

A PARTICIPAÇÃO DAS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS NAS LICITAÇÕES

Marco Aurélio Bicalho de Abreu Chagas

Sumário: Introdução. O Princípio da Isonomia. A Habilitação. A Regularidade Fiscal. Direito de Preferência. Perguntas e Respostas. Exercícios. Legislação. Referências Bibliográficas.

INTRODUÇÃO

A Lei Complementar nº 123/2006 que estabeleceu normas gerais relativas ao tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado à microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, prescreve normas que afetam as licitações públicas nos seus artigos. 42 a 49.

O Decreto nº 6.204 de 05 de setembro de 2007, publicado no DOU de 06 de setembro e regulamentou o tratamento favorecido, diferenciado e simplificado às micro e pequenas empresas (MPE's) nas contratações públicas da Administração Pública Federal.

As microempresas e empresas de pequeno porte, quando da participação em certames licitatórios, deverão apresentar toda a documentação exigida para efeito de comprovação de regularidade fiscal, mesmo que esta apresente alguma restrição.

Havendo alguma restrição na comprovação da regularidade fiscal, será assegurado o prazo de 2 (dois) dias úteis, cujo termo inicial corresponderá ao momento em que o proponente for declarado o vencedor do certame, prorrogável por igual período, a critério da Administração Pública, para a regularização da documentação, pagamento ou parcelamento do débito, e emissão de eventuais certidões negativas ou positivas com efeito de certidão negativa.

A não regularização da documentação, no prazo previsto, implicará decadência do direito a contratação, sem prejuízo das sanções previstas no art 81 da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, sendo facultado à Administração convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para a assinatura do contrato, ou revogar a licitação.

Nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte.

Analisaremos as normas relativas às licitações públicas para as micro e pequenas empresas pela Lei complementar 123 de 2006.

Assim, os artigos 42 a 49 da Lei Geral da micro e pequena empresa prescreve normas que afetam as aquisições públicas. Os artigos 42 e 43 enunciam normas sobre a comprovação da regularidade fiscal por parte das microempresas e das empresas de pequeno porte. Os artigos 44 e 45 estatuem em favor delas direito de preferência. Já o artigo 46, autoriza-as a emitir cédula de crédito microempresarial, na forma de regulamento a ser expedido pelo Poder Executivo. Os artigos 47, 48 e 49 dispõem sobre tratamento privilegiado e simplificado para as microempresas e as empresas de pequeno porte, desde que previsto e regulamentado na legislação do respectivo ente.

No entanto, a maior parte das disposições relativas a benefícios licitatórios, designada na Lei Complementar no 123 de 2006, apresenta natureza auto-aplicável.

Como se passa com os artigos 42 e 43, que tratam da regularidade fiscal das microempresas e das empresas de pequeno porte e com os artigos 44 e 45, que versam sobre o direito de preferência.

Já os artigos 47 e 48 da Lei Complementar no 123, deve ser previsto e regulamentado na legislação do respectivo ente. Desse modo, os dispostos nos artigos supracitados demandam, inclusive, lei ordinária para ser aplicado, não bastando regulamento do Poder Executivo.

No magistério de Marçal Justen Filho (2007, p.107), os dispositivos dos artigos 47 e 48 não tem natureza de lei complementar, ainda que tenham a aparência correspondente à figura.

A eficácia jurídica dos referidos dispositivos deriva da competência da União para editar lei ordinária que veicula normas gerais sobre licitação.

Vale lembrar, que a União editou o Decreto nº 6.204, de 5 de setembro de 2007, veiculando o Regulamento a ser aplicado em sua órbita federativa.

Não resta dúvida, da inconstitucionalidade em estabelecer preferências de cunho absoluto, sendo reservado a totalidades das contratações administrativas para microempresas e empresas de pequeno porte. E mais, é evidente a auto-aplicabilidade dos artigos 42 a 45 da Lei Geral de microempresas e empresas de pequeno porte, porém os artigos 47 e 48 sofrem com a dependência de uma lei ordinária para serem aplicados em cada caso concreto.

A Lei Geral determina que os órgãos públicos federais realizem licitações exclusivas para micro e pequenas empresas quando a compra for de até R\$ 80 mil. Também dá preferência ao segmento quando houver empate em licitações do tipo menor preço.

Para licitações acima de R\$ 80 mil, a administração pública federal deve exigir a subcontratação de micro e pequenas empresas em até pelo menos 30% do valor da licitação. A regra visa permitir a participação nas MPes nas contratações de grandes obras de engenharia. A lei também flexibilizou as exigências relativas à comprovação de regularidade fiscal.

A igualdade entre os licitantes, princípio que impede a discriminação entre os participantes do certame ainda é o epicentro da licitação. “Seu desatendimento constitui a forma mais insidiosa de desvio de poder”, importando, inclusive, ato de improbidade administrativa. **Desde dezembro de 2006 a Lei Federal nº 8.666/93 ganhou destaque com a publicação da Lei Complementar nº 123/06, com a inovação deste tratamento igualitário obrigatório.** As microempresas e empresas de pequeno porte passam a ter um tratamento diferenciado, no intuito de promover o desenvolvimento regional dos municípios brasileiros.

A lei 123/06 apresenta várias vantagens competitivas as pequenas empresas para que estas participem dos certames licitatórios, dentre as quais a possibilidade de dilação de prazo para negociação de dívidas tributárias mesmo após a realização da licitação e, além disso, uma vantagem que efetivamente é crucial no momento da licitação. Trata-se do disposto nos artigos 44 e 45 da citada lei.

Basicamente o que se extrai do texto legal é na verdade um privilégio dado às pequenas empresas que, no decorrer do processo licitatório tem o poder de apresentar a última proposta, garantindo-lhes a vitória do certame, desde que vislumbrados todos os requisitos propostos nos artigos.

O PRINCÍPIO DA ISONOMIA

A igualdade é dos valores mais prestigiados pelas sociedades ocidentais, especialmente após o advento da modernidade. Ela é expressão concreta da idéia de justiça, pois o tratamento discriminatório retrata uma das formas mais odiosas de arbitrariedade. Sobretudo, a igualdade é um dos baluartes do ordenamento jurídico nacional, tendo sido encartada no altiplano dos direitos fundamentais prestigiados na Constituição Federal, mais precisamente no *caput* do art. 5º, por meio do princípio da isonomia, que é a sua expressão jurídica.

Sob esse contexto, pode-se afirmar que o Estado e, como parte dele, **a Administração Pública, devem tratar todas as pessoas sujeitas as suas jurisdições com igualdade.** Isto é, sempre que o Estado pretender praticar ato que gere benefício a alguém, todos os interessados no referido benefício devem e têm o direito de ser tratados com igualdade por ele.

Seguindo essa linha, a própria idéia de licitação pública decorre do direito das pessoas de serem tratadas com igualdade pelo Estado. Explicando melhor, a Administração pretende contratar alguém. O contratado receberá remuneração em razão da execução do contrato, o que lhe produz espécie de benefício de ordem econômica. Em vista disso, todos os interessados em colher tal benefício têm o direito de ser tratados com igualdade pela Administração. **Logo, para tratar todos com igualdade, a Administração deve realizar procedimento que seja equânime, transparente, dando oportunidade para que todos os interessados disputem o contrato que ela irá firmar.** Esse procedimento é o que se conhece por **"licitação pública", que, no final das contas, como dito, decorre do direito das pessoas a serem tratadas com igualdade.**

Entretanto, é sabido que a isonomia não impõe que todos sejam tratados com absoluta igualdade. Ao contrário, as leis nada mais fazem do que discriminar situações em detrimentos de outras, classificando grupos e setores. A questão em torno da isonomia redundaria em precisar quais são as diferenças toleráveis, haja vista que, como preceitua Llorente, "é próprio do Direito estabelecer diferenças".

A esse respeito, Aristóteles havia advertido que o princípio isonômico implica tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais. Entretanto, a fórmula aristotélica não está pronta, pois não indica quem são os iguais e quem são os desiguais, bem como qual a medida aceitável da desigualdade a ser instaurada pelo Direito.^(Nota 3) Essas questões devem ser respondidas pelo legislador e pelos demais aplicadores do Direito, sempre tomando como norte o princípio da razoabilidade, que veda discriminações arbitrárias.

Sob essas luzes, convém sublinhar que **o fato de o legislador ter estabelecido tratamento privilegiado às microempresas e às empresas de pequeno porte não implica, por si só, ofensa ao princípio da isonomia**, isto é, ao direito das demais empresas, que não sejam micro ou de pequeno porte, de serem tratadas com igualdade. Isto porque não há igualdade absoluta. Insista-se que os desiguais devem ser tratados com desigualdade.

E o ponto é que a própria Constituição Federal prescreve, no inc. IX do seu art. 170, que se deve instituir "tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País". Ou seja, **a própria Constituição Federal obriga o legislador a criar lei para favorecer as empresas de pequeno porte, partindo do pressuposto de que elas são diferentes das demais empresas e que, portanto, merecem tratamento privilegiado**. Trocando-se em miúdos, o legislador, ao privilegiar as microempresas e as empresas de pequeno porte, não ofende, por si só, a isonomia, o direito das demais empresas e pessoas à igualdade. O legislador, ao contrário, atende ao princípio da isonomia, porquanto ele privilegia quem a própria Constituição Federal estabeleceu que merece ser privilegiado.

Entretanto, ao legislador não é permitido criar qualquer tipo de norma, estabelecer privilégios que não sejam razoáveis. O ponto nuclear da questão reside na existência de liame lógico entre o tratamento que favorece às micro empresas e às empresas de pequeno porte e a razoabilidade. Ao legislador não foi dada espécie de "carta-branca", não lhe é dado incorrer no absurdo.

