

As subcontratações nas licitações públicas em face do tratamento diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte com o advento da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006

Thiago Dellazari Melo

Bacharel e Mestrando em Direito pela
Universidade Federal de Pernambuco (UFPE).
Professor Substituto da Universidade
Federal de Pernambuco (UFPE)

Resumo: O presente artigo traduz uma análise das subcontratações em licitações públicas das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte sob a égide da Lei Complementar nº. 123, de 14 de dezembro de 2006, a qual estabelece o tratamento diferenciado e favorecido a este segmento empresarial. O enfoque do estudo é uma abordagem inicial do instituto da subcontratação no tocante às licitações públicas, como forma de facilitar o acesso das micro e pequenas empresas ao mercado das contratações públicas. Diante das reflexões a serem apresentadas, o estudo buscará discutir a adequada aplicação do novo Estatuto das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte pela Administração Pública, notadamente no que tange às subcontratações.

Palavras-chave: Licitações; Subcontratações; Microempresas; Empresas de Pequeno Porte.

1. Introdução

A Lei Complementar nº. 123, de 14 de dezembro de 2006, estabeleceu no Brasil o novo Estatuto Nacional das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte.

Dentre as inovações do novo Estatuto, destaca-se a redefinição das normas aplicáveis às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, estabelecendo como principal critério de enquadramento a receita anual das empresas. Assim, para efeitos da Lei, será considerada Microempresa a sociedade simples e o empresário a que se refere o art. 966 do Código Civil, devidamente registrados, que possuam receita máxima anual de até R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais); já a

Empresa de Pequeno Porte é a que, nas mesmas condições acima, possua receita anual entre R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais) e R\$ 2.400.000,00 (dois milhões e quatrocentos mil reais).

Inicialmente, pode-se afirmar que se trata de uma Lei pertencente essencialmente ao ramo do direito comercial, principalmente, pelo fato de a mesma disciplinar um segmento empresarial específico, qual seja, o das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte.

Ocorre que o legislador pátrio, no intuito de concretizar a disposição constitucional relativa ao tratamento diferenciado e favorecido às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (arts. 170, inc. IX e 179), acabou por adentrar na esfera do direito administrativo na tentativa de impulsionar a atuação das pequenas empresas no mercado, notadamente no tocante à participação em licitações públicas.

Assim, a Lei Complementar nº. 123, de 14 de dezembro de 2006, reservou todo o Capítulo V para disciplinar o acesso das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte aos mercados, por intermédio das aquisições públicas.

Dos Arts. 42 a 49, o Estatuto inova em matéria de Direito Administrativo, promovendo uma série de alterações nas regras gerais das Licitações Públicas, fixando prerrogativas e privilégios como forma de tentar promover a ampliação da participação das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte nas contratações públicas.

É sabido, porém, que em se tratando do tema “Licitações Públicas” não faltam aspectos polêmicos¹. Por outro lado, não se pode negligenciar que as despesas públicas realizadas através de processos licitatórios significam a gestão administrativa dos recursos públicos arrecadados com inegável sacrifício dos contribuintes.

¹ Neste ponto, destaca-se a proliferação de eventos voltados à discussão de questões controvertidas relacionadas às licitações públicas, tais como seminários, congressos e encontros. Vide a programação de empresas especializadas neste ramo de treinamento de gestores públicos, tais como NDJ Simpósios e Treinamentos Ltda, TREIDE Apoio Empresarial Ltda, Zênite Informação e Consultoria S. A, dentre outras que atuam neste segmento.

Daí a importância da participação da sociedade nos debates que envolvem não só o Estatuto das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, mas também nas implicações da aplicação das novas regras no que tange às Licitações Públicas.

O presente artigo irá restringir o estudo, delimitando como tema central as subcontratações das micro e pequenas empresas nas licitações públicas, sem, contudo, pretender esgotar a discussão. Desde logo, registra-se que as modificações promovidas pela Lei Complementar nº 123 nas regras gerais das Licitações Públicas vão mais além deste aspecto abordado. Futuramente pretende-se discutir estas outras questões em novas publicações.

2. Do tratamento favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte: cota de subcontratação do objeto

Dentre as opções legislativas para promover o incentivo às micro e pequenas empresas, uma é lançada ao debate no presente artigo: a fixação da exigência de subcontratação do objeto.

A Lei Complementar nº. 123, em seu Art. 47, traz a seguinte redação:

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.

Em seguida, o Art. 48 complementa:

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

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; (...)

§ 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.

Antes de se prosseguir com a discussão, faz-se necessário trazer à tona conceitos fundamentais acerca das Licitações Públicas. Para Bandeira de Mello² a licitação pode ser definida como

Licitação é o procedimento administrativo pelo qual uma pessoa governamental, pretendendo alienar, adquirir ou locar bens, realizar obras e serviços, outorgar concessões, permissões de obra, serviço ou de uso exclusivo de bem público, segundo condições por ela estipuladas previamente, convoca interessados na apresentação de propostas, a fim de selecionar a que se revele mais conveniente *em função de parâmetros antecipadamente estabelecidos e divulgados.* (grifo nosso)

A própria lei geral de licitações, Lei Federal nº. 8.666/93, ilustra em seu Art. 3º os fundamentos do procedimento licitatório, *verbis*:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da *impeccabilidade*, da moralidade, da igualdade, da *publicidade*, da probidade administrativa, da *vinculação ao instrumento convocatório*, do *julgamento objetivo* e dos que lhes são correlatos. (grifo nosso)

² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 468.

