

ELEMENTOS PARA INICIAR UM DEBATE SOBRE AS ALTERAÇÕES DA
LEI COMPLEMENTAR 147/2014 NO ESTATUTO DAS MICROEMPRESAS
(LEI COMPLEMENTAR 123/2006) - ASPECTOS RELACIONADOS COM
AS LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS.

*Ref: alterações à Lei Complementar 123/2006 pela Lei Complementar
147/2014- estatuto das Micro e Pequenas empresas.*

Ultimamente nossos clientes vêm solicitando a este escritório diversos estudos sobre o tema em epígrafe, qual seja discorrer sobre as alterações da Lei Complementar 147/2014, mais especificadamente ao capítulo IV, seção I, introduzidas na Lei Complementar 123/2006, o estatuto das Micro e Pequenas empresas.

Entendemos, assim, que até com significativa demora, impõe-nos abordar os principais temas envolvidos,

deixando claro que não pretendemos, com essa abordagem esgotar a matéria, que apresenta muitas dúvidas quando se aprofunda os estudos, sendo que algo aparentemente simples assume ares de complexidade jurídica evidente.

Destarte, o presente estudo, fugindo aliás do que é costumeiro fazer, inclusive nas intervenções deste escritório, aborda superficialmente os temas envolvidos e em cada tópico apresenta questões polêmicas e atuais. Pareceu-nos necessário proceder dessa forma, sob pena de perda da oportunidade do debate, se efetivamente fossemos aguardar adquirir certeza e convicção definitiva nas abordagens.

Assim, preliminarmente cumpre-nos esclarecer que a mencionada lei complementar altera, naquilo que nos interessa, especialmente os artigos 43, 47, 48 e 49 da Lei Complementar 123/2006 que regulamenta o tratamento diferenciado em licitações para as micro e pequenas empresas.

A Lei Complementar nº 147, 07 de agosto de 2014 em suma amplia os benefícios das micro empresas e empresas de pequeno porte que participam de licitações públicas, obrigando, dentre outras coisas, a Administração a contratar empresas adotantes deste regime em licitações com valor global ou por item de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), bem como altera o prazo para prova de regularização fiscal para 5 (cinco) dias com o objetivo de manter de forma mais eficaz as prerrogativas já conferidas a essas pessoas jurídicas pela Lei Complementar 123 de 2006.

I. DA CONSTITUCIONALIDADE DA LEI COMPLEMENTAR 147/2014.

A primeira questão que surge, ao analisar a norma, diz respeito à sua constitucionalidade. E isso divide opiniões, sendo que sua aplicação ainda é vista como tormentosa por parte da doutrina.

Ivan Rigolin em: “micro e pequenas empresas em licitação: Modificada a LC 123/06 pela LC 147/14 (set/2014)” assim a critica:

“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 nenhum qualquer 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 ?” (...)

Apesar dos respeitáveis conhecimentos do Jurista, a aplicação da norma, neste momento, é medida que se impõe.

Ora, o fundamento para o estabelecimento de condição privilegiada às microempresas e às empresas de pequeno porte encontra-se na Constituição Federal, que estabelece a necessidade de adoção de medidas jurídicas destinadas a proteger e incentivar a atuação dessas espécies de sociedades.

O artigo 170, IX, e o artigo 179 da Carta Magna estabelecem o norte, a diretriz da opção constitucional, *in verbis*:

“Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.....

Art. 179. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.”

O primeiro dos preceitos dá indícios de que a intenção é proteger essas espécies de empresas da concorrência enfrentada no mercado com os grandes conglomerados, e garantir aos desprovidos de poder econômico mecanismos para se igualarem na disputa, para que não fiquem em condições tão desfavoráveis. Nessa esteira, o artigo 179, que faz menção

específica às microempresas e às empresas de pequeno porte, é categórico em afirmar que a legislação de regência deve atentar para a simplificação, eliminação ou redução das obrigações dessas sociedades, no tocante à sua vida e à sua atuação, nos aspectos administrativos, tributários, previdenciário e creditício.

Considerando que até o momento inexistente medida judicial que suspenda os efeitos da norma e superada a discussão acerca de sua constitucionalidade, ainda que de forma sumária, passamos a analisar as modificações.

II. DAS ALTERAÇÕES NA LEI COMPLEMENTAR 123/2006 PELA LEI COMPLEMENTAR 147/2014 - QUESTÕES RELACIONADAS ÀS LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS.

Consideramos ser de maior relevância comentar os artigos 43, 47, 48 e 49 da nova lei complementar que são os que possuem alterações substanciais.

II.1. ALTERAÇÕES NO ARTIGO 43.

Diz o artigo 43 naquilo que restou alterado:

“Art.43. (...)”

§ 1º 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.”

Os artigos 42 e 43 do estatuto da microempresa estabelecem privilégio referente a regularidade fiscal, permitindo que seja provada, em licitações, no momento da contratação.