Logo, muito embora os privilégios criados pelo legislador às microempresas e às empresas de pequeno porte em tese não sejam de antemão inconstitucionais, por suposta afronta ao princípio da isonomia, é imperativo analisar as respectivas normas, avaliar, caso a caso, em que medida o legislador desigualou, tudo sob a mira da razoabilidade.

O subscritor do presente texto, muito embora não considere em tese inconstitucional o privilégio concedido às microempresas e às empresas de pequeno porte, aproveita o ensejo para expressar a discordância com a opção do legislador de fazê-lo por meio de licitação pública. O privilégio deveria ser apenas de ordem fiscal e relacionada a outros elementos burocráticos. Ele não deveria tocar a licitação, criando embaraços procedimentais quase invencíveis e, de modo geral, desencorajando a participação de outras empresas, o que não se afaz ao princípio da competitividade.

A HABILITAÇÃO

Na Lei 8666/93 o trâmite de um procedimento licitatório compreende as seguintes fases: edital, habilitação, classificação, homologação e adjudicação.

Neste início, a importância está relacionada com a habilitação dos proponentes, ou seja, a Administração Pública vai verificar se os licitantes preenchem ou não requisitos necessários para a licitação conforme o edital. Estes requisitos estão inseridos no artigo 27 da Lei 8666/93 como as capacitações jurídicas, técnica e econômico-financeira dos interessados, além da regularidade fiscal e o cumprimento do inciso XXXIII do artigo 7o da Constituição Federal.

Maria Sylvania di Pietro (2001, p.329) conceitua a fase de habilitação examinados os documentos, serão considerados habilitados os licitantes que tiverem atendido às exigências do edital, não sendo permitido, após o ato público de abertura dos envelopes, a apresentação ou substituição de documentos. Os licitantes que não

estiverem com a documentação em ordem serão considerados inabilitados para participar da licitação e recebe de volta, fechado, o envelope contendo sua proposta.

Desta forma, o objeto de estudo é a Lei 123 enfatizando os artigos 42 e 43 que asseguram às microempresas e empresas de pequeno porte um benefício específico e determinado, relativamente à questão da habilitação.

A rigor, o artigo 42 da Lei 123/06 prescreve que, nas licitações públicas, a comprovação de regularidade fiscal das microempresas e empresas de pequeno porte somente devem ser exigidas para efeito de assinatura de contrato.

Do mesmo modo, o artigo 43 da mesma lei menciona que as microempresas e empresas de pequeno porte devem apresentar as certidões de regularidade fiscal normalmente, durante a licitação, tal quais os demais licitantes, dentro do envelope destinado aos documentos de habilitação. Porém, se houver problemas com algumas das certidões pertinentes à regularidade fiscal delas, a Administração Pública não deve inabilitá-las. Assim, o juízo sobre a habilitação das microempresas e das empresas de pequeno porte cujas certidões apresentaram defeitos é suspenso.

Em outras palavras, no término da fase de habilitação, as microempresas e as empresas de pequeno porte cujas certidões de regularidade fiscal apresentam defeitos, não devem ser habilitadas nem inabilitadas.

Na mesma linha, Marçal Justen Filho (2007, p.42) entende que o conteúdo do benefício reside não na dispensa de apresentação de documentos de regularidade fiscal, nem se trata da dilação quanto a oportunidade própria para exibição dos documentos. O que se faculta é a desnecessidade de perfeita e completa regularidade fiscal no momento de abertura ou do julgamento do certame.

O artigo 43, 1º da Lei 123/2006 descreve o prazo de dois dias úteis no caso de alguma restrição para comprovação da regularidade fiscal, cujo termo inicial corresponderá ao momento em que o proponente for declarado o vencedor do certame.

Na interpretação hermenêutica do artigo supracitado, a redação é imprecisa e gera dificuldades, pois o problema fundamental é o seguinte: em que momento os licitantes são declarados vencedores?

Segundo a Lei 8666/93, nas licitações tradicionais, não há referência expressa para resposta da questão, é necessário a busca de uma analogia na Lei 10520/2002 (Lei do Pregão) onde conclui que o licitante é declarado vencedor quando a comissão de licitação termina o julgamento das propostas.

Mesmo utilizando-se dessa interpretação analógica, Marçal Justen Filho (2007, p.69) coloca várias hipóteses antes da conclusão do julgamento das propostas, como mostrado a seguir: "(I) depois de classificadas as propostas, antes a abertura da oportunidade para interpor recurso, (II) depois de decididos os recursos, antes da homologação e adjudicação ou (III) depois de encerrada a licitação com a adjudicação do objeto ao vencedor".

Para o Mestre Marçal Justen, a Lei 123/2006 optou pela terceira alternativa, ou seja, ocorre a adjudicação em favor do interessado antes dele promover a regularização.

O artigo 43 do 2º artigo da Lei 123/06, mostra que se a microempresa ou a empresa de pequeno porte declarada vencedora, não regularizar a documentação, implicará decadência do direito e deve ser penalizada segundo o artigo 81 da Lei 8666/93.

Ainda com base no escólio de Marçal Justen Filho (2007, p. 75), pode afirmar que se o adjudicatário não comprovar a regularização dos defeitos, a autoridade competente deverá promover o desfazimento da adjudicação e dos atos de conclusão do certame.

Data vênia, as palavras do Ilustríssimo Marçal Justen Filho, deve-se observar que a adjudicação é o último ato do processo licitatório, assim, a microempresa ou a empresa de pequeno porte que for declarada vencedora daí sim ela será obrigada a regularizar a questão e somente a partir disso é que a licitação será homologada e adjudicada em seu favor.

Ato contínuo, *in fine* do artigo 43 da Lei 123, ao aplicar as penalidades previstas no artigo 81 da Lei 8666/93 nos traz controvérsias, pois este circunscreve sobre a recusa injustificada de celebração contratual, quando o adjudicatário estará sujeito às sanções administrativas previstas no artigo 87 (advertência, multa, suspensão do

direito de licitar / contratar com a administração pública e declaração de idoneidade) e aquele que faz menção sobre a matéria de não-regularização de documentação, portanto, atinente à classificação.

Nesse diapasão, Ivan Barbosa Rigolin (2006, p.6) descreve que “não se concebe estabelecer alguma penalidade à micro e pequena empresa que, vencedora, deixar de apresentar a habilitação fiscal exigida”. O artigo 81 da Lei de licitações se refere ao vencedor que deixar de comparecer para contratar, quando ainda está válida a sua proposta. Não tem sentido aplicar este mesmo rigor a quem simplesmente não consegue se habilitar.

Por derradeiro, o legislador foi rígido ao instituir as penalidades previstas no artigo 81 da Lei 8666/93, caso a microempresa ou empresa de pequeno porte deixasse de apresentar a habilitação fiscal exigido. Se o mesmo quis ser tão severo, porque não demandou a habilitação fiscal desde o início do procedimento licitatório.

A REGULARIDADE FISCAL

O art. 42 da Lei Complementar nº 123/06 prescreve que, nas licitações públicas, a comprovação de regularidade fiscal das microempresas e empresas de pequeno porte somente deve ser exigida para efeito de assinatura do contrato. Ou seja, as microempresas e as empresas de pequeno porte, diferentemente das demais, não devem ser inabilitadas, na fase própria de habilitação, se deixarem de apresentar alguma certidão de regularidade fiscal ou se alguma delas apresentar defeito.

A rigor, na forma do *caput* do art. 43 da Lei Complementar nº 123/06, as microempresas e as empresas de pequeno porte **devem apresentar as certidões de regularidade fiscal normalmente, durante a licitação, tal qual os demais licitantes, dentro do envelope destinado aos documentos de habilitação.** Entretanto, se houver problema com algumas das certidões pertinentes à regularidade fiscal delas, **a Administração não deve inabilitá-las.** A rigor, o juízo sobre a habilitação das microempresas e das empresas de pequeno porte cujas certidões apresentaram defeitos é suspenso, é postergado.

Trocando-se em miúdos, ao final da fase de habilitação, as microempresas ou as empresas de pequeno porte cujas certidões de regularidade fiscal apresentaram defeitos, **não devem ser habilitadas nem inabilitadas.** Elas, em que pese apresentarem certidões de regularidade fiscal defeituosas, **passam à próxima fase do certame, não são excluídas dele.**

Pois bem, se a microempresa ou **a empresa de pequeno porte cujas certidões de regularidade fiscal apresentarem defeito for declarada vencedora da licitação, a Administração deve conceder a ela, a partir do momento em que é declarada vencedora, o prazo de dois dias úteis para regularizar a sua situação,** para que apresente novas certidões, escoimadas dos defeitos constatados inicialmente.

Esse privilégio concedido em favor das microempresas e das empresas de pequeno porte causa controvérsias de natureza procedimental. Ocorre que a elas deve-se oportunizar a apresentação de certidões de regularidade fiscal depois de serem declaradas vencedoras. O ponto é: em que momento os licitantes são declarados vencedores?

Na modalidade pregão, a resposta é relativamente tranqüila. Ocorre que o inc. XV do art. 4º da Lei nº 10.520/02 enuncia que, **"verificado o atendimento das exigências fixadas no instrumento convocatório, o licitante será declarado vencedor"**. Ou seja, no pregão o licitante é declarado vencedor após a habilitação e antes da etapa recursal. Então, **a microempresa ou a empresa de pequeno porte terá o direito de reapresentar as certidões de regularidade fiscal logo após a fase de habilitação.** Nesse caso, com fundamento no § 1º do art. 43 da Lei Complementar nº 123/06, o pregoeiro deve suspender a sessão e conceder à microempresa ou à empresa de pequeno porte declarada vencedora o prazo de dois dias úteis, prorrogáveis por igual período, a critério do pregoeiro, para a regularização das certidões.

