projeto criativo e extremamente importante que é *comprasnet*. Foi desenvolvido um portal eletrônico para a realização de operações designadas no mercado como leilão reverso. Ou seja, diversamente dos leilões tradicionais para **compra pelo maior preço**, no leilão reverso os participantes fazem lances para **vendas de bens ou serviços pelo menor preço**.

Basta visitar o site www.comprasnet.gov.br para tomarmos conhecimento das estatísticas e pesquisas que demonstram a eficácia no custo de contratação e redução dos preços obtidos no processo de contratação pelo portal. Recentes notícias publicadas no site, indicam economia de até 72% em compras realizadas por intermédio do portal por prefeituras do interior do país.

F. LEGISLAÇÕES ESTADUAIS EM MATÉRIA DE COMPRAS DO GOVERNO

De maneira geral, são os seguintes os principais procedimentos adotados pelos Estados:

Pregão Presencial: Representantes dos interessados se fazem presentes, dando lances orais em sessão pública.

Bolsa Eletrônica de Compras (BEC): Para compras por dispensa de licitação. Faz-se a apuração de preços de maneira informatizada, estabelecendo contrato de acordo com a melhor cotação.

Pregão Eletrônico: Pregão feito através da Internet, via *sites* que operacionalizam a disputa *online* do certame.

Pequenas Compras: Compras governamentais de valor inferior a R\$ 8.000,00 para pagamento imediato, que estão dispensadas de licitação, nos termos do artigo 24 da Lei 8.666/93.

Passemos a análise de alguns Estados:

São Paulo:

Pregão Presencial: Decreto Estadual 47.297, de 6 de novembro de 2002; e Resolução do Comitê Estadual de Gestão Pública (CGP) 10/2002.

Bolsa Eletrônica de Compras (BEC): Resolução CC-68, de 23-10-2003.

Não há qualquer referência á prioridade ou simplificação da participação de pequenas ou microempresas. Entretanto, claramente a forma de contratação simplificada e obtenção de informações mediante acesso à Internet permitem uma maior participação dessas empresas. Sem dúvida a inclusão digital, hoje, exerce papel relevante na questão de compras governamentais.

Minas Gerais

Pregão: Lei 14.167 de 10 de Janeiro de 2002; Decreto 42408 de 08 de Março de 2002.

Pregão Eletrônico: Decreto 42416 de 13 de Março de 2002.

Tocantins

Pregão Eletrônico: Decreto nº 1.124, de 13 de fevereiro de 2001; Instrução SETES nº 01/2001, de 08 de março de 2001; pela Portaria SEFAZ 758 de 17 de maio de 2002.

Alagoas

Programa Porta Aberta

Rio Grande do Sul

Pregão: Decreto 42.020 de 16 de dezembro de 2002; Instrução Normativa CELIC Nº 003/2003, de 29 de setembro de 2003

Pregão Eletrônico: Decreto 42434 de 09 de Setembro de 2003.

Paraná

Pregão Eletrônico: Decreto 4880 de 16 de Outubro de 2001; Decreto Estadual 1632 de 23 de Julho de 2003.

Espírito Santo, Mato Grosso e Rio Grande do Norte

O Governo Estadual dos Estados acima relacionados também possibilitam a modalidade de Pregão Eletrônico. No entanto, remetem tal licitação ao sistema estabelecido pelo Banco do Brasil, no site **BB Licitação Eletrônica**, que possui regulamento próprio de uso.

Mato Grosso do Sul

Pequenas Compras: art. 24, inciso II da Lei nº 8666/93; 10163 de 12 de Dezembro de 2000.

Goiás

Pregão Eletrônico: www.comprasnet.go.gov.br

Dispensa de Licitação: www.comprasnet.gov.br

Rondônia

Pregão: Decreto 8978 de 31 de janeiro de 2000.

Bahia

Pregão Eletrônico: Decreto 8018 de 21 de Agosto de 2001.

Ceará

Pregão: Decreto nº 26.818, de 08 de novembro de 2002.

Pernambuco

Pregão Eletrônico: Lei 12340 de 27 de janeiro de 2003; Decreto n.º 25.466, de 19 de Maio de 2003.

Dispensa de Licitação: Decreto n.º 25.466, de 19 de Maio de 2003.

Maranhão

Pregão: Decreto Estadual 3.555 de 08 de Agosto de 2000.

