



ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DA CÂMARA MUNICIPAL DE
DRACENA, ESTADO DE SÃO PAULO

Câmara Municipal de Dracena Pres.: FRANCISCO E A ROSSI 11/01/2016 11:07 00004294

Referência:

Edital Pregão Presencial nº 02/2016

Processo nº 09/2016

FIORILLI S C LTDA. - SOFTWARE, com sede social sita na Avenida Industrial, nº 65, na cidade de Bálsmo, Estado de São Paulo, inscrita no CNPJ sob o nº 01.704.233/0001-38, por meio de seu representante, José Roberto Fiorilli, portador da Cédula de Identidade RG nº [REDACTED] e inscrito no CPF do MF sob o nº [REDACTED], vem, mui respeitosamente à presença de Vossa Senhoria, com base nas disposições contidas no § 2º, do artigo 41, da Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993, no sentido de apresentar

IMPUGNAÇÃO A EDITAL DE LICITAÇÃO

Referente ao Pregão em epígrafe, promovido pela Câmara Municipal da Dracena, pelos relevantes motivos de fato e de direito que passa a expor.

A mencionada licitação tem data marcada para a entrega dos envelopes e realização da sessão de Pregão no dia 17 de novembro de 2016, tendo por objeto a “*contratação de empresa especializada para sistema integrado de gestão pública: Contabilidade Pública, Orçamento, Tesouraria, Licitações, Compras, Almoxarifado e Patrimônio, Administração de Pessoal, Transparéncia nas Contas Públicas e Lei de acesso a informação, com pleno atendimento as exigências do TC/SP,*



incluindo a implantação dos sistemas (conversão e migração de dados), treinamento de usuários, suporte técnico e manutenção”.

Compulsando o edital e seus anexos, constatamos que referido edital, em decorrência do valor orçado, foi, *em nosso humilde entendimento*, equivocadamente restringido somente às ME/EPP por uma interpretação literal da Lei Complementar 123/06 (*item 3.2.f do edital*), e destoante da realidade, ocasionando prejuízos somente à própria Câmara Municipal de Dracena, conforme passamos a expor abaixo.

É inegável que a Lei Complementar 123/06 estabelece algumas prerrogativas às microempresas e empresas de pequeno porte. Todavia, tais prerrogativas não devem ser aplicadas de forma absoluta em detrimento da própria essência da licitação.

Não pretendemos, aqui, argumentar que os dispositivos daquela lei não devem ser aplicados, muito pelo contrário, defendemos que as empresas enquadradas como ME e EPP merecem tais privilégios, mas somente quando houver a aplicação da forma correta que a estabelecida na lei, isto é, que o benefício seja concedido apenas quando o objeto do certame assim permitir em conjunto com o cenário de obrigatório previsto. O benefício, portanto, deve passar pelo crivo de outras exigências que, quando não satisfeitas, conceder-se-ia as prerrogativas.

Vale dizer, portanto, que os benefícios devem ser aplicados se e somente se as situações previstas no artigo 49 da Lei Complementar 123/06 puderem ser satisfeitas.

Em muitos procedimentos administrativos de licitação, é feita observância dos artigos 47 e 48 da Lei Complementar 123/06, ignorando-se, por completo, a existência do artigo 49.

O referido dispositivo legal (artigo 49) é claro no sentido de que não se aplica o disposto nos arts. 47 e 48 desta Lei Complementar quando

I - “*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”;

II - “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”; e

III - “a licitação for dispensável ou inexigível, nos termos dos arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, excetuando-se as dispensas tratadas pelos incisos I e II do art. 24 da mesma Lei, nas quais a compra deverá ser feita preferencialmente de microempresas e empresas de pequeno porte, aplicando-se o disposto no inciso I do art. 48”.

Nos procedimentos internos, portanto, deve ter sido demonstrado de forma exaustiva e satisfatória que nenhuma das exigências se aplicam ao caso concreto para, somente então, ser concedido o benefício legal.

Isso, pois, o próprio artigo 49 determina que “não se aplica” os benefícios, salvo quando as condições não puderem ser satisfeitas, devendo, portanto, ser demonstradas e comprovadas e, logicamente, na fase interna da licitação, pois é o momento adequado para se concluir pela abertura de procedimento específico ou não.

Esse entendimento foi o exarado em artigo veiculado pelo Egrégio Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, em que assim menciona: “*Contudo, a incidência de tais benesses está condicionada à ocorrência, ou não, das situações tratadas nos incisos II, III e IV do artigo 49*” (ME/EPP: Os desafios na aplicação da LC 147/14 - As ‘condicionantes’ do artigo 49, de 14/05/2016).