Antes, com a redação original do preceito, estabelecia-se o prazo de 02 (dois) dias úteis para a referida prova, contados do momento em que for declarado vencedor. Este prazo, agora, é ampliado para 5 (cinco) úteis. A alteração é somente essa, de forma que nesse aspecto não há maiores dificuldades de interpretação.

II.2. ALTERAÇÕES NO ARTIGO 47.

A redação do *caput* do artigo 47 passou a ser a seguinte:

“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.

A Lei Complementar, em seu artigo 47, na versão original, oriunda da Lei Complementar 123/2006, instituiu novidade no ordenamento jurídico brasileiro, no momento em que transferiu para os demais entes que compõem a federação o poder de disciplinar a respeito de normas de licitação e contratos.

Como sabido, por força do que fixa a Constituição, em seu artigo 22, XXVII, e por competir à União estabelecer normas gerais de licitações e contratos, através de lei ordinária, os demais entes da federação apenas disciplinam de forma complementar a matéria.

Essa regra se mantém, até mesmo porque não se promoveu a alteração da norma constitucional, mas ainda que se considere que a lei complementar, aqui atuando em matéria de lei ordinária,

estabeleceu os contornos de atuação das leis a serem editadas pelos demais entes, fato é que as licitações diferenciadas, com privilégios às microempresas e empresas de pequeno porte, em geral irão se realizar após a edição de leis específicas, por essas esferas de governo, sendo esse o contexto da novidade legislativa.

Assim, **devem** (antes, na redação original do preceito, **podiam**, dispondo de discricionariedade) os Estados, o Distrito Federal e os Municípios (A União, nesse aspecto editou Decreto, 6204, de 06 de setembro de 2007), desde a edição da Lei Complementar 147, editar norma destinada a disciplinar licitações denominadas de diferenciadas, com o objetivo de implementar valores (fins) definidos pela norma geral editada pela União.

A primeira discussão que vem a tona, diz respeito a qual norma deve ser editada pelos entes federados. Parece-nos que a questão circunscreve-se ao aspecto meramente regulamentar, de forma que poderia se desincumbir mediante mero decreto (ato regulamentar), ou outro ato que tivesse o mesmo status. A redação do parágrafo único do artigo 47, também alterado pela Lei Complementar 147, reforça esse entendimento, ao utilizar a expressão "*regulamento específico*".

Nessa senda, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios editariam decretos para normatizar a matéria, e as pessoas jurídicas da administração indireta, como autarquias e fundações, por exemplo, editariam normas regulamentares próprias.

Retomando, temos que as licitações diferenciadas poderão ocorrer com o propósito de implementar valores (fins) específicos. Esses valores (fins) são: (i) *a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional*; (ii) *a ampliação da eficiência das políticas públicas*; (iii) *e o incentivo à inovação tecnológica*.

A nosso ver, desde que se pretenda implementar **um** desses fins, poderá o ente federado promover licitações que instituem privilégios às micro e pequenas empresas, nos termos disciplinados em norma própria, instituindo nos certames os privilégios previstos no artigo 48 da Lei Complementar 123 (atentando para as restrições estabelecidas pelo artigo 49), com a redação também alterada pela Lei Complementar 147.

Verifica-se, dessa forma, que o objetivo das licitações diferenciadas é o de implementar valores considerados significativos, ainda que se comprometa a disputa, a competitividade, em parte, posto que o alcance desses valores poderá ser buscado apenas e tão-somente com a disputa entre microempresas ou empresas de pequeno porte, ou, ainda, com condições privilegiadas a essas categorias de pessoas jurídicas.

Anote-se que esse entendimento esposado de que a presença de um dos fins estabelecidos na norma é suficiente para autorizar a licitação diferenciada não é unânime na doutrina até então editada, recebendo discordância de estudiosos da estirpe de Jessé Torres Pereira Júnior e

Marinês Dotti (in, O Tratamento Diferenciado Às Microempresas, Empresas de Pequeno Porte e Sociedades Cooperativas nas Contratações públicas, segundo as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados acolhidos na Lei Complementar 123/06 e no decreto federal 6.204/07).

Vejamos, então, cada um dos fins a serem buscados nas licitações diferenciadas, mencionando, por necessário, que tratam de conceitos jurídicos indeterminados, e que, por isso, dificultam a função interpretativa, posto conferirem ao aplicador da norma certa margem de liberdade:

i - promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional.

O ente federado poderá buscar promover o desenvolvimento econômico ou mesmo o desenvolvimento social, ou ainda os dois em conjunto, seja no âmbito local ou regional, entendendo que se poderão atingir tais objetivos através de estímulos às microempresas e às empresas de pequeno porte, garantindo-lhes contratos com o poder público, reservando parte dos certames a essa categoria de empresas, ou estabelecendo que o futuro contratado subcontrate essas espécies de empresas para execução de parte do objeto.

