

Licitações para pequenas empresas: novidade da década de 40

Jonas Lima *

I – Introdução

Passados mais de (4) quatro meses da aprovação no Congresso Nacional do texto que deu origem à Lei Complementar nº 123, sancionada em 14 de dezembro de 2006, muitos ainda se dizem surpresos e perdidos com as novas regras que possibilitam um maior espaço e mais acesso das microempresas e empresas de pequeno porte às licitações públicas, especialmente, porque pendentes a regulamentação e a adaptação de sistemas e procedimentos licitatórios.

Entretanto, não há motivo para perplexidade, porque as normas trazidas pelo novo Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte foram inspiradas em experiências internacionais de longos anos, com resultados positivos e seus problemas típicos. E o Brasil não precisará usar a unicamente criatividade, mas sim analisar a vasta experiência dos outros países, para saber como essas normas poderão ser adaptadas à sua realidade, a exemplo do que ocorreu com o pregão eletrônico, que foi implantado no ano de 2000 depois de estudadas as diversas falhas e os problemas do pioneiro “Federal Acquisition Computer Network - FACNET”, sistema eletrônico unificado criado pelo Governo dos Estados Unidos em 1997.

Da mesma forma, no caso das regras de licitações relativas às pequenas empresas, era preciso despertar, não apenas para retirar o Brasil de um atraso de mais de 60 (sessenta) anos, mas também para tornar efetivas normas constitucionais e legais já existentes.

Não é preciso fazer “tempestade em copo de água” sobre essas matérias.

II – O primeiro país a criar regras de licitações voltadas às pequenas empresas (“small business”)

Nos Estados Unidos, durante Segunda Guerra Mundial (1939-1945), as pequenas empresas ficaram sem chances de competir com as grandes indústrias, que se voltavam para a guerra. Para resolver a situação e inserir as pequenas no mercado da guerra, foi criada em 1942 a “Corporação de Pequenas Fábricas de Material Bélico” (“Smaller War Plants Corporation – SWPC”), que já tratava da obtenção de contratos governamentais pelas pequenas empresas. Com o fim da guerra, foi extinta a SWPC, sendo criado o “Escritório da Pequena Empresa” (“Office of Small Business – OSB”), do Departamento de Comércio. Logo em seguida, diante da Guerra da Coréia (1950-1953), foi criada a “Administração de Pequenas Fábricas Ligadas à Defesa” (“Small Defense Plants Administration - SDPA”), que também incluía atividades relacionadas a contratos governamentais com as pequenas empresas. Enfim, eis que o Presidente Eisenhower decide propor a criação de uma agência independente para as pequenas empresas, como uma nova instituição, o que foi aprovado pelo Congresso em 30 de julho de 1953, com a “Lei de Apoio às Pequenas Empresas” (“Small Business Act - Public Law 83-163, 67 Stat. 232”), nascendo assim a “Administração de Pequenas Empresas dos Estados Unidos” (“The U.S. Small Business Administration - SBA”). Essa é a norma legal vigente até hoje, ainda que com alterações sofridas ao longo dos anos.

III - Outros países que também legislaram a favor das pequenas empresas nas licitações

O Japão, no período de sua reconstrução pós-guerra (1945-54), estabeleceu uma política específica, criando em 1948 a “Agência da Pequena e Média Empresa” (“Small and Medium Enterprise Agency – SME”), objetivando o desenvolvimento da economia nacional, a redução da concentração do poder econômico e oportunidades justas e iguais para as pessoas se engajarem em um negócio. Posteriormente, passou a tratar de desenvolvimento regional e inclusão das pequenas empresas nas compras governamentais. A França estabeleceu a sua política em 1980, incluindo o objetivo de desenvolvimento regional, a criação de emprego e, mais adiante, os benefícios das pequenas empresas na área de licitações. A Alemanha e a Itália também seguiram os exemplos e instituíram políticas de inserção das pequenas empresas nas contratações governamentais. O Canadá, por sua vez, começou a implementar políticas de compras governamentais para as pequenas empresas a partir de 1995. Já a Inglaterra estabeleceu um plano específico e detalhado de inclusão das pequenas nas contratações públicas em 2003, época em que a União Européia realizava pesquisas e iniciativas para que outros países do bloco adotassem regras semelhantes. No contexto geral, determinados países do “Grupo dos Oito” - G8 foram os pioneiros.