A mera interpretação fria pelo artigo 48 jamais deve ser aplicado ao caso concreto (“*o valor é inferior a R\$ 80.000,00, então é exclusivo para ME e EPP*”). É obrigatório e imperioso que haja a fundamentação completa do porquê as condições do artigo 49 ocorreram ou não.





A licitação para o objeto pretendido, muito embora seja comum, admitindo-se o pregão, é complexo o bastante para ser restrito somente às ME e EPP.

Com o devido respeito, *questionamos se existe* informações oficiais nos cadastrados da Câmara Municipal de Dracena da existência de 03 empresas ME e EPP sediadas no Município e adjacências capazes de fornecer sistemas informatizados com a complexidade exigida e atendendo a todos os dispositivos legais e obrigações acessórias.

Além disso, *questionamos* se na pesquisa de mercado realizada para fins de fixação do montante teto para a licitação (R\$ 37.344,36) o menor preço (ignorando-se todos os demais aspectos) foi obtido de uma ME e EPP?

Conforme já mencionamos, é importante que seja feito uma análise teleológica e *completa* da legislação, antes de se aplicar qualquer regra ou mandamento, tal como bem lecionado pelo ilustre Doutor Ivan Barbosa Rigolin (cópia do artigo em anexo):

VIII - Mas, dentro deste panorama aterrador, odioso e pleno de privilégios ilegais, inconcebível num estado de normalidade institucional e democrática, reservemos o comentário final a estas normas do art. 48 em conjunto com e em função do que restou da LC 123/06 sem as modificações dadas pela LC 147/14, especificamente o art. 49, comentando o resultado de sua leitura conjunta e não de cada artigo isolado - ou de outro modo estará fatalmente errada a conclusão.

É sempre bastante conveniente ler-se a regra, que se iniciou favorável ou desfavorável, até o fim, eis que o panorama inicial pode converter-se por inteiro em outro, ou mesmo se inverter.

Referido autor, além do já exposto da necessidade de comprovação, fundamentação e demonstração, ensina que





Dante do disposto no inc. III, e apenas diante disso, já é possível concluir que jamais a Administração precisará observar os arts. 47 e 48, porque jamais é vantajoso para a Administração suprimir uma parte dos potenciais licitantes.

Jamais é vantajoso a quem quer que seja reduzir a concorrência entre os seus potenciais fornecedores.

Se um ente público tiver oito licitantes, pode ser bom. Se tiver 9 será melhor, mas se tiver 17 será bastante melhor, e não tão melhor quanto se tiver 59 participantes, prontos a fornecer obras, serviços ou bens, todos concorrendo em preço dentro da qualidade mínima que o edital exige.

O mundo tem mais de sete bilhões de habitantes. Alguma pessoa diverge disso acima afirmado ?

Mais licitantes são sempre melhor do que menos licitantes, em qualquer país do mundo, em qualquer circunstância, sob qualquer ponto de vista - desde que seja sério e honesto de propósito. Discordará, naturalmente, o pilantra a quem interessa viciar o edital com dirigismos que o favoreçam e eliminem a concorrência.

Complementando esse raciocínio, de que jamais será vantajoso à Administração restringir a participação, o Tribunal de Contas, no mesmo artigo do qual já mencionamos, anotou que "o termo 'vantajoso' não se limita a uma análise simplista do menor preço possível".

Ora, seria vantajoso à Administração restringir a participação em um certame com objeto tão complexo? Por que afastar todas as maiores empresas do país que notoriamente disponibilizam os sistemas informatizados para locação?

Vale aqui lembrar que o fornecimento do sistema vai além, consistindo em implantação, treinamento e conversão dos dados que o próprio edital deixa "à conta e risco" da licitante.





Apenas a título ilustrativo, quando do início do Projeto AUDESP do Egrégio Tribunal de Contas, foi disponibilizado lista por aquela Corte informando quais empresas haviam armazenado balancetes (Comunicado do AUDESP publicado aos 12/02/2008). Verifica-se que daquela lista – isto é, empresas que arduamente colaboraram no desenvolvimento do sistema – excluindo-se aquelas de consultoria, nenhuma poderia ser “beneficiada” das prerrogativas de contratações específicas para ME e EPP.

O que se pretende dizer, portanto, é que jamais seria vantajoso para a Administração afastar todas essas empresas, demonstrando que o objeto, embora simples, é deveras complexo e com peculiaridades que exigem conhecimento e estruturas robustas.

Há, ainda, a questão do suporte técnico, e diversas atualizações feitas mensalmente nos sistemas em decorrência de mudanças de layouts de obrigações, mudança de legislação, entre diversos outros aspectos que, acaso não venham a ser cumpridos, acarretam em descumprimento legal, levando à aplicação de multas ou, quando o caso, se determinado dado descumprir a legislação e modelos legais, até mesmo em não cumprimento de mandamentos legais e, consequentemente, eventual punição ao gestor por improbidade administrativa.