Parece-nos, contudo, que os propósitos somente poderão ser alcançados se for autorizado restringir a participação nos

certames diferenciados às empresas sediadas no território do promotor da disputa, ou na região (ou se puder obrigar que os vencedores das disputas subcontratem empresas com essas características, sediadas no seu território ou na região em que está situado). Com efeito, o desenvolvimento econômico pressupõe a geração de riquezas, e esta somente seria alcançada com a possibilidade de restrição, a qual, no entanto, não é prevista de forma expressa, sendo até mesmo abolida pela legislação, e pela jurisprudência¹.

Decerto, se não for possível agir dessa forma, não se alcançarão os propósitos estabelecidos pela lei, exceto no caso das licitações na modalidade convite², onde o poder público define os participantes do certame, sendo que, mesmo assim, permanece a possibilidade de outros interessados se apresentarem para a disputa, nos termos estabelecidos pelo artigo 22 da Lei 8666, de 1993. Sim, porque empresas com sede em outras localidades, e ainda de fora da região (mesmo que microempresas e empresas de pequeno porte), poderão ser vencedoras das disputas, não promovendo o desenvolvimento econômico da localidade (ou da região), posto que as riquezas geradas não circularão em sua totalidade no próprio território (ou na região),

¹ REPRESENTAÇÃO. ARGUMENTO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 48, DA LEI 7291/1978, E DO ART. 2º., DO DECRETO N. 23.036/1983, AMBOS DO ESTADO DE MINAS GERAIS. CRITÉRIOS NO JULGAMENTO DE LICITAÇÕES. CONSIDERAÇÃO DO ICM A SER RECOLHIDO AOS COFRES DO ESTADO. CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ART. 9º., I. NÃO É POSSÍVEL DISTINGUIR, NO PROCESSO DE LICITAÇÃO, AS EMPRESAS CONCORRENTES PELA ORIGEM, NATURALIDADE OU SEDE. CONSTITUIÇÃO, ART. 8º., XVII, LETRA 'C', E PARÁGRAFO ÚNICO. APLICAM-SE AOS ESTADOS-MEMBROS OS PRINCÍPIOS RELATIVOS À DISCIPLINA DAS LICITAÇÕES (DECRETO-LEI N. 200/1967; LEI 5456/1968). CRITÉRIO DE LICITAÇÃO PARA FORNECIMENTO DE BENS OU PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS, BASEADO NO RECOLHIMENTO DE TRIBUTOS DEVIDOS AO ESTADO, TEM MERECIDO CENSURA DO STF, PRECEDENTES. REPRESENTAÇÃO PROCEDENTE, DECLARANDO-SE A INCONSTITUCIONALIDADE DOS DISPOSITIVOS IMPUGNADOS. (Rp 1308 / MG - MINAS GERAIS REPRESENTAÇÃO Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA Julgamento: 10/02/1988 Órgão Julgador: TRIBUNAL PLENO, STF) ESTADO DE MINAS GERAIS. LICITAÇÃO PÚBLICA. APLICAÇÃO DO ART. 48 DA LEI ESTADUAL Nº 7.291/78, QUE INSTITUI OS "TRIBUTOS DEVIDOS AO ESTADO" COMO CRITÉRIO DE JULGAMENTO DE TAIS CERTAMES.

Critério de julgamento ofensivo à norma do art. 9º, I, da EC 01/69, que vedava à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios estabelecer distinções entre brasileiros ou preferências em favor de uma dessas pessoas jurídicas de direito público interno contra outra.

Inconstitucionalidade da expressão "tributos devidos ao Estado", contida no referido dispositivo legal, declarada pela STF na Repr. Nº 1.308-1 MG (Recurso Extraordinário nº 152.449-9 Minas Gerais, STF)

² Art. 22. São modalidades de licitação:

(...)

§ 3º Convite é a modalidade de licitação entre interessados do ramo pertinente ao seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de 3 (três) pela unidade administrativa, a qual afixará, em local apropriado, cópia do instrumento convocatório e o estenderá aos demais cadastrados na correspondente especialidade que manifestarem seu interesse com antecedência de até 24 (vinte e quatro) horas da apresentação das propostas.

ainda que parcela seja nele despendida.

Sabe-se que, hoje, as pequenas empresas e as microempresas respondem por parcela significativa das riquezas geradas em um município, seja por gerarem empregos diretos e indiretos, seja por gerarem tributos. Se uma empresa com essa característica, sediada em determinado município, recebe benefícios competitivos para sagrar-se vencedora em licitações promovidas pela Prefeitura da cidade (ou por outra entidade que integra o Município), muito provavelmente despendirá esses recursos ali ou em suas cercanias (por ser empresa de pequeno porte, mais facilmente utilizará o comércio local para adquirir os insumos que serão utilizados para execução do objeto; muito provavelmente, a totalidade de seus empregados e colaboradores ali reside, o mesmo ocorrendo com os seus proprietários, os quais farão circular na cidade os recursos recebidos como salários, gratificações, comissões etc., gerados por força do contrato firmado com o poder público local, promovendo o desenvolvimento econômico; da mesma forma, todos os tributos gerados com o ajuste serão recolhidos no local – aqueles recolhidos diretamente para o Município reverterão de imediato para as atividades públicas locais, e os recolhidos ao Estado e à União retornarão em parte ao município de origem, contribuindo para o desenvolvimento econômico local e regional).