IV – A norma que serviu de paradigma para a Lei Complementar nº 123/2006 no que diz respeito às licitações

O novo Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte do Brasil, basicamente, aproveita parte das idéias do conhecido “Ato das Pequenas Empresas”, dos Estados Unidos, editado ainda em 1953, considerando as suas alterações. As normas daquele diploma legal podem ser assim resumidas (nem todas trazidas para o Brasil): 1ª) a “meta” (com feição de patamar mínimo) de 23% dos contratos governamentais serem destinados às pequenas empresas; 2ª) o incentivo à participação das pequenas empresas como contratantes principais ou subcontratadas, inclusive fornecedoras; 3ª) a inserção de pequenas empresas nas oportunidades de contratações governamentais das agências na

máxima extensão praticável; 4ª) a estruturação das exigências dos contratantes de modo a facilitar competição “por e entre” pequenas empresas, procurando eliminar obstáculos à participação delas; 5ª) o cuidado para evitar exigências desnecessárias e injustificadas para os contratos, que pudessem impedir a participação das pequenas empresas; 6ª) a possibilidade de separação ou divisão de contratações para dar oportunidade a mais de uma empresa; 7ª) a recomendação a todas as agências federais para que fosse assegurada uma participação em proporção justa das pequenas empresas nas compras e serviços do governo; 8ª) a pesquisa de mercado para se estabelecer exigências necessárias e justificadas nas licitações; 9ª) a avaliação das pequenas empresas subcontratadas; 10ª) a previsão de metas percentuais adicionais de licitações destinadas a empresas de veteranos de guerra (incluindo inválidos), indivíduos economicamente desfavorecidos e mulheres; 11ª) a realização de licitações destinadas exclusivamente à participação das pequenas empresas para contratos de bens e serviços com valor acima de U\$ 2.500 (dois mil e quinhentos dólares), porque abaixo disso as “micro-compras” são feitas diretamente, e não superior a U\$ 100.000 (cem mil dólares), a menos que não possam ser obtidas 2 (duas) ou mais ofertas de pequenas empresas com preços competitivos com os de mercado, qualidade e entrega dos bens ou serviços; 12ª) a obrigação de apresentação de relatório anual sobre a aplicação da lei à Câmara dos Representantes e ao Senado; 13ª) o estabelecimento de pena de multa de até U\$ 500.000 (quinhentos mil dólares) e prisão de até 10 (dez) anos, ou ambos, além da perda dos contratos vigentes e impedimento de novos contratos por até 3 (três) anos, para quem falsear a verdade sobre o estado da empresa, pretendendo enquadrá-la dissimuladamente como “pequena empresa”, visando obter contratos do governo; 14ª) a determinação de que todas as pequenas empresas recebam certificação da agência independente, “The U.S. Small Business Administration”, com efeito de uma pré-qualificação antecipada e permanente, para que possam usufruir os benefícios da lei, evitando complicações ou delongas sobre documentos durante a licitação; 15ª) a criação de uma “Ouvidoria” (“Ombudsman”), semelhante a um “Fórum Permanente”, para promover discussões pelo País quanto à aplicação da Lei, à necessidade de sua atualização, além de receber reclamações de desvios; e 16ª) o estabelecimento de preferência, como se fosse uma espécie de critério de “desempate”, nas licitações abertas a todas as empresas, pelo

preço ofertado pela pequena empresa que não exceda 10% (dez) por cento do preço ofertado por outra empresa não beneficiada pela lei, ressalvadas situações especificadas.

V – O motivo da “surpresa” dos brasileiros com a nova legislação

Na verdade, houve apenas falta de interesse pelas experiências internacionais e pelo acompanhamento do processo legislativo no Brasil. O primeiro Estatuto da Microempresa, instituído pela Lei nº 7.256/1984, não trazia disposições sobre contratos governamentais, mas a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 170, inciso IX, estabeleceu entre os princípios gerais da atividade econômica o “tratamento favorecido” para as empresas brasileiras de pequeno porte, e em seu artigo 179 tratou de “tratamento diferenciado”, “simplificação” e “eliminação ou redução” de obrigações. Destinado expressamente a regulamentar esses dois dispositivos, sobreveio o Estatuto seguinte, com a Lei nº 9.841/1999, que em seu artigo 24 estabeleceu 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”. Entretanto, infelizmente, não houve a dita regulamentação. Posteriormente, com foco exclusivo na parte tributária, sobreveio a Emenda Constitucional nº 42, modificando o 146, inciso III, alínea “d”, que justificou o Projeto de Lei Complementar nº 123/2004, que deu origem à Lei Complementar nº 123/2006. A questão é que graças ao SEBRAE e a Frente Empresarial pela Lei Geral os diversos projetos que se agregavam foram substituídos pelo novo texto consolidado, em 2005, incluindo a “novidade” dos dispositivos sobre acesso aos mercados governamentais (contendo normas inspiradas nas norte-americanas). Entretanto, não obstante o texto já fosse público e conhecido de todos desde aquele ano, não mereceu a atenção devida nos aspectos de licitações e contratos, e das mais de 200 (duzentas) emendas não muito além de 2 (duas) trouxeram alguma mudança, nascendo assim o texto atual, com a redação definitiva desde 05 de setembro de 2006.