Tais situações, se demonstram como extremamente complexas e não conseguimos vislumbrar fundamentação suficiente capaz de sustentar que “é vantajoso à Câmara Municipal de Dracena afastar todos os maiores desenvolvedores de sistema para a Administração Pública do país”.

Acaso essa situação seja mantida, é inegável que uma distorção enorme será criada no mercado, isto é, as empresas que não sejam ME ou EPP, sabendo que a Administração Pública “nunca” ou “quase nunca” irá avaliar as condições do artigo 49, da Lei Complementar 123/06, passarão a ofertar orçamentos extremamente inflados, para que os valores médios sejam “superiores a R\$ 80.000,00”, transformando a lei em letra morta.





Ou, pior, as empresas que não sejam ME ou EPP pulverizariam toda a sua operação em diversas empresas assim enquadradas somente para afastar a aplicabilidade da lei na sua concepção plena.

Portanto, em decorrência da própria complexidade do objeto, é imperioso que haja a plena satisfação da Lei Complementar 123, de 2006; com justificativas e observância completa das condições previstas no artigo 49, evitando que as prerrogativas sejam concedidas apenas em análise literal, ignorando-se todo o conceito, a vantajosidade e a teleologia da lei

Diante das alegações ora apresentadas, se requer, respeitosamente, o acolhimento da presente Impugnação ao Edital, no sentido de que a Câmara Municipal de Dracena dê pleno atendimento às disposições legais que regem a matéria, permitindo a participação em igualdade de condições, de empresas do ramo, idôneas e reconhecidas, sob pena de restrição à competitividade em detrimento do real interesse público, aplicando-se, portanto, a regra prevista no artigo 49, da Lei Complementar nº 123, de 2006.

Bálsmo, 10 de novembro de 2016



Fiorilli S C Ltda - Software

José Roberto Fiorilli





MICRO E PEQUENAS EMPRESAS EM LICITAÇÃO: MODIFICADA A LC 123/06 PELA LC 147/14

Ivan Barbosa Rigolin
(set/14)

I – A Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2.006, que instituiu o mais recente estatuto nacional das microempresas e das empresas de pequeno porte, e que em 2.014 já havia sido modificada por algumas LCs e nesse sentido republicada por força da LC nº 139, de 10/11/11, foi recentemente modificada de maneira muito importante, e não apenas quanto a licitações e acesso ao mercado mas por assim dizer na lei inteira, dentro dos mais variados assuntos de que cuida.

O sol nascerá verde ou roxo, choverá vinho borgonha, a lei da gravidade será invertida e os elefantes voarão quando o legislador brasileiro, a começar pelo constituinte, souber o que quer da vida, e o que imagina que seja o seu trabalho. E em épocas eleitorais esse infando drama piora, como agora.

A LC 123/06 agora deve ter parecido ao legislador que foi costurada às pressas ou de qualquer maneira, e mais ou menos estava tudo errado, de modo que neste momento o legislador precisou corrigir tudo, do primeiro ao último artigo, e ainda acrescendo diversos artigos alfanuméricos como placas de automóvel, dando continuidade à deletéria praga atual de permitir que entre um artigo de lei e o seguinte existam uns outros quinze ou vinte.

A própria Constituição não escapou dessa horrenda prática. É desalentador constatar que não é apenas a qualidade das leis brasileiras que despencou em queda livre há algumas décadas, mas também a própria técnica legislativa, que na mesma esteira de falta absoluta de técnica desaba morro abaixo.

Trata-se desta feita da Lei Complementar nº 147, de 7 de agosto de 2.014, que revirou de cabo a rabo, e pôs de pernas para o ar e de ponta-cabeça, a lei das MEs e EPPs, como se o assunto tivesse sido instituído apenas agora. Quem conhecia a lei anterior, então que neste momento a reestude por completo, quase a partir do zero.

Atendo nossa breve análise apenas ao tema das licitações - o que reduz imensamente a tragédia essencial da tarefa -, então as modificações legais que cumpre focar, ensejadas pela LC 147/14 sobre a LC 123/06, são as seguintes (que alteraram a redação da LC 123/06): a) introduzido o inc. XI para o § 4º do art. 3º; b) § 1º do art. 43; c) art. 47, que teve o *caput* alterado e ganhou o parágrafo único; d) art. 48, incs. I a III, e § 3º, revogado o § 1º, e e) art. 49, inc. IV, e revogado o inc. I.

II – Fica nítido com esta LC 147/14 o propósito pelo governo federal de prestigiar uma categoria de empresas – inquestionavelmente muito importante para a economia e o emprego – as micro e as pequenas empresas, fazendo-o porém de modo juridicamente muito questionável segundo entendemos.