Os Governos Estaduais brasileiros têm seguido os passos do Governo Federal adotando mecanismos de simplificação de compras, inclusive mediante leilão reverso eletrônico. Para tanto, os Estados possuem políticas próprias de procedimento em tais compras, e que, em geral, facilitam o acesso às informações e diminuem as exigências para participar dos processos de compra. Esses procedimentos, embora não existam pesquisas e estatísticas recentes e confiáveis, certamente permitem a participação de um número maior de micro e pequenas empresas com condições de competitividade.

G. LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA

Na primeira parte deste estudo, designada análise econômica, já foram apresentadas diversas considerações sobre o tratamento dispensado pela União Européia e pelos Estados Unidos ao acesso das pequenas e médias empresas às compras públicas.

A importância do assunto e a relevância das pequenas empresas na economia têm motivado uma regulamentação efetiva dessas empresas e, principalmente, no que diz respeito a sua participação em processos de compras governamentais.

Especial atenção, deve ser dada aos procedimentos e critérios adotados pelos Estados Unidos que estabelecem detalhadamente e de maneira objetiva os elementos a serem considerados pela prioridade a ser dada para as pequenas empresas. Prioridade que, em certos casos, se traduz na adoção de uma verdadeira reserva de mercado.

Além disso, a legislação americana vai mais longe ao regular não apenas o dever da administração contratar, mas também o dever das empresas que contratam com a administração em subcontratar pequenas empresas. Com isto, é preservada a racionalidade da contratação pela administração, pois esta não terá que gerenciar uma base de fornecedores excessivamente numerosa.

Igualmente relevantes são as regras que disciplinam o fracionamento (“unbundling”) de contratos. Isto é, a divisão de contratos de grande porte em pequenos contratos que permitam uma maior participação de pequenas empresas.

Tais regras e procedimentos já foram analisadas na primeira parte deste estudo.

No plano regional, a Resolução Mercosul GMC nº 90/93, dispositivo relativo às Micro, Pequenas e Médias Empresas, dá as definições de cada tipo empresarial:

	Microempresa		Pequena Empresa		Média Empresa	
	Indústria	Comércio e Serviços	Indústria	Comércio e Serviços	Indústria	Comércio e Serviços
Nº de Empregados	1-10	1-5	11-40	6-30	41-200	31-80
Faturamento Anual	US\$400.00	US\$ 200.00	US\$ 3,5 milhões	US\$ 1,5 milhões	US\$ 20 milhões	US\$ 7 milhões

O aspecto relevante a ser ressaltado é a segmentação por setor de atividade econômica o que, embora ainda insuficiente, reconhece que o perfil das pequenas empresas adquire certas peculiaridades de acordo com o mercado em que atuam.

IV. CONCLUSÕES E RECOMENDAÇÕES

Consideradas as experiências estrangeiras descritas acima e a atual estrutura legal vigente no país, apresentamos algumas conclusões e recomendações que poderão servir ao debate acerca do aperfeiçoamento da legislação e das práticas de compras governamentais.

Regulamentação imediata da prioridade às micro e pequenas empresas nas compras governamentais: Embora seja de todo desejável uma consolidação e uniformização das regras pertinentes à micro e pequena empresa, entendemos que o artigo 24 Lei 9.841/99 já contém regra suficiente para fundamentar a regulamentação da prioridade a ser dada às micro e pequenas empresas nas compras governamentais. Essa regulamentação pode ser feita mediante decreto e, portanto, caberá ao Poder Executivo tomar a iniciativa de fazê-lo.

Consolidação das normas que tratam do tratamento diferenciado às micro e pequenas empresas: Conforme mencionado acima, o Novo Código Civil Brasileiro refere-se às empresas de pequeno porte, mas não as define. Nesse sentido, concordamos com as recomendações feitas pelo Superior Tribunal de Justiça ao observar que *“O Código Civil não definiu o conceito de pequeno empresário; a lei que o definir deverá exigir a adoção do livro-diário”*. Oportunidade na qual o legislador poderá atualizar e modernizar o tratamento a ser dado às micro e pequenas empresas.

Simplificação de procedimentos e unificação da base de dados: A simplificação de normas e procedimentos através da coordenação da uniformidade dos processos de compras federais, estaduais e municipais e a unificação da base de dados sobre compras nacionais através da introdução de mecanismos eletrônicos de aquisição, se mostraram fundamentais tanto nas experiências da Europa quanto nos Estados Unidos. Esses mecanismos já estão sendo adotados e revelam-se os primeiros passos para o acesso das MPEs às compras governamentais no Brasil. Tais medidas asseguram a transparência e publicidade dos processos de compras.