Nas modalidades tradicionais a resposta é mais complicada, porque não há referência expressa na Lei nº 8.666/93 ao momento em que o licitante é declarado vencedor. Para não tumultuar ainda mais o procedimento, **deve-se considerar que o licitante é declarado vencedor quando a comissão de licitação conclui o julgamento das propostas, procedendo-se à espécie de interpretação analógica da Lei nº 10.520/02.** Daí, antes mesmo de oportunizar a interposição de recurso, a comissão de licitação, com amparo no § 1º do art. 43 da Lei nº 8.666/93, deve suspender a sessão e conferir à microempresa ou à empresa de

pequeno porte declarada vencedora o prazo de dois dias úteis, prorrogáveis por igual período, a critério da comissão de licitação, para a regularização das certidões.

Depois disso, tendo apreciado as certidões, a comissão de licitação oportuniza a interposição de recursos, na forma do art. 109 da Lei nº 8.666/93, permitindo que seja objeto dele tanto questões referentes ao julgamento das propostas quanto questões concernentes à regularidade fiscal das microempresas e das empresas de pequeno porte.

Por derradeiro, consoante o § 2º do art. 45 da Lei Complementar nº 123/06, se a microempresa ou a empresa de pequeno porte, declarada vencedora, não regularizar as certidões fiscais, **ela perde o direito à contratação e deve ser penalizada, recorrendo-se ao art. 81 da Lei nº 8.666/93**. Além disso, a Administração deve convocar os demais licitantes, na ordem de classificação para assinar o contrato, ou revogar a licitação.

DIREITO DE PREFERÊNCIA

O *caput* do art. 44 da Lei Complementar nº 123/06 confere às microempresas e às empresas de pequeno porte **direito de preferência nas situações em que ocorre empate em licitação pública**. No entanto, o empate que dá ensejo ao direito de preferência não pressupõe que as propostas apresentadas por microempresas ou empresas de pequeno porte contenham exatamente o mesmo valor nominal ofertado por outras empresas. Ocorre que os §§ 1º e 2º do referido art. 44 prescreve que há empate nos casos em que a proposta apresentada pela microempresa ou empresa de pequeno porte não seja superior a 10% da proposta mais bem classificada e, no caso de licitação promovida sob a modalidade pregão, que não seja superior a 5% da proposta com o menor preço.

De todo modo, ocorrendo o empate a que alude os parágrafos do art. 44 da Lei Complementar nº 123/06, a microempresa ou a empresa de pequeno porte não é automaticamente declarada vencedora, na medida em que o preço dela é de fato superior ao menor preço ofertado no certame, o que importaria, se fosse o caso, desvantagem à Administração Pública e vulneração aberta ao princípio da eficiência, encartado no *caput* do art. 37 da Constituição Federal.

A rigor, **reconhecendo-se o empate, na forma dos parágrafos do art. 44 da Lei Complementar nº 123/06, a microempresa ou a empresa de pequeno porte mais bem classificada faz jus à oportunidade de oferecer proposta de preço inferior à proposta até então considerada vencedora do certame**, conforme dispõe o inc. I do art. 45 da mesma Lei Complementar. Enfatiza-se que não basta à microempresa ou à empresa de pequeno porte igualar o menor preço até então ofertado. A microempresa ou a empresa de pequeno porte **mais bem classificada deve cobrir o menor preço até então ofertado, reduzi-lo**. Se o fizer, prescreve o referido inc. I do art. 45 da Lei Complementar, o objeto da licitação deve ser adjudicado a ela.

A propósito, nem todas as microempresas e as empresas de pequeno porte que cotarem preços considerados empatados com o menor preço então ofertado, nos termos dos parágrafos do art. 44 da Lei Complementar nº 123/06, terão o direito de cobri-lo, oferecendo nova proposta. **Somente a microempresa ou a empresa de pequeno porte mais bem classificada fará jus ao direito**.

O inc. II do art. 45 da Lei Complementar nº 123/06 prescreve que, se a microempresa ou a empresa de pequeno porte mais bem classificada não exercer o direito de preferência, as demais microempresas e empresas de pequeno porte participantes da licitação, desde que tenham ofertado preços dentro dos parâmetros estabelecidos pelos parágrafos do art. 44 da Lei Complementar nº 123/06, terão também o direito de cobrir o menor valor então proposto, de acordo com a ordem de classificação delas.

Demais disso, se, eventualmente, houver efetivo empate entre preços de diferentes microempresas e/ou empresas de pequeno porte, o inc. III do art. 45 da Lei Complementar nº 123/06 determina que se deve proceder a sorteio, para definir a ordem de classificação delas e, por consequência, qual delas poderá exercer o direito de preferência estatuído na Lei Complementar nº 123/06 em primeiro lugar.

O direito de preferência não se aplica em relação às licitações do tipo melhor técnica.

O direito de preferência concedido em favor das microempresas e das empresas de pequeno porte ora em comento não se aplica sobre as licitações que adotam o tipo melhor técnica.

Bem se vê, sobretudo em face do inc. I do art. 45 da Lei Complementar nº 123/06, que o direito de preferência outorgado em favor das microempresas e das empresas de pequeno porte é exercido estritamente sob a perspectiva do preço. Tanto o é que o referido dispositivo alude ao direito de "apresentar proposta com preço inferior àquela considerada vencedora do certame".

Ocorre que, **nas licitações do tipo melhor técnica, o preço não é o fator determinante ou preponderante para a Administração Pública.** Nelas, o fator técnico é o fundamental. Por isso, a redução do preço por parte da microempresa ou da empresa de pequeno porte mais bem classificada, prescrita no inc. I do art. 45 da Lei Complementar nº. 123/06, não é o bastante para declarar a proposta dela vencedora. Ele somente o seria se a microempresa ou a empresa de pequeno porte mais bem classificada oferecesse também vantagens de ordem técnica, que fossem bastante para tornar a sua proposta técnica superior à da licitante mais bem classificada. No entanto, a Lei Complementar nº 123/06 **não previu a possibilidade de melhora da proposta técnica, o que, diga-se de passagem, na maior parte dos casos, seria mesmo impossível de ser feito.**

Insista-se que o inc. I do art. 45 da Lei Complementar nº 123/06 determina que o direito de preferência deve ser exercido por meio do oferecimento, por parte da microempresa ou da empresa de pequeno porte mais bem classificada, de proposta de preço inferior ao ofertado na proposta até então considerada vencedora do certame. Assim o sendo, por força do princípio da legalidade, como a Lei Complementar em comento não previu a melhora da proposta técnica, é de concluir que **o direito de preferência preceituado nela restringe-se às licitações cujo preço seja fator preponderante para a definição do vencedor, excluindo aquelas do tipo melhor técnica.**

Convém ressaltar que **é possível aplicar o direito de preferência estatuído na Lei Complementar nº. 123/06 nas licitações do tipo técnica e preço.** Ocorre que nelas há uma nota técnica e uma nota de preço, que são ponderadas para a obtenção do resultado final. Nesse sentido, apesar das dificuldades procedimentais, comentadas adiante, a microempresa ou a empresa de pequeno porte poderia reduzir o seu preço e, em vista disso, ainda que com a mesma técnica, passar a oferecer a proposta mais vantajosa à Administração.

Procedimento para o direito de preferência nas licitações do tipo menor preço promovidas de acordo com a Lei nº. 8.666/93

Pois bem, nas licitações do tipo menor preço que seguem a sistemática da Lei nº 8.666/93, a comissão de licitação deve conduzir o certame normalmente, procedendo à habilitação e, depois dela, à abertura dos envelopes com as propostas.

Aberto os envelopes com as propostas, a comissão de licitação deve analisar a aceitabilidade delas, desclassificando aquelas que apresentarem objetos que não atendem às especificações do edital, às formalidades neles previstas, bem como as que consignarem preços excessivos ou inexequíveis.

Em seguida, a comissão de licitação deve classificar as propostas de acordo com os preços expressos nela.

Se microempresa ou empresa de pequeno porte tiver ofertado o menor preço, o certame deve seguir normalmente. A comissão de licitação então deve declarar que a microempresa ou a empresa de pequeno porte em referência foi a primeira classificada, publicando tal decisão ou intimando diretamente os demais licitantes, se todos eles estiverem presentes à sessão, para que, se quiserem, interponham recurso.

No entanto, se o menor preço tiver sido oferecido por empresa não qualificada como microempresa ou empresa de pequeno porte, a comissão de licitação deve verificar se alguma microempresa ou empresa de pequeno porte ofertou proposta não superior a 10% em relação ao menor preço.

Se a resposta for positiva, isto é, se alguma microempresa ou empresa de pequeno porte ofertou preço não superior a 10% em relação ao menor preço, a comissão de licitação deve intimar a microempresa ou a empresa de pequeno porte mais bem classificada para que ela exerça o direito de preferência.

Se a microempresa ou a empresa de pequeno porte mais bem classificada estiver representada na sessão, a comissão de licitação deve intimá-la diretamente, na própria sessão, em caso contrário, se ela não estiver representada, a comissão de licitação deve intimá-la por meio de carta-registrada ou outro instrumento, concedendo a ela o prazo para que exerça o direito de preferência e cubra o menor preço até então ofertado.

Destaca-se que esse procedimento é necessário porquanto na sistemática da Lei nº. 8.666/93 os licitantes não precisam estar presentes nas sessões. Por isso, se a microempresa ou a empresa de pequeno porte que faz jus ao direito de preferência não estiver presente na sessão, ela deve ser intimada por meio de carta-registrada ou outro meio hábil para exercer o direito de preferência.

De todo modo, a Lei Complementar nº. 123/06 não define o prazo que dispõe a microempresa ou a empresa de pequeno porte que faz jus ao direito de preferência para exercê-lo. Logo, é recomendável que o edital verse sobre o assunto. Se o edital for omissivo, a comissão de licitação deve fixar o prazo.