Poderá, ainda, a Administração promover as licitações diferenciadas objetivando o desenvolvimento social, no que se deve entender que se aplicam os mesmos comentários apresentados até este momento neste tópico.

ii - ampliação da eficiência das políticas públicas.

Outro fim que poderá ser buscado com as licitações diferenciadas é o da ampliação da eficiência das políticas públicas, certamente aí consideradas aquelas eleitas e escolhidas pelo ente federado.

As políticas públicas são as definidas pelo ente federado, seja aquelas eleitas em face de valores específicos que acompanham determinado grupo político no exercício do poder, seja aquelas estabelecidas por normas cogentes, em especial pela Constituição Federal, e pelas respectivas Constituições Estaduais e Leis Orgânicas Municipais.

Quando da edição da Lei Complementar 123, pensavamos que primeiro seria pressuposto para a utilização da norma que determinada política pública estivesse em desenvolvimento, e que se pretendesse ampliar a sua eficiência, não admitindo, portanto, como ponto de partida de um determinado programa.

Até mesmo, na oportunidade exemplificamos para melhor esclarece o que nos parecia ser o objetivo: iniciado um programa de recuperação de menores infratores, no decorrer de seu desenvolvimento surge a necessidade de contratação de serviços de capacitação de profissionais da área de educação. Poderá o Governo do Estado responsável pelo programa, realizar licitação diferenciada, destinada a aplicar as regras

estabelecidas em lei, com o propósito de implementar os benefícios estabelecidos no artigo 48 da Lei Complementar 123. Contudo, a contratação desses serviços, calcada em prévia licitação diferenciada, não poderá ocorrer concomitantemente ao início das atividades do programa.

Hoje, contudo, pensamos de forma diversa, entendendo que mesmo uma política pública recém escolhida como tal pode utilizar, para sua ampliação, o privilégio conferido às micro e pequenas empresas.

iii - incentivo à inovação tecnológica.

Por fim, o artigo 47 permite, ainda, a instauração de licitações diferenciadas quando se pretender incentivar a inovação tecnológica, desde, é lógico, que contrate tais serviços ou o fornecimento de bens, vinculados a essa inovação.

A expressão inovação tecnológica é por demais genérica, de modo que nos parece razoável adotar, no auxílio de sua interpretação a definição de inovação apresentada pela própria Lei Complementar 123/2006, em seu artigo 64, I, verbis:

"Art. 64. Para os efeitos desta Lei Complementar considera-se:

I - inovação: a concepção de um novo produto ou processo de fabricação, bem como a agregação de novas funcionalidades ou características ao produto ou processo que implique melhorias incrementais e efetivo ganho de qualidade ou produtividade, resultando em maior competitividade no mercado."

Em arremate, impõe-nos deixar consignado que os benefícios às microempresas e empresas de pequeno porte somente poderão ser implementados, através de licitações diferenciadas, se tiverem por propósito o alcance de ao menos um desses fins previstos pelo artigo 47 da Lei Complementar 123.

Ressaltamos que a alteração substancial deste dispositivo ocorreu em torno da mudança da expressão “poderá” para “deverá”, tornando-se impositivo. A Lei Complementar 147/2014 retirou a possibilidade do uso da discricionariedade da Administração para este fim.

Contudo, é fundamental deixar claro que o tratamento diferenciado não é um benefício absoluto, incontestável, e que deva existir a qualquer custo. Pelo contrário, será fundamental que seja demonstrado, em cada situação específica, que é a melhor forma para atingir o interesse público, ficando efetivamente justificado.

Resta, então, reforçada a necessidade de **motivação** do ato que vier a definir pela aplicação (ou não) dos privilégios indicados nos artigos 47 e 48 da Lei Complementar 123, com a redação conferida pela Lei Complementar 147.

Não basta, como infelizmente vem ocorrendo nesses primeiros momentos de aplicação da norma, entender que a sua vigência, por ser imediata, impõe a utilização desenfreada dos benefícios, independentemente de critérios. É preciso muito mais que isso.

Não é suficiente a vontade de micro e pequenas empresas de serem beneficiadas, e mesmo da administração de conferir os benefícios; como também não basta a vontade pura e simples de negar esses benefícios apenas por entender que não há regulamentação da matéria.

As regras legais estabelecidas pelas leis complementares 123 e 147, não são das mais claras, sendo que o legislador parece mesmo ter se esforçado para dificultar a atuação do interprete. Contudo, a dificuldade jurídica e operacional que se extrai das normas não autoriza conduta singela em nenhum desse sentidos mencionados.