O exagero é que, ao que parece, fazer *sobrepor o interesse particular das MEs e das EPPs ao interesse público nacional*, o que se conclui pela crescente restrição à competitividade nas licitações em prol do interesse comercial exclusivo daquelas empresas.

E tal se afigura um quadro institucional simplesmente impensável sob qualquer ponto de vista, que inverte o princípio – se não existem condicionantes especiais, e neste caso elas não existem - da *predominância do interesse público e coletivo sobre o interesse privado*, e que com tanto se revela inimaginável numa democracia constitucional e institucionalizada como a nossa, tudo conforme se examinará.

No mais, o conjunto vastíssimo de casuísticos e de francas arbitrariedades que a LC 147/14 adota, que devem ter sido decididas com a mesma afoiteza e irreflexão daquelas originárias da LC 123/06 – porque nada pode assegurar que desta vez o legislador pensou no que fez e sabe o que faz -, impressiona muito desagradavelmente, sobretudo por atestar outra vez mais que o legislador,



qual alguém perdido no deserto e molestado por inúmeros desconfortos, atira em toda direção sem a mínima convicção do que quer que seja, desprovido de qualquer norte capaz de propiciar à lei alguma durabilidade, alguma expectativa de permanência. O improviso originário dá lugar a novo improviso.

Quase tudo na nova LC 147/14 parece erraticamente lançado ao papel sem a mínima perspectiva de estabilidade, sem nenhuma visão de futuro, sem qualquer preocupação finalística ou estrutural, a configurar um conjunto apenas imediatista, útil mais ou menos até o fim do ano e possivelmente descartável logo após em favor de outro modismo que surja, tão desocupado com o futuro quanto o foi a nova lei.

Pela sua questionabilíssima sistematização, aparentemente improvisada à última hora e lançada à véspera da eleição presidencial, aparenta ser destinada, como quase todas as últimas leis brasileiras, a servir por alguns meses até a próxima reforma, que terá tudo para ser tão frívola quanto esta e que poderá inverter todas as regras com a mesma sem-cerimônia. Infelizmente recorda um baile na roça, ou a festa do caqui.

Resta a nítida impressão de que a bandeira claramente *eleitoral* – a lei é de agosto de 2.914 e eleição presidencial em outubro de 2.014 - do favorecimento às micro e pequenas empresas inverteu as mais eloquentes premissas do estado democrático de direito, e as colocou a favor do interesse privado de um, imensamente importante, setor empresarial brasileiro frente ao interesse da Administração pública, o qual reflete, ou ao menos deveria sempre refletir, o melhor interesse público.

III – Comentemos passo a passo cada qual dessas modificações:

“Art. 3º (...)

§ 4º (...)

XI - cujos titulares ou sócios guardem, cumulativamente, com o contratante do serviço, relação de pessoalidade, subordinação e habitualidade. (...)

Inicia-se assim pelo novo inc. XI, do § 4º, do art. 3º da LC 123/06, instituído pela LC 147/14, e para *elogiá-lo*, ao menos no seu claro objetivo.

Foi instituída a proibição de privilegiar micro e pequenas empresas “cujos titulares ou sócios guardem, cumulativamente, com o contratante do serviço, relação de pessoalidade, subordinação e habitualidade.”

A redação é um tanto estranha, porque ninguém pode guardar relação de pessoalidade ‘cumulativamente’ com o contratante, porém *com relação ao* contratante. Relação pessoal não se acumula, mas se mantém ou não se mantém.

Mas restou claro o sentido da regra, que impede que o poder público aplique regras legais protetivas de micro e de pequenas empresas cujos titulares ou dirigentes sejam, de algum modo, pessoalmente vinculados ao contratante, como por exemplo em caso de parentesco, compadrio, sociedade, troca de favores sobretudo financeiros, ou outra notória relação de vínculo. Uma simples amizade ou colaboração por evidente não constitui essa vinculação.

Quanto à menção a *subordinação*, nem precisaria estar escrita, porque resta inimaginável uma autoridade contratar empresa dirigida por um seu subordinado, já que isso constituiria sociedade, o que a lei de licitações, art. 9º, já corretamente proíbe.

E, por fim, menos feliz parece a proibição ao favorecimento de empresas ligadas ao poder público por ‘habitualidade’. Que quis a lei referir com isso ?

Se uma empresa habitualmente ganha as licitações porque o seu produto é bom e o seu preço é sempre o mais conveniente, então será essa espécie de habitualidade que a lei exclui de favor ? Se não foi isso que a lei disse, que então terá sido ?