Com isso, tem-se que a aplicação do tratamento favorecido às micro e pequenas empresas deve ser realizado em harmonia com as disposições gerais que regem os procedimentos licitatórios.

Retornando à questão da exigência de subcontratação de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte é importante que tal prerrogativa esteja expressamente consignada no Edital.

Conforme destacado na lei geral de licitações, o processo licitatório deverá ser conduzido em estrita consonância com as disposições constantes do Instrumento Convocatório, ou seja, o Edital representa a regra interna da licitação.

Daí o porquê de Celso Antônio haver afirmado que a licitação será processada “em função de parâmetros antecipadamente estabelecidos e divulgados”. Além da vinculação da Administração Pública ao Edital, consagra-se nas palavras do ilustre doutrinador a aplicação do princípio constitucional da Publicidade dos atos administrativos.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro³, o princípio da publicidade

Diz respeito não apenas à divulgação do procedimento para conhecimento de todos os interessados, como também aos atos da Administração praticados nas várias fases do procedimento, que podem e devem ser abertas aos interessados, para assegurar a todos a possibilidade de fiscalizar sua legalidade.

O fato de o Edital prever expressamente a exigência de subcontratação de micro e pequenas empresas torna-se requisito indispensável para o fiel cumprimento das normas que orientam as licitações públicas.

³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2005. p. 55.

Outro ponto de destaque está relacionado à apresentação da documentação de habilitação da Microempresa ou Empresa de Pequeno Porte que será subcontratada pela empresa vencedora do certame.

Defende-se aqui que o subcontratado não participará do certame na figura de licitante, porém, a empresa que irá realizar a subcontratação deverá apresentar durante o certame licitatório, juntamente com sua própria documentação, toda a documentação de habilitação do subcontratado.

Esta exigência de apresentação da documentação do subcontratado durante o processo licitatório encontra respaldo nos seguintes aspectos:

a) possibilitar a publicidade e a transparência do procedimento administrativo, garantindo a todos os licitantes a faculdade de se manifestarem acerca dos documentos apresentados durante o processo;

b) garantir à Administração Pública condições de verificação da idoneidade e regularidade do subcontratado, atestando aptidão para assunção de obrigações perante o órgão que realiza a licitação;

c) proporcionar a lisura da licitação pública, através da análise da documentação do subcontratado, por exemplo, constatando se o mesmo não se encontra impedido de contratar com o Poder Público e o tenta fazê-lo por intermédio de uma via oblíqua, em flagrante fraude à Lei de Licitações;

d) evitar a formação de conluio ou cartel entre os licitantes, haja vista a possibilidade de diminuição da competitividade do certame em face das promessas futuras de subcontratações, fazendo com que empresas não participem da licitação diante da oferta de formalização de uma espécie de “parceria”.

Ainda a título de ilustração, é comum que Editais de licitação fixem a comprovação de qualificação técnica, através da apresentação de atestados de capacidade técnica em nome dos licitantes. Tais atestados visam comprovar a execução de serviços anteriores equivalentes às parcelas de maior relevância do objeto da licitação.

Assim, como fica a situação da licitante que comprovou a realização de determinado serviço, como requisito de habilitação relativa à qualificação técnica, e deseja realizar a subcontratação de uma Microempresa ou Empresa de Pequeno Porte para realização de tal serviço?

Nesta situação, torna-se essencial que a subcontratada também preencha o requisito de qualificação técnica, e o momento para atendimento desta exigência é o da apresentação dos documentos de habilitação.

Como afirmado, a exigência da documentação do subcontratado na fase de habilitação torna o processo administrativo transparente, além de franquear o contraditório a todos os participantes. O mesmo não ocorrerá se a exigência for realizada apenas quando da execução do contrato, haja vista que, ao término do processo licitatório, com a assinatura do contrato, os demais licitantes retiram-se do processo administrativo, cabendo unicamente à Administração Pública a fiscalização do contrato.

Tal conduta por parte de Administração Pública visa tão somente atribuir segurança às contratações, posto que não se mostra razoável uma exigência de qualificação técnica durante o processo licitatório e a dispensa da mesma quando da efetiva execução do contrato, pelo simples fato de ser de responsabilidade de uma micro ou pequena empresa subcontratada a realização de tal parcela.

Outra ressalva diz respeito à vedação constitucional de o Poder Público celebrar contratos com pessoas jurídicas em débito com o sistema de seguridade social (§3º, art. 195 da Constituição da República do Brasil de 1988)⁴.