Em síntese, há, agora, com a edição da lei Complementar 147, o entendimento de que é dever das esferas de governo conceder tratamento diferenciado e simplificado às micro e pequenas empresas (art. 47); também é pacífico que esses privilégios devem ser conferidos desde

que sejam para atingir objetivos específicos, quais sejam aqueles expressamente indicados no *caput* do artigo 47, antes comentados; de igual modo, como se verá adiante, é necessário que os diversos entes federados regulamentem a matéria, havendo hipótese de utilização temporária e transitória da norma federal na ausência dessa regulamentação (veja a seguir comentários ao parágrafo único do artigo 47); na mesma linha não se controverte que o tratamento diferenciado e simplificado deve se restringir aos benefícios tratados no artigo 48 da norma (que serão comentados na sequência); e também é extreme de dúvidas que situações específicas excluirão de pronto os referidos benefícios, desde que presentes as condições impostas no artigo 49 (na ordem normativa não nos furtaremos, conforme se nota dos tópicos seguintes, de retomar e explorar esses pontos).

Desse modo, apresenta-se como adequada a ressalva posta no posicionamento do Egrégio Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, como se observa de trecho da decisão proferida pela Conselheira Dra. Cristiana de Castro Moraes em TC-6287.989.14-9:

“...No que diz respeito ao atendimento às disposições do artigo 48, III, d Lei Complementar nº 123/2006, com redação dada pela Lei Complementar nº 147/2014, relativamente à reserva de 25% do objeto do certame para micro e pequenas empresas, observo que a municipalidade se limitou a alegar a suposta indivisibilidade do objeto, em decorrência da adoção do menor preço

global, o que entendo ser insuficiente para dispensar o cumprimento da legislação.

Por outro lado, necessário registrar que o artigo 49 da mencionada lei complementar elenca hipóteses de exceção, que, uma vez presentes, tornam não obrigatório o cumprimento das disposições dos artigos 47 e 48 pela Municipalidade nas compras públicas, como, por exemplo, a inexistência 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; e a ausência de vantajosidade para a administração pública ou a possibilidade de prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado.

Desse modo, e considerando a inviabilidade de se examinarem todas as questões no rito sumaríssimo do Exame Prévio de Edital, penso que seja mais acertado, por ora, determinar à Municipalidade o estrito cumprimento das disposições da Lei Complementar nº 147/2014, motivando as escolhas feitas no processo administrativo para esse fim, o que será objeto de acompanhamento no rito ordinário da Fiscalização.(...)”

Na sequência, analisemos o conteúdo do parágrafo único do artigo 47.

art. 47

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.”

O parágrafo único do artigo 47, na redação conferida pela Lei Complementar 147/2014, por sua vez, determina que enquanto não houver norma própria (estadual, distrital, municipal, ou regulamentar) que regulamente a matéria de forma específica, dever-se-á aplicar a legislação federal.

É importante e fundamental deixar claro que a aplicação da norma federal, na forma preconizada pelo parágrafo único retro transcrito, não se dará em todas as situações, **mas tão somente no caso de compras públicas**, de forma que é necessário buscarmos a definição de compra estabelecida pelo artigo 60, III, da Lei 8666/93, segundo o qual "*compra é toda aquisição remunerada de bens para fornecimento de uma só vez ou parceladamente*" (dessa forma, exclui-se da aplicação momentânea da legislação federal na ausência de norma própria os casos de contratações de serviços e

obras, cujas definições constam também de forma expressa no artigo 6o da Lei 8666/93).

Assim, estamos diante da imposição de fixar-se regras para os benefícios, de forma que se apresenta a necessidade dos entes federados e suas administrações indiretas normatizarem a matéria, estabelecendo as normas; contudo, no caso das compras, a ausência da normatização, pura e simples, segundo a lei, não pode autorizar a administração a furtar-se de sua obrigação de conceder e instituir o privilégio.

"Simples assim". Quem dera.

Ao invés de facilitar, a regra dificulta a aplicação da norma (não bastassem aquelas dificuldades já mencionadas linhas atrás ao comentarmos o *caput* do artigo 47).

O propósito é evidente: a redação original da Lei Complementar 123/2006, conferia aos demais entes federados a possibilidade de promover licitações diferenciadas a favor das micro e pequenas empresas. O fato de constituir-se em uma faculdade, de certa forma, esvaziou o contexto desses procedimentos, posto que poucas foram as normatizações existentes nesse sentido. Para corrigir, então, a questão, transformou-se em impositiva, determinando-se que "deverá" ser concedido tratamento diferenciado e simplificado para essas categorias de empresas, e para evitar que se postergassem ainda mais as providências para tanto, servindo de subterfúgio

para furtar-se à obrigação, a "magnífica" solução: "*enquanto não sobrevier*" legislação própria, "*aplica-se a legislação federal*".