Se a microempresa ou a empresa de pequeno porte mais bem classificada exercer o direito de preferência, cobrindo o menor preço até então ofertado, a comissão de licitação deve declará-la primeira classificada e publicar tal decisão na imprensa oficial ou intimar diretamente os licitantes, se todos estiverem presentes na sessão, abrindo prazo para a interposição de recurso.

Se a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada não exercer o direito de preferência, não cobrindo o menor preço até então ofertado, a comissão de licitação deve verificar se alguma outra microempresa ou empresa de pequeno porte ofertou preço não superior a 10% do menor preço. Se houver outra ou outras microempresas ou empresas de pequeno porte nessa situação, a comissão de licitação deve repetir o mesmo procedimento, conferindo a elas, de acordo com a ordem de classificação, oportunidade para exercer o direito de preferência.

Em qualquer das hipóteses, se não houver recurso ou uma vez decididos os eventuais recursos, a comissão de licitação deve adjudicar o objeto da licitação e remeter o processo para a autoridade competente para que ela homologue ou não a licitação.

Procedimento para o direito de preferência nas licitações do tipo técnica e preço promovidas de acordo com a Lei nº. 8.666/93

Nas licitações do tipo técnica e preço, a comissão de licitação deve realizar o julgamento normalmente, abrindo o envelope com a proposta técnica e o envelope com a proposta de preço, apurando-se a nota final de cada licitante, que é resultante da ponderação dos dois fatores, técnica e preço.

O direito de preferência preconizado no art. 44 da Lei Complementar nº 123/06 somente deve ser exercido se houver empate na nota final, repita-se, resultante da ponderação entre os fatores técnica e preço. Veja-se que o § 1º do art. 44 da referida Lei Complementar prescreve que se entende "por empate aquelas situações em que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 10% superiores à proposta mais bem classificada". Ou seja, o parâmetro para identificar o empate é a proposta como um todo. E, nas licitações do tipo técnica e preço, a proposta como um todo resulta da conjunção da técnica e do preço. Quer dizer que isoladamente o preço não é o parâmetro para identificar o pretense empate nas licitações do tipo técnica e preço.

Pois bem, se houver microempresas ou empresas de pequeno porte cujas notas finais, resultantes da técnica e do preço, não sejam superiores a 10% da melhor nota final, a que tiver oferecido a melhor proposta fará jus ao direito de preferência.

Nesse sentido, a comissão de licitação deve intimar a microempresa ou a empresa de pequeno porte mais bem classificada para exercer o direito de preferência. Essa intimação pode ser realizada diretamente, se a microempresa ou a empresa de pequeno porte que fizer jus ao direito de preferência estiver presente na sessão. Em caso contrário, se ela não estiver presente, a comissão de licitação deve intimá-la por meio de carta-registrada ou outro instrumento, concedendo a ela o prazo para que exerça o direito de preferência. Repita-se que a Lei Complementar nº. 123/06 não define o prazo que dispõe a microempresa ou a empresa de

pequeno porte que faz jus ao direito de preferência para exercê-lo. Logo, é recomendável que o edital verse sobre o assunto. Se o edital for omissivo, a comissão de licitação deve fixar o prazo.

Cumpra salientar que o direito de preferência outorgado à microempresa ou empresa de pequeno porte enseja a ela a melhora apenas da parte da proposta relativa ao preço; ela não poderá alterar a parte da proposta relativa à técnica. Nesse sentido, o inc. I do art. 45 da Lei Complementar nº. 123/06 é claro e peremptório ao enunciar que o direito de preferência é exercido com a apresentação de proposta de preço inferior àquela considerada vencedora do certame.

Dessa forma, a licitante microempresa ou empresa de pequeno porte, que faz jus ao direito de preferência, tem a oportunidade apenas de reduzir o seu preço. No entanto, para que ela seja a vencedora, é necessário, com base no novo preço apresentado por ela, refazer o cálculo do fator preço de todos os demais licitantes e, depois disso, a ponderação entre os fatores preço e técnica novamente. A licitante microempresa ou empresa de pequeno porte somente é a vencedora se, com o novo preço apresentado por ela, a nota final dela for superior à da empresa inicialmente apontada como vencedora.

Se isso não ocorrer, a comissão de licitação deve verificar se há outras microempresas ou empresas de pequeno porte que também tenham oferecido propostas não superiores a 10% da proposta mais bem classificada apresentada por licitante que não seja microempresa ou empresa de pequeno porte. Se houver, a comissão de licitação deve garantir a elas, de acordo com a ordem inicial de classificação, o direito de preferência, que se exerce da mesma forma.

Ao final, exercido ou não o direito de preferência, a comissão de licitação deve intimar diretamente os licitantes, se todos estiverem presentes à sessão, ou por meio de publicação na Imprensa Oficial, oportunizando a eles a interposição de recursos.

O procedimento para o exercício do direito de preferência nas licitações promovidas por meio da modalidade pregão

O pregoeiro deve realizar o procedimento normal pertinente à modalidade pregão até o final da etapa de lances.

Se o vencedor da etapa de lances for microempresa ou empresa de pequeno porte, o pregoeiro deve dar continuidade à sessão normalmente, por efeito do que deve proceder à negociação, analisar a aceitabilidade da proposta e, em seguida, os documentos de habilitação dele.

Se o vencedor não for microempresa ou empresa de pequeno porte, o pregoeiro deve verificar se alguma microempresa ou empresa de pequeno porte ofertou preço não superior a 5% do menor preço apurado na etapa de lances.

Em caso de resposta positiva, isto é, se alguma microempresa ou empresa de pequeno porte ofertou preço não superior a 5% do menor preço apurado na etapa de lances, o pregoeiro deve conferir cinco minutos, na forma do § 3º do art. 45 da Lei Complementar nº 123/06, para que a microempresa ou a empresa de pequeno porte mais bem classificada exerça o direito de preferência, propondo preço que seja inferior ao menor preço apurado na etapa de lances.

Se ela, a microempresa ou a empresa de pequeno porte mais bem classificada, não exercer o direito de preferência, o pregoeiro deve dar oportunidade a outras microempresas ou empresas de pequeno porte cujos preços também não sejam superiores a 5% do menor preço para também exercerem o direito de preferência, de acordo com a ordem de classificação.

Convém anotar que a microempresa ou a empresa de pequeno porte que faz jus ao direito de preferência deve manter representante presente à sessão do pregão, devidamente credenciado. Na modalidade pregão, o licitante que não mantém representante credenciado durante a sessão arca com o ônus de não poder manifestar-se e, por consequência, não conseguirá exercer o direito de preferência. No pregão, diferentemente do que ocorre nas modalidades tradicionais previstas na Lei nº 8.666/93, a microempresa ou empresa de pequeno porte que faz jus ao direito de preferência não é intimada por carta registrada ou outro instrumento

para exercê-lo. Repita-se, o direito deve ser exercido por ela na própria sessão, dentro do prazo de cinco minutos, sob pena de preclusão.

Se o direito de preferência for exercido por alguma das microempresas ou empresas de pequeno porte, então o pregoeiro deve dar seqüência à sessão, por efeito do que deve negociar com ela, tratar da aceitabilidade da proposta dela e, depois, dos documentos de habilitação.

O mesmo procedimento deve ser realizado em relação ao pregão presencial e ao pregão eletrônico. Sublinha-se, apenas, que os sistemas eletrônicos atualmente vigentes precisam ser adaptados imediatamente, para que os pregoeiros possam realizar o procedimento ora descrito, previsto na Lei Complementar nº 123/06.

PERGUNTAS E RESPOSTAS

1 – A Lei Complementar nº 123/06 afeta o **princípio da isonomia** nas licitações?

Tal modelo poderia ser mais aceitável e realista se se permitisse a livre concorrência entre os participantes como na redação original da Lei 8.666/93, embora, da mesma forma, alguns aspectos devam ser questionados. Por exemplo, o legislador permitiu, por menos crível que pareça, a participação dessas pequenas empresas no certame ainda que sua regularidade fiscal esteja maculada. Assim dispõe o art. 42, onde a regularidade fiscal somente será exigida para fins de formalização e assinatura do instrumento contratual.

Como se não bastasse essa violação à igualdade, há ainda a possibilidade de regularização da documentação exigida pela microempresa e empresa de pequeno porte dois dias úteis após o encerramento do certame, caso se consagre vencedora. Menos gravoso tal assertiva legal foi assegurar apenas o seu favorecimento à participação mínima de três concorrentes enquadrados nesta condição de benefício, e aptas a arcarem com as obrigações assumidas, sob pena de descumprimento, como disposto no art. 81 da Lei de Licitações.

2 – De que forma a Lei Complementar nº 123/06 interfere no **direito de preferência** previsto no § 2º do art. 3º da Lei nº 8.666/93?

Procedimento para o direito de preferência nas licitações do tipo menor preço promovidas de acordo com a Lei nº 8.666/93

Pois bem, nas licitações do tipo menor preço que seguem a sistemática da Lei nº 8.666/93, a comissão de licitação deve conduzir o certame normalmente, procedendo à habilitação e, depois dela, à abertura dos envelopes com as propostas.

Aberto os envelopes com as propostas, a comissão de licitação deve analisar a aceitabilidade delas, desclassificando aquelas que apresentarem objetos que não atendem às especificações do edital, às formalidades neles previstas, bem como as que consignarem preços excessivos ou inexequíveis.

Em seguida, a comissão de licitação deve classificar as propostas de acordo com os preços expressos nela.

Se microempresa ou empresa de pequeno porte tiver ofertado o menor preço, o certame deve seguir normalmente. A comissão de licitação então deve declarar que a microempresa ou a empresa de pequeno porte em referência foi a primeira classificada, publicando tal decisão ou intimando diretamente os demais licitantes, se todos eles estiverem presentes à sessão, para que, se quiserem, interponham recurso.