Portanto, não há que se falar em surpresa ou espanto sobre algo que há tanto tempo se vem anunciando.

VI - Os problemas que ocorreram nos Estados Unidos

Basicamente, tudo se resume a um grande problema, até hoje não completamente resolvido, que é a utilização de pequenas empresas “de fachada” para que as grandes pudessem se beneficiar das regras favoráveis às pequenas, isso por meio de compra de cotas de capital dentro das pequenas, do desmembramento de uma empresa maior, da inclusão de sócios comuns, ou da subcontratação irregular. O resultado disso foi que no período compreendido entre os anos de 2000 a 2005 mais de U\$ 100.000.000 (cem bilhões de dólares) foram desviados das cotas que eram reservadas às verdadeiras pequenas empresas e, de forma oculta, foram parar em grandes companhias, entre outros, de setores de informática, internet, aviação e petróleo. E quando os escândalos apareceram, investigações foram iniciadas e a “Small Business Administration – SBA”, foi obrigada excluir da base de dados de pequenas empresas mais de 600 (seiscentos) cadastros irregulares. Por causa dessa situação, até hoje a “Liga da Pequena Empresa Americana” (“The American Small Business League – ASBL”) luta pela aplicação das penalidades previstas na lei específica, ou seja, multa de até U\$ 500.000 (quinhentos mil dólares) e prisão de até 10 (dez) anos, ou ambos, além da perda dos contratos atuais e impedimento de novos contratos por até 3 (três) anos, para os que falsearam a verdade pretendendo obter indevidamente os contratos do governo. Além disso, a Liga defende que o conceito geral de pequena empresa, estabelecido em 500 empregados (o que existe em outros países), seja reduzido para apenas 100 (que representaria uma verdadeira pequena empresa). Embora existam projetos legislativos tramitando, na prática, apenas se tem aumentado o cuidado com a certificação e a re-certificação anual das empresas.

VII – O avanço da lei brasileira quanto aos conceitos para enquadramento

A maioria dos países que possui legislação, antiga ou recente, sobre pequenas empresas (em conceito amplo), estabelece critérios de enquadramento pela quantidade de empregados. Exemplos são os Estados Unidos, a Alemanha e a França, com menos de 500, o Japão, com menos de 300, e outros com menos de 250. Ocorre que alguns diferenciam

ainda as categorias (micro, pequena e média empresa) e vinculam o enquadramento também a um limite de vendas ou receitas anuais, o que torna a situação mais complexa. No meio disso, existe a tendência de forçar a redução do conceito para enquadramento em até 100 empregados, porque, internacionalmente, esse patamar representaria cerca de 98% das empresas constituídas na maioria dos países. Em meio à essa discussão, o Brasil simplificou os conceitos para apenas microempresa e empresa de pequeno porte, definindo apenas limites de enquadramento de acordo com a receita bruta.

VIII – O avanço da lei brasileira no sentido de evitar desvios nas licitações

Por outros motivos, mas também para evitar as experiências negativas narradas, de desvios de licitações por parte de grandes empresas, foi inserido o § 4º do artigo 3º da Lei Complementar nº 123/2006, que estabelece que “não se inclui no regime diferenciado e favorecido previsto nesta Lei Complementar, para nenhum efeito legal, a pessoa jurídica: I – de cujo capital participe outra pessoa jurídica; II – que seja filial, sucursal, agência ou representação, no País, de pessoa jurídica com sede no exterior; III – de cujo capital participe pessoa física que seja inscrita como empresário ou seja sócia de outra empresa que receba tratamento jurídico diferenciado nos termos desta Lei Complementar, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do caput deste artigo; IV – cujo titular ou sócio participe com mais de 10% (dez por cento) do capital de outra empresa não beneficiada por esta Lei Complementar, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do caput deste artigo; V – cujo sócio ou titular seja administrador ou equiparado de outra pessoa jurídica com fins lucrativos, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do caput deste artigo; (...) VII – que participe do capital de outra pessoa jurídica; (...) IX – resultante ou remanescente de cisão ou qualquer outra forma de desmembramento de pessoa jurídica que tenha ocorrido em um dos 5 (cinco) anos-calendário anteriores; (...) X – constituída sob a forma de sociedade por ações”.

IX – O avanço da lei brasileira quanto à preferência em caso de “empate”

A regra da preferência, como uma espécie de critério de “desempate”, nas licitações abertas a todas as empresas, pelo preço ofertado pela pequena empresa que não exceda 10% (dez) por cento do preço ofertado por outra empresa, não beneficiada pela lei, é idéia dos norte-americanos. Entretanto, a Lei Complementar nº 123/2006 veio aperfeiçoada, porque detalhou melhor as situações e condições a serem observadas, ainda que o resultado tenha sido uma regra com feição de oportunidade para que uma pequena empresa possa “cobrir” a proposta de outra (não enquadrada na lei). Mas precisava ser assim, em respeito à finalidade legal da licitação de selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração.