Tornou-se proibido às empresas vencerem continuadamente as licitações, ainda que o mereçam todas as vezes em razão das suas propostas melhores que as demais ? Ou, de outro modo, que espécie deletéria ou viciosa de habitualidade poderia tisnar a repetida contratação das mesmas empresas, se acaso são sempre as melhores nas licitações ?



Estaria o legislador pensando em convites, para os quais as mesmas empresas, dentro de cada ramo, tecnicamente pela lei de licitações podem ser sempre as únicas convidadas? Seria isso? Se for faz sentido a previsão, porém a exata aquilatação do que seria essa habitualidade continua subjetiva e difícil. Quantas repetições caracterizam habitualidade?

O dispositivo é bom em seu fundo de direito, mas a redação implica dificuldades significativas de aplicação isenta, devendo a autoridade apelar ao bom-senso e ao senso comum a todo tempo, sem pruridos moralísticos – tão freqüentes em pessoas mal resolvidas na existência – e sem entrever irregularidades onde de fato elas inexistem.

IV – Seguem as modificações à LC 123/06 pela LC 147/14:

"Art. 43 (...)

1 Havendo alguma restrição na comprovação da regularidade fiscal, será assegurado o prazo de 5 (cinco) 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."

O dispositivo ampliou de 2 (dois) para 5 (cinco) dias úteis o prazo para a licitante micro ou pequena empresa comprovar a regularidade fiscal como condição para ser contratada após ter sido declarada vencedora das propostas e após ter ficado devendo, na anterior fase de habilitação na concorrência, na tomada de preços ou no convite, aquela demonstração de regularidade fiscal. Se foi pregão a modalidade utilizada, então não aconteceu nenhuma habilitação condicional, já que a habilitação é apenas do vencedor das propostas.

Vale esta regra naturalmente para todas as modalidades de licitação, e parece razoável, já que os anteriores dois dias úteis parecem, e assim se devem ter revelado, por demais exíguos para a regularização de uma situação por vezes de demorada solução junto aos órgãos atestadores.

V – E prosseguem aquelas alterações:

"Art.47. Nas contratações públicas da administração direta e indireta, autárquica e fundacional, federal, estadual e municipal, deverá ser concedido tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte objetivando a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica.

Parágrafo único. No que diz respeito às compras públicas, enquanto não sobrevier legislação estadual, municipal ou regulamento específico de cada órgão mais favorável à microempresa e empresa de pequeno porte, aplica-se a legislação federal."

Foi desse modo alterado o *caput* e introduzido o parágrafo único pela LC 147/14. Aqui começam os problemas de fato relevantes.

O anterior art. 47 da LC 123/06 apenas autorizava a Administração a conferir "tratamento diferenciado e simplificado" às MPEs, porém a partir de agora o que era apenas facultativo tornou-se obrigatório.

Não se fala ainda em licitações fechadas às MPEs, mas apenas em que passou a ser obrigatório ao poder público diferenciar o tratamento àquelas empresas, e simplificá-lo – seja lá isso como for.

O legislador parece não saber, ou não querer saber, ou fingir desconhecer, que para dar tratamento diferente a determinadas empresas dentro de licitações é preciso alterar as regras da *lei de normas gerais de licitações e contratos*, a Lei nº 8.666/93, e isso nem Estado algum nem Município pode fazer! Desconhece-o, por acaso, o legislador federal?



Ignora porventura o legislador que apenas a União pode legislar sobre normas gerais de licitação e contratos, e que uma lei federal já as enfeixa todas segundo ela própria reza em seu art. 1º, sem possibilidade de qualquer interferência estadual ou municipal ?

Como se pode tratar de modo diferente do que a Lei nº 8.666/93 trata as licitações, seja para MPEs, seja para os licitantes que forem, seja para o objeto que for, se todas as regras já estão dadas pela lei que se denomina o conjunto total das normas gerais das licitações e dos contratos administrativos no Brasil ?

VI – Ainda do art. 47, o parágrafo único remata a aparente insânia do *caput*, prevendo que, quanto às compras públicas, poderá sobrevir legislação local ainda mais favorável às MPEs, e enquanto tal não ocorra aplicam-se estas normas federais a Estados, Distrito Federal e Municípios.

Por tudo que é sagrado em direito, indaga-se como os Estados ou os Municípios o poderiam ou poderão fazer, diante da taxatividade proibitiva e restritiva do inc. XXVII do art. 22 da Constituição Federal ?

Ou a LC 147/14 já teria também revogado a Constituição ?

O parágrafo único, além disso:

a) torna evidente que o *caput* se refere a quaisquer contratos além dos de compras, como são os de obras e de serviços, e que o parágrafo apenas diz respeito a compras;

b) o legislador deve ter imaginado que os demais entes federados tenham interesse em privilegiar mais ainda que a LC 123/06 as MPEs, e se resta a dar tratos à bola para saber de onde surgiu essa idéia.