No entanto, se o menor preço tiver sido oferecido por empresa não qualificada como microempresa ou empresa de pequeno porte, a comissão de licitação deve verificar se alguma microempresa ou empresa de pequeno porte ofertou proposta não superior a 10% em relação ao menor preço.

Se a resposta for positiva, isto é, se alguma microempresa ou empresa de pequeno porte ofertou preço não superior a 10% em relação ao menor preço, a comissão de licitação deve intimar a microempresa ou a empresa de pequeno porte mais bem classificada para que ela exerça o direito de preferência.

Se a microempresa ou a empresa de pequeno porte mais bem classificada estiver representada na sessão, a comissão de licitação deve intimá-la diretamente, na própria sessão, em caso contrário, se ela não estiver representada, a comissão de licitação deve intimá-la por meio de carta-registrada ou outro instrumento, concedendo a ela o prazo para que exerça o direito de preferência e cubra o menor preço até então ofertado.

Destaca-se que esse procedimento é necessário porquanto na sistemática da Lei nº 8.666/93 os licitantes não precisam estar presentes nas sessões. Por isso, se a microempresa ou a empresa de pequeno porte que faz jus ao direito de preferência não estiver presente na sessão, ela deve ser intimada por meio de carta-registrada ou outro meio hábil para exercer o direito de preferência.

De todo modo, a Lei Complementar nº 123/06 **não define o prazo que dispõe a microempresa ou a empresa de pequeno porte que faz jus ao direito de preferência para exercê-lo**. Logo, é recomendável que o edital verse sobre o assunto. Se o edital for omissivo, a comissão de licitação deve fixar o prazo.

Se a microempresa ou a empresa de pequeno porte mais bem classificada exercer o **direito de preferência**, cobrindo o menor preço até então ofertado, a comissão de licitação deve declará-la primeira classificada e publicar tal decisão na imprensa oficial ou intimar diretamente os licitantes, se todos estiverem presentes na sessão, abrindo prazo para a interposição de recurso.

Se a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada não exercer o **direito de preferência**, não cobrindo o menor preço até então ofertado, a comissão de licitação deve verificar se alguma outra microempresa ou empresa de pequeno porte ofertou preço não superior a 10% do menor preço. Se houver outra ou outras microempresas ou empresas de pequeno porte nessa situação, a comissão de licitação deve repetir o mesmo procedimento, conferindo a elas, de acordo com a ordem de classificação, oportunidade para exercer o direito de preferência.

Em qualquer das hipóteses, se não houver recurso ou uma vez decididos os eventuais recursos, a comissão de licitação deve adjudicar o objeto da licitação e remeter o processo para a autoridade competente para que ela homologue ou não a licitação.

Procedimento para o direito de preferência nas licitações do tipo técnica e preço promovidas de acordo com a Lei nº 8.666/93

Nas licitações do tipo técnica e preço, a comissão de licitação deve realizar o julgamento normalmente, abrindo o envelope com a proposta técnica e o envelope com a proposta de preço, apurando-se a nota final de cada licitante, que é resultante da ponderação dos dois fatores, técnica e preço.

O direito de preferência preconizado no art. 44 da Lei Complementar nº 123/06 somente deve ser exercido se houver empate na nota final, repita-se, resultante da ponderação entre os fatores técnica e preço. Veja-se que o § 1º do art. 44 da referida Lei Complementar prescreve que se entende "por empate aquelas situações em que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 10% superiores à proposta mais bem classificada". Ou seja, o parâmetro para identificar o empate é a proposta como um todo. E, nas licitações do tipo técnica e preço, a proposta como um todo resulta da conjunção da técnica e do preço. Quer dizer que isoladamente o preço não é o parâmetro para identificar o pretense empate nas licitações do tipo técnica e preço.

Pois bem, se houver microempresas ou empresas de pequeno porte cujas notas finais, resultantes da técnica e do preço, não sejam superiores a 10% da melhor nota final, a que tiver oferecido a melhor proposta fará jus ao direito de preferência.

Nesse sentido, a comissão de licitação deve intimar a microempresa ou a empresa de pequeno porte mais bem classificada para exercer o direito de preferência. Essa intimação pode ser realizada diretamente, se a microempresa ou a empresa de pequeno porte que fizer jus ao direito de preferência estiver presente na sessão. Em caso contrário, se ela não estiver presente, a comissão de licitação deve intimá-la por meio de carta-registrada ou outro instrumento, concedendo a ela o prazo para que exerça o direito de preferência. Repita-se que a Lei Complementar nº 123/06 não define o prazo que dispõe a microempresa ou a empresa de

pequeno porte que faz jus ao direito de preferência para exercê-lo. Logo, é recomendável que o edital verse sobre o assunto. Se o edital for omissivo, a comissão de licitação deve fixar o prazo.

Cumpra salientar que o direito de preferência outorgado à microempresa ou empresa de pequeno porte enseja a ela a melhora apenas da parte da proposta relativa ao preço; ela não poderá alterar a parte da proposta relativa à técnica. Nesse sentido, o inc. I do art. 45 da Lei Complementar nº 123/06 é claro e peremptório ao enunciar que o direito de preferência é exercido com a apresentação de proposta de preço inferior àquela considerada vencedora do certame.

Dessa forma, a licitante microempresa ou empresa de pequeno porte, que faz jus ao direito de preferência, tem a oportunidade apenas de reduzir o seu preço. No entanto, para que ela seja a vencedora, é necessário, com base no novo preço apresentado por ela, refazer o cálculo do fator preço de todos os demais licitantes e, depois disso, a ponderação entre os fatores preço e técnica novamente. A licitante microempresa ou empresa de pequeno porte somente é a vencedora se, com o novo preço apresentado por ela, a nota final dela for superior à da empresa inicialmente apontada como vencedora.

Se isso não ocorrer, a comissão de licitação deve verificar se há outras microempresas ou empresas de pequeno porte que também tenham oferecido propostas não superiores a 10% da proposta mais bem classificada apresentada por licitante que não seja microempresa ou empresa de pequeno porte. Se houver, a comissão de licitação deve garantir a elas, de acordo com a ordem inicial de classificação, o direito de preferência, que se exerce da mesma forma.

Ao final, exercido ou não o direito de preferência, a comissão de licitação deve intimar diretamente os licitantes, se todos estiverem presentes à sessão, ou por meio de publicação na Imprensa Oficial, oportunizando a eles a interposição de recursos.

O procedimento para o exercício do direito de preferência nas licitações promovidas por meio da modalidade pregão

O pregoeiro deve realizar o procedimento normal pertinente à modalidade pregão até o final da etapa de lances.

Se o vencedor da etapa de lances for microempresa ou empresa de pequeno porte, o pregoeiro deve dar continuidade à sessão normalmente, por efeito do que deve proceder à negociação, analisar a aceitabilidade da proposta e, em seguida, os documentos de habilitação dele.

Se o vencedor não for microempresa ou empresa de pequeno porte, o pregoeiro deve verificar se alguma microempresa ou empresa de pequeno porte ofertou preço não superior a 5% do menor preço apurado na etapa de lances.

Em caso de resposta positiva, isto é, se alguma microempresa ou empresa de pequeno porte ofertou preço não superior a 5% do menor preço apurado na etapa de lances, o pregoeiro deve conferir cinco minutos, na forma do § 3º do art. 45 da Lei Complementar nº 123/06, para que a microempresa ou a empresa de pequeno porte mais bem classificadas exerça o direito de preferência, propondo preço que seja inferior ao menor preço apurado na etapa de lances.

Se ela, a microempresa ou a empresa de pequeno porte mais bem classificadas, não exercer o direito de preferência, o pregoeiro deve dar oportunidade a outras microempresas ou empresas de pequeno porte cujos preços também não sejam superiores a 5% do menor preço para também exercerem o direito de preferência, de acordo com a ordem de classificação.

Convém anotar que a microempresa ou a empresa de pequeno porte que faz jus ao direito de preferência deve manter representante presente à sessão do pregão, devidamente credenciado. Na modalidade pregão, o licitante que não mantém representante credenciado durante a sessão arca com o ônus de não poder manifestar-se e, por consequência, não conseguirá exercer o direito de preferência. No pregão, diferentemente do que ocorre nas modalidades tradicionais previstas na Lei nº 8.666/93, a microempresa ou empresa de pequeno porte que faz jus ao direito de preferência não é intimada por carta registrada ou outro instrumento

para exercê-lo. Repita-se, o direito deve ser exercido por ela na própria sessão, dentro do prazo de cinco minutos, sob pena de preclusão.

Se o direito de preferência for exercido por alguma das microempresas ou empresas de pequeno porte, então o pregoeiro deve dar seqüência à sessão, por efeito do que deve negociar com ela, tratar da aceitabilidade da proposta dela e, depois, dos documentos de habilitação.

O mesmo procedimento deve ser realizado em relação ao pregão presencial e ao pregão eletrônico. Sublinha-se, apenas, que os sistemas eletrônicos atualmente vigentes precisam ser adaptados imediatamente, para que os pregoeiros possam realizar o procedimento ora descrito, previsto na Lei Complementar nº 123/06.

3 – Quais adaptações deverão ser feitas nos **editais**?

Ar. 42 da Lei Complementar 123 e Art. 40 da Lei 8.666/93.

A Lei Complementar nº 123/06 **não define o prazo que dispõe a microempresa ou a empresa de pequeno porte que faz jus ao direito de preferência para exercê-lo**. Logo, é recomendável que o edital verse sobre o assunto. Se o edital for omissivo, a comissão de licitação deve fixar o prazo.