Controle Estatístico dos Registros de Compras: O controle estatístico dos processos de compra é também importante, pois tem permitido monitorar o resultado da aplicação das políticas públicas em questão. O controle estatístico deverá conter informações como: i) estatística do valor dos contratos adjudicados, em cada patamar ou limite estabelecido, discriminadas por modalidade de licitação, ente público contratante, categoria de bens e serviços e origem dos bens e serviços adquiridos; ii) estatística sobre o número e valor total dos contratos de valor superior ao limite máximo estabelecido, discriminadas por ente público contratante, categoria de bens e serviços e origem dos bens e serviços adquiridos. lii) avaliação das compras em que tenham participado micro e pequenas empresas.

Incentivos Setoriais e Regionais: A exemplo da política industrial européia, e da política regional de compras norte-americana, incentivos adicionais poderiam ser concedidos para pequenas empresas prestadoras de serviços de base tecnológica ou provenientes de regiões as serem incentivadas segundo o interesse nacional desenvolvimentista. Além disso, o próprio enquadramento das micro e pequenas empresas poderia ser definido a partir das diferenças de escala setoriais, assim como ocorre nos Estados Unidos.

Prazos para a participação: Para garantir o acesso das MPEs às compras governamentais é importante haver antecedência de comunicação das intenções de compra na lei para contratos de valores considerados elevados, definindo-se prazo mínimo, a fim de que as micro e pequenas empresas possam prepara-se para eventual participação como subcontratadas ou consorciadas em propostas a serem apresentadas.

Limites de valores: Os valores a serem definidos nas regras para os contratos de compras deverão ser estudados em função das estatísticas dos volumes dessas compras no que se refere à realidade brasileira e não devem ser definidos a partir da experiência estrangeira.

Viabilidade de implementação do sistema norte-americano: O exemplo mais completo que se verifica é o norte-americano. Entretanto, a aplicabilidade de tal experiência para o caso do Brasil dependerá não apenas de iniciativas a serem definidas em lei e regulação, mas também da viabilidade em se ampliar a burocracia estatal, em um momento de contenção de despesas e de necessidade de cumprimento da Lei de Responsabilidade Fiscal. De qualquer forma, seria importante avaliar a nomeação de delegados nos centros de compras das entidades governamentais que viriam a defender os interesses das MPEs e a sugerir estratégias para a sua participação. Tal solução, entretanto, poderia culminar em excessiva regulação e burocratização.

Alternativamente, poderia ser editada regulação contendo reserva de mercado para pequenas empresas nos processos de compras governamentais, com as seguintes características:

- a. contratação direta para compras de até determinado valor a ser fixado periodicamente pela regulamentação;
- b. contratação condicionada à subcontratação dessas MPEs por grandes empresas contratadas;
- c. recomendações para a unificação dos procedimentos de acesso das MPEs às compras de Municípios, Estados e Governo Federal, e suas autarquias;
- d. recomendações para a promoção do fracionamento (“unbundling”) de grandes contratos tornando-os mais acessíveis às MPEs;
- e. inclusão de instrumentos de estímulo setorial/regional – no fornecimento de serviços de base tecnológica ou de empresas de

- setores, regiões ou localidades que a política industrial do país queira fomentar o desenvolvimento
- f. inclusão de critério de desempate, sendo vencedora a oferta da pequena empresa quando houver empate.
 - g. exclusão dessas compras governamentais de acesso às MPEs dos acordos internacionais

Programas de Microcrédito: Associado ao tratamento prioritário a ser dado às micro e pequenas empresas nas compras governamentais, propõe-se que se estabeleça a obrigatoriedade das instituições financeiras avaliarem a concessão de microcrédito a essas empresas e, se necessário, tomando os recebíveis dos contratos com a Administração Pública como garantia suficiente ao pagamento da dívida. Essa condição permitirá maior competitividade às micro e pequenas empresas, que não dispõem de recursos para o autofinanciamento, e, ao mesmo tempo, poderá permitir à Administração Pública que, no gerenciamento de seus contratos, mantenha um fluxo de caixa confortável diante da capacidade de execução do escopo contratual pelas micro e pequenas empresas.

Ação proposta para o SEBRAE:

O SEBRAE já desenvolve inúmeros programas junto às MPEs como aqueles de treinamento e capacitação, de desenvolvimento de cadeia de suprimentos, promoção de parcerias, desenvolve linhas de crédito, orienta na concepção de planos de negócios, desenvolve parcerias com grandes empresas e fornece suporte tecnológico através do PATME.