X – O avanço da lei brasileira na matéria de licitações exclusivas

Conforme mencionado, a lei norte-americana já previa licitações exclusivas para as pequenas empresas, de acordo com valores mínimo (US\$ 2.500) e máximo (US\$ 100.000), permanecendo em aberto a possibilidade das “micro-compras” diretas para os valores abaixo do mínimo (podem ser efetivadas perante quaisquer empresas, mediante uso de cartão de crédito). A regra foi aproveitada no Brasil, inclusive, com a ressalva de que não se aplicaria em casos de dispensa ou inexigibilidade, ou seja, semelhante ao procedimento norte-americano. Com relação ao valor máximo, os R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) foram estabelecidos em razão do valor limite da modalidade licitatória mais simples, ou seja, o convite, que em não muito tempo pode ser extinto, dando lugar unicamente aos pequenos pregões exclusivos para microempresas e empresas de pequeno porte.

XI – O avanço da lei brasileira na matéria de subcontratações

Finalmente, o Brasil importou dos Estados Unidos, abertamente, o antigo mecanismo das subcontratações, que aqui sempre sofreu rejeição. Mas isso era necessário porque a origem da idéia diz respeito à possibilidade de uma pequena empresa começar a

entrar no mercado governamental abrigada ou amparada em um contrato de uma maior, até chegar ao ponto em que tenha condições de competir sozinha, ou seja, andar com seus próprios pés. Até então as subcontratações no Brasil eram relativamente poucas, mais comuns nas empresas públicas que exploram atividades comerciais e vistas com reservas por causa de indícios de superfaturamento. Agora, com a sua previsão legal, falta melhor disciplinar o assunto, para evitar problemas, podendo-se considerar como exemplo as décadas em que isso já vem sendo aplicado nos Estados Unidos, onde as empresas subcontratadas também são avaliadas.

XII – O avanço da lei brasileira em relação à divisão de cotas nas licitações

Há muito tempo os Estados Unidos possuem uma política de incentivar a divisão de partes de uma contratação governamental, para atingir, se possível, mais de uma pequena empresa. Agora, a Lei Complementar nº 123/2006 incorporou a idéia, mas com cautela, estabelecendo expressamente a possibilidade de cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte, em certames para a aquisição de bens e serviços de natureza divisível. Esse é mais um avanço no sentido de inserir os pequenos empreendimentos no mundo dos contratos governamentais.

XIII – As ressalvas criadas pela Lei Complementar nº 123/2006

Para os benefícios das licitações exclusivas, da subcontratação e das cotas, vale lembrar, foram feitas ressalvas no novo Estatuto, como a sua não aplicação quando o resultado possa não ser vantajoso para a Administração, entre outras hipóteses.

XIV – As possíveis soluções para a qualificação das microempresas

Há muito alarde injustificado sobre como e em que momento do procedimento deverá feita a qualificação ou a identificação (comprovada) da condição de microempresa e

empresa de pequeno porte nas licitações. Isso porque a Lei Complementar nº 123/2006 não trouxe as respostas para o assunto. Acontece que existe o paradigma a ser analisado, que é o caso da certificação anual das pequenas empresas norte-americanas pela agência independente, “The U.S. Small Business Administration”, como uma pré-qualificação antecipada e permanente, para utilização dos benefícios legais. Considerando que o Brasil possui diversos sistemas nacionais bastante avançados, como o cadastro da Receita Federal e o próprio SICAF, não será impossível criar mecanismos que possam melhorar e complementar os cadastros, com mais informações, para que possam ser consultados “on line”, ou em forma de certidões em papel, para todas as modalidades licitatórias, como o convite, a tomada de preços, a concorrência, o pregão presencial e o pregão eletrônico. Isso servirá, inclusive, para analisar eventuais impedimentos do § 4º do artigo 3º do Estatuto, e tenderá a evitar complicações ou delongas sobre a qualificação indubitosa da empresa como beneficiária da lei, desde o início do procedimento licitatório.

XV – A conclusão

No ambiente globalizado as idéias se propagam, com as devidas adaptações legislativas, sendo tarefa primeira do intérprete da lei buscar as suas origens, incluindo experiências anteriores, para compreender o sentido das normas e, em seguida, chegar às conclusões sobre o que será necessário fazer na sua esfera de atuação.

* Advogado e consultor jurídico de empresas. Sócio da Palomares Advogados. Pós-graduado em Direito Público. Especializado em licitações e contratos. Autor do livro “A defesa da empresa na licitação”.

Disponível em:< http://jusvi.com/doutrinas_e_pecas/ver/24044>

Acesso em.: 03 dez 2007.