4 – Quais **as prerrogativas** das microempresas e empresas de pequeno porte nas licitações?

O legislador permitiu, por menos crível que pareça, a participação dessas pequenas empresas no certame ainda que sua regularidade fiscal esteja maculada. Assim dispõe o art. 42, onde a regularidade fiscal somente será exigida para fins de formalização e assinatura do instrumento contratual.

Há ainda a possibilidade de regularização da documentação exigida pela microempresa e empresa de pequeno porte dois dias úteis após o encerramento do certame, caso se consagre vencedora.

No caso de empate, e na dicção do art. 44, §§ 1º e 2º da Lei Complementar, entenda como as propostas até 10% (dez por cento) superiores às apresentadas pela pessoa jurídica não enquadrada como microempresa ou EPP haverá a possibilidade de favorecimento dessas pequenas e microempresas. Isso para os casos de Licitação na modalidade Carta-Convite, ou seja, apenas para as compras que atinjam patamares de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais). Para a modalidade Pregão, o percentual de empate é de até 5% (cinco por cento) da menor proposta final de lance.

Quando houver uma proposta válida de menor preço e que não seja de microempresas e EPP's, e estejam dentro da margem de empate, estas poderão novamente ofertar lances a fim de abaixarem seus preços e sagrarem-se vencedoras. Por outro lado, ocorrendo empate entre as microempresas e EPP's estas ensejarão um sorteio para definir a ordem em que poderão ofertar lances menores que o "vencedor" original. Estranho como pareça, o legislador previu um prazo de 5 (cinco) minutos para formulação de novas propostas inferiores, sob pena de preclusão, para a modalidade Pregão. Se não ofertarem preços menores será adjudicado à vencedora original o produto ou serviço. Para Carta-Convite, pelo menos da inteligência do art. 45, I, o legislador permitiu a apresentação de nova proposta "de preço inferior àquela considerada vencedora do certame", porém não definiu a forma tampouco o prazo para tal manifestação.

Vantagens competitivas as pequenas empresas para que estas participem dos certames licitatórios, dentre as quais **a possibilidade de dilação de prazo para negociação de dívidas tributárias mesmo após a realização da licitação e, além disso, uma vantagem que efetivamente é crucial no momento da licitação**. Trata-se do disposto nos artigos 44 e 45 da citada lei.

5 – Quais são exatamente **os documentos** que podem ser apresentados mesmo **com restrições**?

O decreto 6.204 também flexibiliza as exigências relativas à comprovação de regularidade fiscal que passará a ser exigida das MPE's no momento do contrato com a Administração.

Não devem ser inabilitadas, na fase própria de habilitação, se deixarem de apresentar alguma certidão de regularidade fiscal ou se alguma delas apresentar defeito.

A empresa de pequeno porte cujas certidões de regularidade fiscal apresentarem defeito for declarada vencedora da licitação, a Administração deve conceder a ela, a partir do momento em que é declarada vencedora, o prazo de dois dias úteis para regularizar a sua situação

6 – A **regularidade fiscal** deve ser comprovada em qual momento?

A empresa de pequeno porte cujas certidões de regularidade fiscal apresentarem defeito for declarada vencedora da licitação, a Administração deve conceder a ela, a partir do momento em que é declarada vencedora, o prazo de dois dias úteis para regularizar a sua situação.

7 – O **prazo para regularização** da documentação (§ 1º do art. 43 da Lei Complementar) deve ser contado a partir de quando? E no pregão?

8 – Qual o **efeito da não-regularização dos documentos** no prazo estipulado?

Por derradeiro, consoante o § 2º do art. 45 da Lei Complementar nº. 123/06, se a microempresa ou a empresa de pequeno porte, declarada vencedora, não regularizar as certidões fiscais, **ela perde o direito à contratação e deve ser penalizada, recorrendo-se ao art. 81 da Lei nº 8.666/93**. Além disso, a Administração deve convocar os demais licitantes, na ordem de classificação para assinar o contrato, ou revogar a licitação.

9 – Como é o **procedimento para o desempate**?

Ocorrendo o empate, a microempresa ou empresa de pequeno porte melhor classificada **poderá apresentar proposta de preço inferior àquela considerada vencedora do certame, situação em que será adjudicado o objeto em seu favor.**

Outra inovação regulamentada por esse decreto é a preferência para micro e pequenas empresas quando houver empate em licitações do tipo menor preço. **Elas terão prioridade quando suas propostas forem iguais ou até 10% superiores à proposta classificada em primeiro lugar. No pregão esse índice será de até 5%. Em caso de equivalência nos valores apresentados pelas MPE's, será realizado sorteio para definir quem poderá apresentar nova proposta.**

10 – Entre os arts. 42 a 49, **quais dispositivos dependem de regulamentação específica?**

O art. 46 autoriza-as a emitir cédula de crédito microempresarial, na forma de regulamento a ser expedido pelo Poder Executivo. E, enfim, os arts. 47, 48 e 49 dispõem sobre "tratamento privilegiado e simplificado para as microempresas e as empresas de pequeno porte", desde que previsto e regulamentado na legislação do respectivo ente.

EXERCÍCIOS

TRATAMENTO DIFERENCIADO - ISONOMIA

1) (Analista do TCU 2007) A União, em suas contratações públicas, não pode conceder tratamento diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte, pois tal comportamento violaria o princípio da isonomia entre os licitantes.

EDITAL PREVÊ A PREFERÊNCIA DE CONTRATAÇÃO DE MICROEMPRESAS

2) (Técnico do TCU 2007) O fato de o edital licitatório prever a preferência de contratação de microempresas e empresas de pequeno porte, no caso de desempate, é oposto ao princípio da igualdade entre os licitantes.

ASSEGURA COMO CRITÉRIO DE DESEMPATE PREFERÊNCIA

3) (Promotor de Justiça do Amazonas 2007) Nas licitações, será assegurada, como critério de desempate, preferência ou contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte.

ESTADO AGIU EM DESACORDO COM A LEI

4) (Defensor Público da União 2007) Determinado estado da Federação deflagrou procedimento administrativo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno

porte, cujo objeto é estimado em R\$ 60.000,00. Nessa situação, o referido estado agiu em desacordo com a lei e com princípios licitatórios, em especial contra o princípio da isonomia.

CONSTITUIÇÃO PERMITE EDIÇÃO DE LEI COMPLEMENTAR QUE DEFINE TRATAMENTO DIFERENCIADO

5) (Auditor do TCE/GO 2007) A Constituição Federal permite a edição de lei complementar que defina tratamento diferenciado e favorecido para microempresas e empresas de pequeno porte.

CRITÉRIO DE DESEMPATE

6) Será assegurada, em todas as modalidades de licitação, como critério de desempate, preferência de contratação para microempresas e empresas de pequeno porte, sempre que as propostas apresentadas por essas empresas sejam iguais ou até 10% superiores à proposta mais bem classificada.

ADJUDICAÇÃO

7) Verificando-se, em uma licitação na modalidade de concorrência, que uma microempresa participante do certame apresentou proposta de valor 10% superior à da empresa tida como vencedora, o objeto do contrato deve ser obrigatoriamente adjudicado a essa microempresa.

TRATAMENTO DIFERENCIADO E SIMPLIFICADO

8) A Lei Complementar 123/2006 prevê o tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte, nas contratações públicas, com o objetivo de promover o desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, ampliar a eficiência das políticas públicas e incentivar a inovação tecnológica. Em razão disso, essa Lei permite que a Administração Pública realize procedimento licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte, desde que a contratação seja de valor até R\$ 80.000,00.

COMPROVAÇÃO DE REGULARIDADE FISCAL EXIGIDA P/EFEITO DE ASSINATURA DO CONTRATO = ESSAS EMPRESAS ESTÃO DISPENSADAS DE APRESENTAR A DOCUMENTAÇÃO FISCAL DURANTE O PROCEDIMENTO LICITATÓRIO.

9) Nas licitações públicas, a comprovação de regularidade fiscal das microempresas e empresas de pequeno porte somente será exigida para efeito de assinatura do contrato, o que significa que essas empresas estão dispensadas de apresentar a documentação fiscal durante o procedimento licitatório. Apenas se forem declaradas vencedoras elas deverão apresentar a comprovação de sua regularidade fiscal.

LICITAÇÕES MODALIDADE CONVITE -

10) Nas licitações realizadas na modalidade de convite, cujo objeto da contratação seja de até R\$ 80.000, exige-se que todos os licitantes sejam enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte.

CONSIDERA-SE MICROEMPRESA

11) Para os efeitos da Lei Complementar 123/2006, considera-se microempresa a sociedade que aufera, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 240.000 e igual ou inferior a R\$ 2.400.000.

EMPRESA VENCEDORA TERÁ PRAZO DE 02 DIAS ÚTEIS

12) Caso uma empresa de pequeno porte venha a vencer uma licitação e haja restrição na comprovação de sua regularidade fiscal, ela terá o prazo improrrogável de 2 dias úteis, a partir do momento em que tenha sido declarada vencedora, para a regularização da documentação, pagamento ou parcelamento do débito, e emissão de eventuais certidões negativas ou positivas com efeito de certidão negativa.

DECADÊNCIA DO DIREITO À CONTRATAÇÃO

13) Caso uma microempresa vencedora de uma licitação não seja capaz de regularizar no prazo legalmente previsto sua documentação fiscal, tal fato implicará a decadência do direito à contratação, sendo facultado à Administração convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para a assinatura do contrato, não sendo permitida, todavia, a revogação da licitação, em razão do princípio da eficiência.

NÃO HAVERÁ TRATAMENTO DIFERENCIADO E SIMPLIFICADO EM LICITAÇÕES PARA AS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PÓRTO

14) A Administração não poderá conceder tratamento diferenciado e simplificado em licitações para as microempresas e empresas de pequeno porte, para fins de promoção do desenvolvimento econômico e social,

ampliação da eficiência das políticas públicas ou incentivo à inovação tecnológica, quando tal tratamento não for vantajoso para a Administração ou representar prejuízo ao objeto a ser contratado.