Parece simples: supondo um Município que não normatizou a matéria, bastaria que fosse à legislação federal e aplicasse a regulamentação existente para promover licitações com tratamento diferenciado e simplificado às micro e pequenas empresas.

E o governo federal dispõe do Decreto 6204, de 05 de setembro de 2007, que editou normas a respeito, fixando regras para o tratamento diferenciado e simplificado às referidas empresas em licitações públicas.

Ocorre, contudo, que o decreto mencionado de um lado é silente na definição dos valores (finalidades) indicados no artigo 47 da lei complementar, e mesmo que dispusesse desses elementos definidores, o teria feito no exercício da normatização federal, não podendo ser imposta a outros entes, como, por exemplo, os municípios.

Os demais entes federados dispõem de autonomia para definir essas finalidades (indicadas no *caput* do artigo 47) de acordo com suas conveniências, sendo evidente que variam regionalmente, e de acordo com a realidade de cada qual, seguindo, por exemplo quando nos deparamos com a expressão políticas públicas, inclusive os contornos de suas Constituições Estaduais e Leis Orgânicas Municipais.

Recorde-se que os valores (finalidades) estabelecidos pelo artigo 47 da lei complementar são: (i) *a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional*; (ii) *a ampliação da eficiência das políticas públicas*; (iii) *e o incentivo à inovação tecnológica*. Dessa forma, não precisa de muito raciocínio e reflexão, para considerar a impossibilidade de promover a singela aplicação da regulamentação federal em licitações de outras esferas.

O "cenário não fecha", o arcabouço de normas necessárias para formalização total do benefício não resta completo e a busca pura e simples da norma federal (decreto 6204/07) não supre essa falta, de forma que parece-nos mesmo impossível, neste momento, se não houver normatização própria, promover licitações conferindo os benefícios, por mais que as administrações que não dispõem de regulamentação se esforcem.

Tentemos simular a situação, pensando no caso de um município brasileiro que diante da norma do artigo 47 da Lei Complementar 123, com a redação conferida pela Lei Complementar 147, pretendesse promover a compra de bens mediante licitação, e que é óbvio, não tenha regulamentado a matéria (se já regulamentou, ótimo, a questão está superada, e basta aplicar a norma regulamentadora).

Imagine esse município pretendendo adquirir suco de frutas para a merenda escolar, e que essa aquisição, por um período razoável, tivesse o valor estimado em menos de oitenta mil reais (R\$ 80.000,00). Teria, esse município, nessas condições, que promover licitação

concedendo tratamento diferenciado a micro e pequenas empresas, ainda que não ocorresse qualquer das excludentes estabelecidas no artigo 49 da lei complementar? (as excludentes serão oportunamente comentadas no tópico).

Estamos diante da aquisição de bens, e portanto diante de compra o que genericamente nos conduziria à aplicação do parágrafo único do artigo 47, exigindo a aplicação imediata do benefício, e, no momento, diante da ausência de norma municipal, a utilização da legislação federal, qual seja o Decreto Federal 6204 de 05 de setembro de 2007. Contudo, estaríamos diante de aplicação mecânica e infundada da regra, posto que evidentemente não estariam verificadas de forma racional e pensada a presença das finalidades estabelecidas pelo artigo 47 (algumas perguntas: a aquisição de suco de frutas de micro ou pequenas empresas contribui de alguma forma para o desenvolvimento econômico e social da cidade ou da região? Essa aquisição, por acaso amplia alguma política pública eleita pelo município? Ou empresas - micro ou pequenas - produtoras de suco de frutas desenvolvem atividade tecnológica inovadora que justifique serem incentivadas com licitações diferenciadas? E no revés, como reagiriam empresas não qualificadas como tal ao se depararem com licitação diferenciada, da qual não poderiam participar, ainda que evidentemente não se estivesse implementando as finalidades estabelecidas pelo artigo 47?....).

Se de um lado essa reflexão reforça nossa intelecção de que utilizar a legislação federal nesse momento não satisfaz os fins da lei complementar, de outro não nos autoriza a simplesmente orientar pelo

sumário abandono do Decreto Federal 6202/2007. Há que se fundamentar o abandono de sua aplicação.

Em suma síntese: **a Lei Complementar na redação atual impõe o seguinte, de forma peremptória: normatize o mais rápido possível a matéria.**

II.3. ALTERAÇÕES NO ARTIGO 48.

Nas licitações diferenciadas destinadas a promover o alcance dos fins previstos no artigo 47, poderão se estabelecer privilégios em favor das microempresas e das empresas de pequeno porte, nos termos previstos no artigo 48 da Lei Complementar, os quais podem ser da seguinte espécie: (i) *exclusividade na participação*; (ii) *subcontratação de parcela do objeto para ser executado por micro ou pequenas empresas*; e (iii) *divisão do objeto licitado, reservando parcela para contratação com microempresas ou empresas de pequeno porte.*

Vejamos com detalhes cada uma delas:

Assim como o artigo 47, o artigo 48 e seus incisos também não sofreram alteração em sua essência, mas tão somente em sua obrigatoriedade.

i - exclusividade na participação.