Existirá mesmo algum interesse governativo local em restringir ainda mais a competitividade das suas licitações apenas às micro e pequenas empresas ?

As grandes fornecedoras locais de bens e de materiais, que podem ter preços que ninguém bate em face da economia de escala que promovem porque são grandes, e cujos impostos pagos sustentam boa parte das máquinas públicas locais, então essas deveriam ser excluídas das licitações da Prefeitura, ou das estatais locais ? Que espécie de lógica doentia e torpe é essa, e de onde proveio ?

Mas, sobretudo, repete-se o desafio: como juridicamente poderiam os entes federados alterar regras ditadas pela lei nacional de normas gerais de licitações e contratos administrativos ?

VII – O seguinte dispositivo alterado, dentro de nossa matéria, é este:

"Art. 48. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública:

I - deverá realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nos itens de contratação cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais);

II - poderá, em relação aos processos licitatórios destinados à aquisição de obras e serviços, exigir dos licitantes a subcontratação de microempresa ou empresa de pequeno porte;

III - deverá estabelecer, em certames para aquisição de bens de natureza divisível, cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte.

1(Revogado).

(...)

3º Os benefícios referidos no *caput* deste artigo poderão, justificadamente, estabelecer a prioridade de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente, até o limite de 10% (dez por cento) do melhor preço válido."



Pelo inc. I a lei manda que a Administração realize licitações fechadas às MPEs se cada item de contrato custar até R\$ 80.000,00 - observe-se bem: *cada item* de contratação. Se o certame for de compra, e tiver 5 (cinco) itens em disputa, sendo dois dos quais de valor inferior aos oitenta mil e três de valor superior, então somente podem participar da licitação para os dois as MPEs, e para os três demais se admitem as demais empresas a propor – o que não impede que as MPEs também participem nesses três itens.

Mas não se trata apenas de compras o objeto do dispositivo pois que isso não está escrito, de modo que qualquer item a ser contratado, de serviço, de obra ou de fornecimento, está contemplado na regra.

Leia-se tudo isso em conjunto com o inc. III, que determina que nas compras de itens divisíveis - e aqui são apenas compras, não serviços nem obras – “cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte.”

Leia-se até aqui: mesmo que o item de compra custe um milhão de reais, deverá haver reservada uma cota de até 25% disso para MPE (s). Tal cota poderá ser de 1% (um por cento), ou de 0,000001% (um milionésimo por cento), porque a lei não fixa mínimos, mas não poderá exceder 25%.

A lei não informa se a MPE precisa vender sua parte ao preço do vencedor, proporcionalmente, ou se pode ter preço diferente, virtualmente maior. E o § 3º do artigo não resolve essa questão, já que seu assunto é inteiramente outro.

Entendemos, até aqui, que a matéria não é suscetível de disciplinamento por decreto federal, eis que esse alteraria o teor substantivo da lei, o que é vedado a regulamentos.

O inc. II felizmente manteve apenas a autorização para que o edital estabeleça que o vencedor, se não for uma MPE, precisará subcontratar MPE(s) em caso de obras e serviços. Menos mal que os incs. I e III, porque ao menos aqui não existe obrigação alguma para a Administração.

E também o § 3º é inofensivo, porque apenas permite, faculta ou autoriza que o edital priorize contratação de MPE(s) locais ou regionais para fruir os benefícios, não do *caput* como diz a lei porque o *caput* não institui benefício algum a ninguém, mas dos incs. I a III do *caput*. Sendo apenas autorizativo tal qual o inc. II, então já resta mais fácil desde logo que o diabo os carregue a ambos, como se deseja.

O § 1º, que limitava o valor das licitações realizadas com fundamento neste art. 48 a 25% do valor total licitado no ano – supostamente para cada um dos itens, o que a lei não esclarecia – foi revogado, de modo que agora não mais vigora limite algum de valor, dentro de cada exercício, para contratações efetuadas através de licitações nos termos do art. 48, envolvendo MPEs e subcontratadas dessas. A medida é coerente com a escancarada proteção que a lei dá às MPEs em licitações e contratações.

VIII - Mas, dentro deste panorama aterrador, odioso e pleno de privilégios ilegais, inconcebível num estado de normalidade institucional e democrática, reservemos o comentário final a estas normas do art. 48 em conjunto com e em função do que restou da LC 123/06 sem as modificações dadas pela LC 147/14, especificamente o art. 49, comentando o resultado de sua leitura conjunta e não de cada artigo isolado – ou de outro modo estará fatalmente errada a conclusão.