CLÁUSULAS E CONDIÇÕES QUE COMPROMETAM

15) É vedado aos agentes públicos admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos convocatórios de licitações, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou do domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, como uma cláusula que estabeleça que apenas microempresas e empresas de pequeno porte possam participar de um procedimento licitatório.

LEGISLAÇÃO

LEI COMPLEMENTAR 123/06 - CAPÍTULO V - O ACESSO AOS MERCADOS

Seção única

Das Aquisições Públicas

Art. 42. Nas licitações públicas, a **comprovação de regularidade fiscal** das microempresas e empresas de pequeno porte somente será exigida para efeito de assinatura do contrato.

Art. 43. As microempresas e empresas de pequeno porte, por ocasião da participação em **certames licitatórios**, deverão apresentar toda a documentação exigida para efeito de comprovação de regularidade fiscal, mesmo que esta apresente alguma restrição.

§ 1º Havendo alguma restrição na comprovação da regularidade fiscal, será assegurado o prazo de 2 (dois) dias úteis, cujo termo inicial corresponderá ao momento em que o proponente for declarado o vencedor do certame, prorrogáveis por igual período, a critério da Administração Pública, para a regularização da documentação, pagamento ou parcelamento do débito, e emissão de eventuais certidões negativas ou positivas com efeito de certidão negativa.

§ 2º A não-regularização da documentação, no prazo previsto no § 1º deste artigo, implicará decadência do direito à contratação, sem prejuízo das sanções previstas no [art. 81 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993](#), sendo facultado à Administração convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para a assinatura do contrato, ou revogar a licitação.

Art. 44. Nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte.

§ 1º Entende-se por empate aquelas situações em que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 10% (dez por cento) superiores à proposta mais bem classificada.

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

Art. 45. Para efeito do disposto no art. 44 desta Lei Complementar, ocorrendo o empate, proceder-se-á da seguinte forma:

I – a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada poderá apresentar proposta de preço inferior àquela considerada vencedora do certame, situação em que será adjudicado em seu favor o objeto licitado;

II – não ocorrendo a contratação da microempresa ou empresa de pequeno porte, na forma do inciso I do caput deste artigo, serão convocadas as remanescentes que porventura se enquadrem na hipótese dos §§ 1º e 2º do art. 44 desta Lei Complementar, na ordem classificatória, para o exercício do mesmo direito;

III – no caso de equivalência dos valores apresentados pelas microempresas e empresas de pequeno porte que se encontrem nos intervalos estabelecidos nos §§ 1º e 2º do art. 44 desta Lei Complementar, será realizado sorteio entre elas para que se identifique aquela que primeiro poderá apresentar melhor oferta.

§ 1º Na hipótese da não-contratação nos termos previstos no caput deste artigo, o objeto licitado será adjudicado em favor da proposta originalmente vencedora do certame.

§ 2º O disposto neste artigo somente se aplicará quando a melhor oferta inicial não tiver sido apresentada por microempresa ou empresa de pequeno porte.

§ 3º No caso de pregão, a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada será convocada para apresentar nova proposta no prazo máximo de 5 (cinco) minutos após o encerramento dos lances, sob pena de preclusão.

Art. 46. A microempresa e a empresa de pequeno porte titular de direitos creditórios decorrentes de empenhos liquidados por órgãos e entidades da União, Estados, Distrito Federal e Município não pagos em até 30 (trinta) dias contados da data de liquidação poderão emitir cédula de crédito microempresarial.

Parágrafo único. A cédula de crédito microempresarial é título de crédito regido, subsidiariamente, pela legislação prevista para as cédulas de crédito comercial, tendo como lastro o empenho do poder público, cabendo ao Poder Executivo sua regulamentação no prazo de 180 (cento e oitenta) dias a contar da publicação desta Lei Complementar.

Art. 47. Nas contratações públicas da União, dos Estados e dos Municípios, **poderá ser concedido tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte** objetivando a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica, desde que previsto e regulamentado na legislação do respectivo ente.

Art. 48. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública poderá realizar processo licitatório:

I – destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nas contratações cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais);

II – em que seja exigida dos licitantes a subcontratação de microempresa ou de empresa de pequeno porte, desde que o percentual máximo do objeto a ser subcontratado não exceda a 30% (trinta por cento) do total licitado;

III – em que se estabeleça 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.

§ 1º O valor licitado por meio do disposto neste artigo não poderá exceder a 25% (vinte e cinco por cento) do total licitado em cada ano civil.

§ 2º Na hipótese do inciso II do caput deste artigo, os empenhos e pagamentos do órgão ou entidade da administração pública poderão ser destinados diretamente às microempresas e empresas de pequeno porte subcontratadas.

Art. 49. Não se aplica o disposto nos arts. 47 e 48 desta Lei Complementar quando:

I – os critérios de tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte não forem expressamente previstos no instrumento convocatório;

II – não houver um mínimo de 3 (três) fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório;

III – o tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte não for vantajoso para a administração pública ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado;

IV – a licitação for dispensável ou inexigível, nos termos dos [arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993](#).

DECRETO Nº 6.204, DE 5 DE SETEMBRO DE 2007.

Regulamenta o tratamento favorecido, diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte nas contratações públicas de bens, serviços e obras, no âmbito da administração pública federal.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso IV, da Constituição, e tendo em vista o disposto nos arts. 42, 43, 44, 45, 47, 48 e 49 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, **DECRETA**:

Art. 1º Nas contratações públicas de bens, serviços e obras, deverá ser concedido tratamento favorecido, diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte, objetivando:

I - a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional;

II - ampliação da eficiência das políticas públicas; e

III - o incentivo à inovação tecnológica.

Parágrafo único. Subordinam-se ao disposto neste Decreto, além dos órgãos da administração pública federal direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União.

Art. 2º Para a ampliação da participação das microempresas e empresas de pequeno porte nas licitações, os órgãos ou entidades contratantes deverão, sempre que possível:

I - instituir cadastro próprio, de acesso livre, ou adequar os eventuais cadastros existentes, para identificar as microempresas e empresas de pequeno porte sediadas regionalmente, com as respectivas linhas de fornecimento, de modo a possibilitar a notificação das licitações e facilitar a formação de parcerias e subcontratações;

II - estabelecer e divulgar um planejamento anual das contratações públicas a serem realizadas, com a estimativa de quantitativo e de data das contratações;

III - padronizar e divulgar as especificações dos bens e serviços contratados, de modo a orientar as microempresas e empresas de pequeno porte para que adequem os seus processos produtivos; e

IV - na definição do objeto da contratação, não utilizar especificações que restrinjam, injustificadamente, a participação das microempresas e empresas de pequeno porte sediadas regionalmente.

Parágrafo único. O disposto nos incisos I e III poderá ser realizado de forma centralizada para os órgãos e entidades integrantes do SISG – Sistema de Serviços Gerais e conveniados, conforme dispõe o Decreto 1.094, de 23 de março de 1994.

Art. 3º Na habilitação em licitações para o fornecimento de bens para pronta entrega ou para a locação de materiais, não será exigido da microempresa ou da empresa de pequeno porte a apresentação de balanço patrimonial do último exercício social.

Art. 4º A comprovação de regularidade fiscal das microempresas e empresas de pequeno porte somente será exigida para efeito de contratação, e não como condição para participação na licitação.

§ 1º Na fase de habilitação, deverá ser apresentada e conferida toda a documentação e, havendo alguma restrição na comprovação da regularidade fiscal, será assegurado o prazo de dois dias úteis, cujo termo inicial corresponderá ao momento em que o proponente for declarado vencedor do certame, prorrogável por igual período, para a regularização da documentação, pagamento ou parcelamento do débito, e emissão de eventuais certidões negativas ou positivas com efeito de certidão negativa.

§ 2º A declaração do vencedor de que trata o § 1º acontecerá no momento imediatamente posterior à fase de habilitação, no caso do pregão, conforme estabelece o [art. 4º, inciso XV, da Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002](#), e no caso das demais modalidades de licitação, no momento posterior ao julgamento das propostas, aguardando-se os prazos de regularização fiscal para a abertura da fase recursal.

§ 3º A prorrogação do prazo previsto no § 1º deverá sempre ser concedida pela administração quando requerida pelo licitante, a não ser que exista urgência na contratação ou prazo insuficiente para o empenho, devidamente justificados.

§ 4º A não-regularização da documentação no prazo previsto no § 1º implicará decadência do direito à contratação, sem prejuízo das sanções previstas no [art. 81 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993](#), sendo facultado à administração convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, ou revogar a licitação.

Art. 5º Nas licitações do tipo menor preço, será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte.

§ 1º Entende-se por empate aquelas situações em que as ofertas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até dez por cento superiores ao menor preço.

§ 2º Na modalidade de pregão, o intervalo percentual estabelecido no § 1º será de até cinco por cento superior ao menor preço.

§ 3º O disposto neste artigo somente se aplicará quando a melhor oferta válida não tiver sido apresentada por microempresa ou empresa de pequeno porte.

§ 4º A preferência de que trata este artigo será concedida da seguinte forma:

I - ocorrendo o empate, a microempresa ou empresa de pequeno porte melhor classificada poderá apresentar proposta de preço inferior àquela considerada vencedora do certame, situação em que será adjudicado o objeto em seu favor;

II - na hipótese da não contratação da microempresa ou empresa de pequeno porte, com base no inciso I, serão convocadas as remanescentes que porventura se enquadrem em situação de empate, na ordem classificatória, para o exercício do mesmo direito; e

III - no caso de equivalência dos valores apresentados pelas microempresas e empresas de pequeno porte que se encontrem em situação de empate, será realizado sorteio entre elas para que se identifique aquela que primeiro poderá apresentar melhor oferta.