Entretanto, caberia especificar tais programas em curso para a capacitação e o credenciamento de pequenas empresas na comercialização de produtos e serviços a empresas e órgãos públicos.

Nesse sentido sugerimos o desenvolvimento de programas experimentais do SEBRAE que permitiriam aprimorar tais programas através da formalização de convênios com algumas empresas estatais e com órgãos da administração pública que são grandes compradores (secretarias de saúde e do transporte municipais, estaduais e do governo federal).

Por exemplo, poderia ser válida a experiência da instituição de um programa piloto, através da parceria entre o SEBRAE e a Petrobrás ou o Banco do Brasil, no qual o SEBRAE desenvolveria um sistema de **identificação** de pequenas empresas capazes de se qualificar para processos de compras e no qual o SEBRAE forneceria também o auxílio à **capacitação** das mesmas para que cumpram com as exigências e especificações de fornecimento definidas nos processos (atendimento a normas técnicas, certificação e qualificação).

A partir do resultado do programa experimental, poderiam ser realizados novos convênios ou acordos de cooperação técnica em matéria de compras

governamentais entre os SEBRAEs Estaduais e Federal e outras agências de compras dos Municípios, dos Estados e da Federação, ampliando a participação de pequenas empresas nesse mercado.

V. BIBLIOGRAFIA

BANDEIRA DE MELLO, CELSO ANTONIO. Curso de Direito Administrativo, 15ª Ed., Editora Malheiros, São Paulo, 2003.

CAMARGOS MOREIRA, Heloísa e **DE MORAIS**, José Mauro “Compras Governamentais: Políticas e Procedimentos na Organização Mundial de Comércio, União Européia, NAFTA, Estados Unidos e Brasil”, - IPEA, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, Texto para Discussão no 930, Brasília, dezembro de 2002

EUROPEAN COMMISSION, “Improve Access of Small Businesses to Public Procurement” in Website Home, Policy Areas, Promoting Entrepreneurship and SMEs Craft and Small Business Studies

GRAU, EROS ROBERTO.

- “Direito, Conceitos e Normas Jurídicas”, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1988.

- “A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)”, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1990.

JUSTEN FILHO, MARÇAL. “Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos”, 9ª Ed., Dialética, São Paulo, 2002.

MARRONE, PATRÍCIA. “Análise das Perspectivas e Recomendação de Políticas ao Setor de Máquinas e Equipamentos e seus Segmentos à Luz do Processo de Liberalização Comercial Regional no âmbito da Área de Livre Comércio das Américas ALCA”, ABIMAQ, 2001

NERY JUNIOR, NELSON. “Código Civil Anotado e Legislação Extravagante”. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2003.

NORTH CAROLINA SMALL BUSINESS AND TECHNOLOGY DEVELOPMENT CENTER (SBTDC), website [http:// www.sbtdc.gov](http://www.sbtdc.gov) .

OFFICE OF MANAGEMENT AND BUDGET (OMB) - “Contract Bundling, A Strategy for Increasing Opportunities for Small Agency Head and SBA Administrator. Hector V. Barreto, Administrator, [Code of Federal Regulations], [Title 13, Volume 1] [Revised as of January 1, 2002], From the U.S. Government Printing Office via GPO Access [CITE: 13CFR125], dean.koppel@sba.gov, or by facsimile to (202) 205-6390.

QUICK LOURENÇO DE LIMA, BRUNO; “Relatório de Viagem, Evento XIIth ICSME”, SEBRAE, Maio de 2001

REQUIÃO, RUBENS. “Curso de Direito Comercial”, 1º volume, Editora Saraiva, São Paulo, 2003.

SMALL BUSINESS ADMINISTRATION, DRAFT Billing Code 8025-01, 13 CFR Part 125/ RIN: 3245-AF07 - Small Business Government Contracting Programs , AGENCY: Small Business Administration (SBA). CHAPTER I--SMALL BUSINESS ADMINISTRATION PART 125--GOVERNMENT CONTRACTING PROGRAMS Authority: 15 U.S.C. 634(b)(6), 637 and 644; 31 U.S.C. 9701, 9702. Source: 61 FR 3312, Jan. 31, 1996, unless otherwise noted. ACTION: Proposed rule.

VENÂNCIO FILHO, ALBERTO. “A Intervenção do Estado no Domínio Econômico.” Edição fac-similar da de 1968, Rio de Janeiro, 1998.