É sempre bastante conveniente ler-se a regra, que se iniciou favorável ou desfavorável, até o fim, eis que o panorama inicial pode converter-se por inteiro em outro, ou mesmo se inverter.

Reza, ainda hoje e após a LC 147/14, o art. 49 da LC 123/06:

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

I – (revogado pela LC 147/14)

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".

Dante do disposto no inc. III, e apenas diante disso, já é possível concluir que *jamais a Administração precisará observar os arts. 47 e 48, porque jamais é vantajoso para a Administração suprimir uma parte dos potenciais licitantes.*

Jamais é vantajoso a quem quer que seja reduzir a concorrência entre os seus potenciais fornecedores.

Se um ente público tiver oito licitantes, pode ser bom. Se tiver 9 será melhor, mas se tiver 17 será bastante melhor, e não tão melhor quanto se tiver 59 participantes, prontos a fornecer obras, serviços ou bens, todos concorrendo em preço dentro da qualidade mínima que o edital exige.

O mundo tem mais de sete bilhões de habitantes. *Alguma pessoa diverge disso acima afirmado ?*

Mais licitantes são sempre melhor do que menos licitantes, em qualquer país do mundo, em qualquer circunstância, sob qualquer ponto de vista – desde que seja sério e honesto de propósito. Discordará, naturalmente, o pilantra a quem interessa viciar o edital com dirigismos que o favoreçam e eliminem a concorrência.

Pouco importa se existem pequenas empresas, microempresas, nanoempresas ou empresas infinitesimalmente microscópicas, somente detectáveis por microscópios eletrônicos de varredura. Ter mais empresas concorrendo é melhor do que ter menos, ontem, hoje e por toda a eternidade. O capitalismo se baseia nisso, e como sabemos é o pior regime econômico que existe, fora todos os outros.

A seguir assim a legislação brasileira, espera-se que para participar de licitação no Brasil somente se admitira pequena ou microempresa. O único entrave no momento para tanto é a Constituição Federal e a legislação de normas gerais de licitação.

IX – Mas além de profundamente ilógica a idéia de tentar fazer diminuir a concorrência para favorecer as MPEs em licitações, essa idéia – porque a LC 123 absolutamente não obriga coisa alguma nesse sentido – se revela simplesmente *ilegal*, porque contraria o mais alto princípio da licitação que é o da *maior competitividade possível entre os licitantes*, plasmado como princípio e como norma objetiva no art. 3º, § 1º, inc. I, da lei nacional de licitações.

Licitação é sinônimo de competição, de modo que o art. 3º da Lei nº 8.666/93 – que é a lei das *normas gerais de licitações e contratos administrativos no Brasil*, e portanto se situa acima de leis locais e casuísticas para a União como é a LC 147/14 – assim determina:

"Art. 3º (...)

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

I – admitir, tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive no caso de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto (...) – *matéria sobre produtos nacionais, impertinente ao caso*)

Assim, ao tentar restringir a competitividade nas licitações, tentando fazer privilegiar as MPEs, a LC 123/06, com a redação que lhe deu a LC 147/14, revela-se simplesmente *ilegal*.

Contraria diversos momentos deste inc. I do § 1º do art. 3º da lei de licitações, a saber: (I) compromete, restringe e frustra a competitividade; (II) estabelece preferências às MPEs apenas por serem MPEs e não porque o objeto justifique as preferências; (III) tenta proteger as MPEs do local em que se licita.



Triste país é este, em que uma lei federal contraria outra lei maior de maneira escancarada e sem disfarce algum !..

E a LC 147/14 não contém normas gerais, porque se contivesse não teria dado a redação que deu ao parágrafo único do art. 47 da LC 123/06, o qual manda Estados e Municípios aplicarem a legislação federal *enquanto não sobrevier legislação local mais favorável às MPEs*.

Ora, se fossem normas gerais de licitação as da LC 123/06, então *obrigatoriamente já se aplicariam a Estados e Municípios, logo desde que publicada a lei*, e não apenas “enquanto não sobrevier legislação local mais favorável às MPEs”. A norma geral tem aplicabilidade imediata a todos os entes federados, independentemente de outra legislação existir ou não, e somente a Constituição as limita.

Então, se a LC 123/06, e a LC 147/14, não são normas gerais de licitação e contrato, *não podem descumprirem as normas gerais da Lei nº 8.666/93. As normas gerais são maiores que as normas locais sobre qualquer assunto*.

Tentando descumpri-las – porque apenas tentou, sem conseguir em razão da própria antijuridicidade da idéia de tentar restringir a competitividade nas licitações apenas às MPEs – a LC 147/14 se esforça por ser ilegal...