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);

O primeiro privilégio (art. 48, I) que a legislação específica poderá estabelecer permitirá que se realizem licitações onde se permita exclusivamente a participação de microempresas e de empresas de pequeno porte, admitido para os casos em que o valor do futuro contrato, qualquer que seja o seu objeto, não for superior a R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais).

Assim, em se admitindo a sua adoção pela legislação local, será adotada, via de regra, através das modalidades convite (essa modalidade, segundo a legislação vigente aplica-se para compras e contratação de serviços, quando o contrato estimado não for atingir o valor de R\$ 80.000,00, e para obras e serviços de engenharia, quando este valor for de até R\$ 150.000,00) e pregão (a modalidade não limita a escolha em face do valor estimado da contratação, mas sim do objeto, servindo para contratação de bens e serviços caracterizados como comuns), ou mesmo mediante a contratação direta, com dispensa de certame formal, nos termos do artigo 24, I e II, da Lei 8666 de 1993 (será possível, em tese, a adoção das demais modalidades, como tomada de

preços e concorrência, o que na prática provavelmente não ocorrerá, diante da limitação de valor estabelecida pela regra legal).

Poderá, então, se realizar licitações em que estabeleça, no edital, que não poderão dela participar empresas que não se qualifiquem como micro ou pequenas. Serão válidos tais certames se amparados em norma própria (estadual, distrital ou municipal), ou mesmo no caso da aplicação da exceção do parágrafo único do artigo 47, e se destinados a implementar um dos fins previstos pelo próprio artigo 47 da Lei Complementar 123.

**ii - subcontratação de parcela do objeto
para ser executado por micro ou pequenas empresas.**

“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;”

O segundo privilégio possível, previsto pelo artigo 48, II, prevê a hipótese de, por legislação própria, se estabelecer, no certame licitatório destinado exclusivamente a obras e serviços, a possibilidade (é importante frisar que a redação original do artigo, pela Lei Complementar 123 falava em obrigatoriedade, de forma que agora surge maior liberdade para a atuação da administração) de o vencedor da disputa, e contratado, subcontratar parcela do objeto para que seja executado por microempresa ou empresa de

pequeno porte. A Administração, se pretender que assim se faça, deverá fixar a obrigatoriedade no edital do certame licitatório, estabelecendo inclusive o percentual dessa subcontratação (antes, na versão primitiva da norma estabelecia-se que o percentual não poderia ultrapassar o limite de 30% (trinta por cento) do ajuste. Com a redação da Lei Complementar 147 não existe mais essa limitação).

Há previsão, ainda (parágrafo 2o **XXX** do artigo), de que, em havendo a subcontratação, a micro ou pequena empresa executora do objeto, na parcela que lhe for repassada, poderá - por óbvio se autorizado no edital da licitação e posteriormente no contrato - receber diretamente do poder público contratante, sendo inclusive admitido que se promova o empenho a seu favor (desse modo, parece-nos que a subcontratada emitirá documento fiscal de cobrança diretamente para o poder público, o qual efetuará a verificação da liquidação da despesa em seu favor).

Apesar da admissão dessa forma imprópria de cobrança dos créditos, a subcontratação não retira da contratada a responsabilidade pela execução do objeto, de modo que permanecem aplicáveis as regras do artigo 72 da Lei 8666 de 1993³, sendo recomendável que o processo de liquidação da despesa e de pagamento direto à micro ou pequena empresa subcontratada se faça com a anuência do titular do ajuste.

Por fim, é de se consignar que nada se diz,

³ Art. 72. O contratado, na execução do contrato, sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, poderá subcontratar partes da obra, serviço ou fornecimento, até o limite admitido, em cada caso, pela Administração.

no texto legal, a respeito das características das subcontratadas e da anuência prévia da Administração a respeito de sua admissão específica. Isso, no entanto, não infirma a sua necessidade, sendo certo que deverá ser previamente prevista no edital e aceita a subcontratação pelo poder público, o qual aferirá, inclusive, a capacidade dessa empresa de executar a parcela do objeto que se pretende a ela atribuir, verificando, dentre outras, e ao menos, a sua regularidade para com a seguridade social em atenção ao artigo 195 da Constituição Federal.

iii - divisão do objeto licitado, reservando parcela para contratação com microempresas ou empresas 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.”

Finalmente, o inciso III do artigo 48, aplicável apenas no caso de aquisição de bens (compras) determina (antes permitia) que o privilégio às microempresas e empresas de pequeno porte consista em dividir o objeto licitado (por óbvio, quando divisível), reservando-se uma cota (de, no máximo, 25% do total do objeto) para ser executada por essas empresas. Aqui, diversamente do que ocorre no caso do inciso II, a Administração selecionará, no certame, empresas com essas características, para serem as contratadas.