Esta vedação também se aplica à subcontratação, ainda mais quando a própria Lei Complementar nº. 123 estabelece no § 2º. do art.

⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 311.

48 que “os empenhos e pagamentos poderão ser destinados diretamente às microempresas e empresas de pequeno porte subcontratadas”. Novamente, a apresentação da documentação de habilitação do subcontratado torna-se indispensável.

Diante destas considerações, tem-se que o subcontratado não está isento de apresentar condições legais de firmar contratação com a Administração Pública, portanto, deverá apresentar os requisitos de habilitação, notadamente, aqueles relacionados à habilitação jurídica, econômico-financeira, qualificação técnica e regularidade fiscal.

Não menos polêmica é a situação de subcontratação de micro e pequenas empresas quando em confronto com o princípio da impessoalidade e da moralidade.

A realização de processo licitatório prévio é a regra geral para celebração de contratos com o Poder Público. Neste caso, a subcontratação configuraria um escape à regra geral, haja vista que a subcontratada estaria contratando com a Administração Pública (ainda que de forma indireta) sem que para tanto tenha sido vencedora de um certame licitatório formal.

Abre-se um caminho transversal para efetivação de contratações com a Administração Pública sem necessidade de submeter-se a um processo administrativo de licitação.

Como consequência, a Administração é então privada da possibilidade de verificar as condições de habilitação da subcontratada, haja vista que a mesma não participou do certame licitatório.

Mesmo sem a aferição da condição jurídica, fiscal e econômico-financeira da subcontratada, tampouco da sua qualificação técnica, a execução do objeto é colocada sob a responsabilidade da micro ou pequena empresa subcontratada.

É flagrante o risco a que a Administração Pública estará sujeita. Nunca é demais lembrar que se trata da execução de despesas custeadas com recursos públicos, oriundos de tributos pagos por toda a

sociedade, não sendo apropriado que tais recursos sejam empregados de forma temerária.

Mais uma vez, constata-se não parecer razoável a assunção de tal risco por parte da Administração Pública. A alternativa para afastar este risco é a apresentação dos documentos de habilitação da subcontratada, juntamente com a documentação da licitante-contratante. No mínimo, tal prática dotará o Poder Público de mais segurança na gestão do contrato.

A exigência de que os licitantes subcontratem microempresas ou empresas de pequeno porte ainda esbarra em outra dificuldade: o percentual de 30% (trinta por cento) do valor do contrato com a Administração Pública pode representar alguns milhares de reais, com certeza, tais cifras despertam interesse em vários empresários.

Portanto, quais seriam as regras para subcontratação de uma microempresa “A” em detrimento da microempresa “B”? Que tipos de negociações serão desenvolvidos para obtenção deste subcontrato? Será que a ampliação ao acesso aos mercados é alcançada quando a licitante vencedora escolhe subcontratar uma empresa que a ela está ligada? Ou trata-se de um estímulo a criação de filiais “microempresas ou empresas de pequeno porte” apenas para celebração de subcontratos?

Tal situação é de difícil solução, porém não ocorre quando da realização de uma licitação pública impessoal, com regras claras, prévias, por meio das quais todos participam em condições de igualdade perante o órgão promotor da licitação.

Deixar que o licitante vencedor promova uma “nova licitação” para escolha do subcontratado torna-se, ao menos, inoportuno e inconveniente para a Administração.

3. Considerações finais

Não se pode menosprezar a discussão acerca das alterações advindas da Lei Complementar nº. 123, de 14 de dezembro de 2006. As Licitações Públicas devem estar no foco dos debates sociais, pois, por

intermédio dos procedimentos licitatórios, o Estado realiza despesas custeadas com recursos públicos arrecadados por intermédio dos tributos.

Conforme anotado, o tratamento diferenciado às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte ainda requer aprimoramentos. A possibilidade de subcontratações, em contratos com a Administração Pública, deve ser objeto de criteriosa análise pelos gestores públicos.

É imperiosa a fixação de regras de subcontratação nos Editais de Licitação. Tal medida visa promover a isonomia do certame licitatório por meio de condições previamente estabelecidas. A publicidade e a transparência dos atos administrativos conferem legitimidade à Administração e confiabilidade aos administrados.

A exigência da apresentação dos documentos de habilitação do subcontratado tem o condão de preservar o Poder Público. A análise da documentação do futuro subcontratado proporcionará maior segurança na execução dos contratos, e a sociedade, então, terá os recursos públicos mais bem aplicados.

Por fim, espera-se que a abordagem aqui suscitada possa contribuir para a maturação do debate e o incremento de novas considerações acerca da matéria, servindo apenas de marco inicial para um estudo aprofundado do tema.

Referências

ARAÚJO, Geisa Maria Teixeira de. *Licitações e Contratos Públicos: teoria e prática*. Fortaleza: Premium, 2001.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2002.

DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos jurídicos da licitação*. São Paulo: Saraiva, 1997.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. São Paulo: Dialética, 2002.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas licitações e contratos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. São Paulo: Malheiros, 2000.