E só não o consegue em face dos dispositivos que continuam constando da própria LC 123/06, em particular o inc. III do art. 49, que dispensa a aplicação dos arts. 47 e 48 da lei sempre que isso não for vantajoso à Administração – e nunca é vantajoso excluir competidores numa licitação, além de a tentativa, ou a aparente ordem da LC, ser *ilegal* por contrariar o art. 3º da lei de licitações.

Mas esse raciocínio – de que o antídoto para o veneno da lei está em outro momento da mesma lei - por certo escapou à conhecida argúcia do legislador federal.

X – E, neste panorama lúgubre de trevas da inteligência humana e da tentativa de anular o direito, este foi o derradeiro dispositivo modificado pela LC 147/14, dentro do presente escopo:

“Art. 49 (...)

I - (Revogado);

(...)

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, excetuando-se as dispensas tratadas pelos incisos I e II do art. 24 da mesma Lei, nas quais a compra deverá ser feita preferencialmente de microempresas e empresas de pequeno porte, aplicando-se o disposto no inciso I do art. 48.”

Dispositivo juridicamente indigente, subterrâneo, indigno de figurar entre as mais primitivas construções do direito. Não fecha idéia alguma, não guarda coerência consigo mesmo.

Em primeiro lugar, se a aquisição direta é *preferencialmente* em favor das MPEs, então podemos passar ao dispositivo seguinte, porque lei não existe para dar conselhos a ninguém, mas, sim, para mudar o direito. Para dar conselhos devem-se preferir fábulas ou províncias da filosofia.

Em segundo, como se poderia aplicar uma regra de licitação na dispensa de licitação ?

Como se pode aplicar o inc. I do art. 48 na dispensa de licitação por valor, se o inc. I do art. 48 manda a Administração realizar licitação fechada às MPEs ? Que tem a ver uma coisa com outra ? Se é *preferencialmente*, então nenhuma obrigação existe para o poder público de fechar as contratações diretas em prol das MPEs,



Se a redação originária do inc. IV do art. 49 da LC 123/06 já não tinha sentido algum, com esta modificação perdeu o que já não tinha.

No aparente desespero de favorecer MPEs o legislador brasileiro perdeu completamente o senso de lógica e de coerência, para não dizer de ridículo dentro do panorama do direito.

O dispositivo merece o mais absoluto desprezo e desconsideração, porque *ad impossibilia nemo tenetur*, ou seja *ninguém é obrigado ao impossível*. Normas que não encerram o uma ordem que faça sentido merecem a mesma consideração que normas inexistentes, e esta constitui, nesse sentido, outra que envergonha o direito brasileiro.

XI - Agora falemos de ideologia.

As micro e as pequenas empresas merecem e merecerão sempre todo o amparo e o incentivo do governo e da sociedade. Constituem importantíssimo segmento do mundo empresarial, a cada vez mais relevante em termos de movimentação financeira, de produção interna e de geração de empregos, para resumir a estes pontos o enfoque.

Mas esse fato inegável não justifica excluir, ou tentar excluir, as grandes empresas brasileiras que construíram o país – às quais o Brasil deve historicamente *muito mais do que às MPEs* até o dia de hoje -, porque apenas neste momento as MPEs estão despontando como grande força produtiva da sociedade.

A legislação protetiva das MPEs, entretanto, tendo perdido por completo a noção de limites jurídicos incidentes sobre o tema, fá-lo de forma facciosa, sectária, discriminatória, injusta, ilegal e profundamente contrária ao interesse público, como pretendeu esta inominavelmente ruim LC 147/14 quanto a licitações e acesso das MPEs ao mercado.

Se nessa parte a LC 123/06 era já tecnicamente péssima como dissemos em artigo, eis que o incrivelmente criativo legislador brasileiro conseguiu piorá-la na sua quase nenhuma técnica – mas não a ponto de obrigar ao poder público realizar licitações somente para MPEs, como os afoitos e os apressados oportunistas de todo gênero, querendo vender alguma coisa, já tentaram apregoar.

E em direito os fins não justificam os meios, e as formas não podem jamais ser abstraídas em prol da cândida ideologia do momento, cambiável assim que a brisa for outra e que o modismo do momento conduzir em outra direção. As modas e as políticas passam como as horas, mas o formalismo jurídico fica, ou de outro modo o homem em breve estará de volta às cavernas.

Por fim, observando um tal quadro, e ainda que sejamos um estado laico não custa suplicar: Deus proteja a república federativa do Brasil.

(*) Advogado em São Paulo: RIGOLIN ADVOCACIA S/C
Rua Líbero Badaró 152, 7º andar - CEP 01008-903 - São Paulo-SP
telefax (11) 3104-0992 e 3241-2555 - e-mail - ibrigolin@uol.com.br