§ 5º Não se aplica o sorteio disposto no inciso III do § 4º quando, por sua natureza, o procedimento não admitir o empate real, como acontece na fase de lances do pregão, em que os lances equivalentes não são considerados iguais, sendo classificados conforme a ordem de apresentação pelos licitantes.

§ 6º No caso do pregão, após o encerramento dos lances, a microempresa ou empresa de pequeno porte melhor classificada será convocada para apresentar nova proposta no prazo máximo de cinco minutos por item em situação de empate, sob pena de preclusão.

§ 7º Nas demais modalidades de licitação, o prazo para os licitantes apresentarem nova proposta deverá ser estabelecido pelo órgão ou entidade contratante, e estar previsto no instrumento convocatório.

Art. 6º Os órgãos e entidades contratantes deverão realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nas contratações cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais).

Parágrafo único. Não se aplica o disposto neste artigo quando ocorrerem as situações previstas no art. 9º, devidamente justificadas.

Art. 7º Nas licitações para fornecimento de bens, serviços e obras, os órgãos e entidades contratantes poderão estabelecer, nos instrumentos convocatórios, a exigência de subcontratação de microempresas ou empresas de pequeno porte, sob pena de desclassificação, determinando:

I - o percentual de exigência de subcontratação, de até trinta por cento do valor total licitado, facultada à empresa a subcontratação em limites superiores, conforme o estabelecido no edital;

II - que as microempresas e empresas de pequeno porte a serem subcontratadas deverão estar indicadas e qualificadas pelos licitantes com a descrição dos bens e serviços a serem fornecidos e seus respectivos valores;

III - que, no momento da habilitação, deverá ser apresentada a documentação da regularidade fiscal e trabalhista das microempresas e empresas de pequeno porte subcontratadas, bem como ao longo da vigência contratual, sob pena de rescisão, aplicando-se o prazo para regularização previsto no § 1º do art. 4º;

IV - que a empresa contratada compromete-se a substituir a subcontratada, no prazo máximo de trinta dias, na hipótese de extinção da subcontratação, mantendo o percentual originalmente subcontratado até a sua execução total, notificando o órgão ou entidade contratante, sob pena de rescisão, sem prejuízo das sanções cabíveis, ou demonstrar a inviabilidade da substituição, em que ficará responsável pela execução da parcela originalmente subcontratada; e

V - que a empresa contratada responsabiliza-se pela padronização, compatibilidade, gerenciamento centralizado e qualidade da subcontratação.

§ 1º Deverá constar ainda do instrumento convocatório que a exigência de subcontratação não será aplicável quando o licitante for:

I - microempresa ou empresa de pequeno porte;

II - consórcio composto em sua totalidade por microempresas e empresas de pequeno porte, respeitado o disposto no art. 33 da Lei nº 8.666, de 1993; e

III - consórcio composto parcialmente por microempresas ou empresas de pequeno porte com participação igual ou superior ao percentual exigido de subcontratação.

§ 2º Não se admite a exigência de subcontratação para o fornecimento de bens, exceto quando estiver vinculado à prestação de serviços acessórios.

§ 3º O disposto no inciso II do **caput** deste artigo deverá ser comprovado no momento da aceitação, quando a modalidade de licitação for pregão, ou no momento da habilitação nas demais modalidades.

§ 4º Não deverá ser exigida a subcontratação quando esta for inviável, não for vantajosa para a administração pública ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado, devidamente justificada.

§ 5º É vedada a exigência no instrumento convocatório de subcontratação de itens ou parcelas determinadas ou de empresas específicas.

§ 6º Os empenhos e pagamentos referentes às parcelas subcontratadas serão destinados diretamente às microempresas e empresas de pequeno porte subcontratadas.

Art. 8º Nas licitações para a aquisição de bens, serviços e obras de natureza divisível, e desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo do objeto, os órgãos e entidades contratantes poderão reservar cota de até vinte e cinco por cento do objeto, para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte.

§ 1º O disposto neste artigo não impede a contratação das microempresas ou empresas de pequeno porte na totalidade do objeto.

§ 2º O instrumento convocatório deverá prever que, não havendo vencedor para a cota reservada, esta poderá ser adjudicada ao vencedor da cota principal, ou, diante de sua recusa, aos licitantes remanescentes, desde que pratiquem o preço do primeiro colocado.

§ 3º Se a mesma empresa vencer a cota reservada e a cota principal, a contratação da cota reservada deverá ocorrer pelo preço da cota principal, caso este tenha sido menor do que o obtido na cota reservada.

Art. 9º Não se aplica o disposto nos arts. 6º ao 8º quando:

I - não houver um mínimo de três fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório;

II - o tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte não for vantajoso para a administração ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado;

III - a licitação for dispensável ou inexigível, nos termos dos [arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666, de 1993](#);

IV - a soma dos valores licitados nos termos do disposto nos arts. 6º a 8º ultrapassar vinte e cinco por cento do orçamento disponível para contratações em cada ano civil; e

V - o tratamento diferenciado e simplificado não for capaz de alcançar os objetivos previstos no art. 1º, justificadamente.

Parágrafo único. Para o disposto no inciso II, considera-se não vantajosa a contratação quando resultar em preço superior ao valor estabelecido como referência.

Art. 10. Os critérios de tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte deverão estar expressamente previstos no instrumento convocatório.

Art. 11. Para fins do disposto neste Decreto, o enquadramento como microempresa ou empresa de pequeno porte dar-se-á nas condições do Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte, instituído pela [Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006](#), em especial quanto ao seu [art. 3º](#), devendo ser exigido dessas empresas a declaração, sob as penas da lei, de que cumprem os requisitos legais para a qualificação como microempresa ou empresa de pequeno porte, estando aptas a usufruir do tratamento favorecido estabelecido nos [arts. 42 a 49](#) daquela Lei Complementar.

Parágrafo único. A identificação das microempresas ou empresas de pequeno porte na sessão pública do pregão eletrônico só deve ocorrer após o encerramento dos lances, de modo a dificultar a possibilidade de conluio ou fraude no procedimento.

Art. 12. O Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão poderá expedir normas complementares para a execução deste Decreto.

Art. 13. Este Decreto entra em vigor em trinta dias após a data de sua publicação.

Brasília, 5 de setembro de 2007. LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA e Paulo Bernardes Silva

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Comentando as licitações públicas: A interpretação literal das normas jurídicas*. São Paulo: Ed. Temas e idéias, 2003.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2000.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: RT, 1978.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 1993.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de direito administrativo*. 15. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2003.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. São Paulo, 2002.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Ed. Almedina, 1992.
- COMENTÁRIOS À CONSTITUIÇÃO ESTADUAL: direitos e garantias fundamentais. Livraria do advogado, 1997.
- CURY, Mário da Gama. *Aristóteles: A política*. 3. ed. Brasília: UNB, 1997.
- DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos jurídicos da licitação*. 6. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2003.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2001.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2003.
- DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. 4. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1998.
- FAGUNDES, Miguel Sealma. *O princípio constitucional da igualdade perante a lei e o poder legislativo*. Revista dos tribunais, vol. 235, n. 44, Maio, 1995.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Segurança jurídica e normas gerais tributárias*. Revista de direito tributário, 2000.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2000.
- FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2000.
- FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Direito dos licitantes*. 4. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 1994.
- FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Dispensa e inexigibilidade de licitação*. 3. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 1994.
- HARADA, Kiyoshi. *Cooperativas: existe direito de preferência no certame licitatório?* São Paulo, 2007. Disponível em: <<http://www.jusnavegandi.com.br>> acesso em: 27 ago. 2008.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentário à lei de licitações e contratos administrativos*. 11. ed. São Paulo: Ed. Dialética, 2005.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *O Estatuto da microempresa e as licitações públicas*. 2. ed. São Paulo: Ed. Dialética, 2007.
- LIMA, Jonas. *Aplicação irregular da Lei Complementar n. 123 prejudica licitações*. São Paulo, 2007. Disponível em: <<http://www.jusnavegandi.com.br>> acesso em: 05 set. 2008.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 6. ed. São Paulo: Ed. Forense, 1998.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. 4. ed. São Paulo: RT, 1979.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. São Paulo: Ed. Revista dos tribunais, 1998.

MUKAI, Toshio. *Licitações e contratos públicos*. 5. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1999.

NEIBUHR, Joel de Menezes. *O princípio da competitividade na licitação pública*. Florianópolis: Ed. Obra Jurídica, 2004.

NEIBUHR, Joel de Menezes. *Repercussões do Estatuto das microempresas e das empresas de pequeno porte em licitação pública*. São Paulo: Ed. Zênite, 2007.

REALE, Miguel. *A autonomia da capital e a permanência do prefeito*. São Paulo, 1952.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. *Micro e pequenas empresas em licitação: a LC n. 123/06 de 14.12.06*. São Paulo: Ed. Thomson, Revista IOB de Direito Administrativo, n.14, Fev. 2007.

SOUZA, Bruno Soares de. *Tratamento diferenciado às micro e pequenas empresas nas licitações públicas: Inovação à lei complementar n. 123/06*. São Paulo, 2007.

Disponível em: < <http://www.jusnavegandi.com.br>> acesso em: 10 set. 2008.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e Contrato Administrativo*. São Paulo: Ed. Malheiros, 1994.

TORRES, Ricardo Lobo. *Os direitos humanos e a tributação: imunidade e isonomia*.

Niebuhr, Joel de Menezes. Repercussões do estatuto das microempresas e das empresas de pequeno porte em licitação pública. Jus Navigandi, <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10380>