Lembre-se, por conveniente, que impõe-se a necessidade de se tratar de objeto divisível, pois poderá haver mais de um contratado (suponha-se que uma empresa de grande porte seja vencedora de parte do objeto, e uma pequena empresa, de outra parcela), e de não haver comprometimento na execução do mesmo objeto concomitantemente por duas empresas distintas. Anote-se, ainda, que, mesmo sendo divisível o objeto, não se poderá promover o fracionamento dos certames, vedado pela Lei 8666, em seu artigo 23, o que significa que a modalidade cabível será escolhida em função do valor global considerado para o objeto (poderá haver, contudo, vários certames, adotando-se a mesma modalidade, para cada uma das etapas, sendo um deles para contratar empresa de pequeno porte ou micro, e outro, sem essa restrição).

Essas peculiaridades conferem extrema dificuldade interpretativa ao dispositivo, reforçando-se a ideia de que a sua adoção, ou a definição de que não será implementado, deverá ser objeto de motivação específica diante do caso concreto. Terá a administração a obrigação de definir e fundamentar suas escolhas, e diante de aquisições de bens estabelecer se o objeto é divisível, se a definição de cotas para as microempresas e empresas de pequeno porte irá comprometer a disputa, bem como a indicação do percentual a ser destinado a certames exclusivos para essas categorias de empresas, dentre outras.

§ 1o 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.”

Os parágrafos do artigo 48 também foram alterados. O parágrafo 1o restou revogado, de forma que hoje não mais prevalece limitação percentual às licitações diferenciadas e simplificadas a favor de micro e pequenas empresas (antes o dispositivo tinha a seguinte redação: "*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.*")

O parágrafo 3o, novidade inserida pela Lei Complementar 147/2014, é de extrema complexidade interpretativa. É uma verdadeira pérola....

Pensando alto, e contextualizando com o restante da lei, somente nos vem a mente o seguinte: em licitações diferenciadas e simplificadas, em que estejam presentes, por óbvio, os objetivos do artigo 47, será possível estabelecer prioridades às micro e pequenas empresas locais ou da região, em detrimento de outras empresas assim categorizadas, que não estejam neste território escolhido, e mesmo assim será possível contratar-se por valor de até 10% (dez por cento) superior ao menor preço válido (leia-se o apurado na licitação).

Dificuldades evidentes: primeiro que essa regra conflita com as melhores interpretações possíveis do artigo 47, caput, no que diz respeito à finalidade "promoção de desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional" (remetemos o leitor ao item específico deste trabalho - II.2); depois, que conflita com a melhor interpretação do inciso III do artigo 49, que será comentado na sequência (a esse respeito lembre-se que os privilégios não poderão ser aplicados quando representarem desvantagem para a administração, o que parece evidente se perpetrarmos a ideia de que é possível contratar por valor superior 10% do melhor preço válido).

II.4. ALTERAÇÕES NO ARTIGO 49.

Os privilégios previstos no artigo 48 da Lei Complementar 123 de 14 de dezembro de 2006, destinados a implementar os valores (fins) previstos no artigo 47 do mesmo diploma legal, não poderão, contudo, ser utilizados de forma indiscriminada pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, ficando limitados pelo que estabelece artigo 49 e seus incisos, na redação conferida pela Lei Complementar 147.

As restrições estabelecidas são as seguintes: (i) *necessidade de ao menos 03 (três) fornecedores competitivos*; (ii) *prejudicialidade do tratamento diferenciado à Administração ou ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado*. (iii) *impossibilidade de estabelecimento dos privilégios nos casos de dispensa e inexigibilidade de licitação (exceto no caso de contratação direta nos termos dos incisos I e II do artigo 24 da Lei*

8666).

Diz o artigo 49:

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

I - (Revogado);

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, 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.”

i - necessidade de ao menos 03 (três) fornecedores competitivos.

A lei complementar, já na sua versão original, estabeleceu a possibilidade de se conceder privilégios às micro e pequenas empresas, mas não se descurou da preocupação que permeia toda a legislação sobre licitações públicas, de garantir a efetiva competitividade aos certames. Destarte, fixou no artigo 49, II, que as licitações diferenciadas somente serão válidas se houver na localidade ou na região ao menos três empresas com essas características em condições de disputa, que possam cumprir as exigências do instrumento convocatório.

Parece-nos que, apesar de o preceito não estar redigido com a clareza necessária, a validade do certame fica condicionada à efetiva participação de ao menos três interessados, que apresentem propostas competitivas. Aplica-se aqui a mesma interpretação que hoje entendemos válida para o artigo 22, parágrafo 7º, da Lei 8666, ao exigir que, na modalidade de convite, existam, em regra, ao menos três licitantes com propostas em condições de disputa.⁴

⁴ Ementa: Convite. Endereçamento a três empresas, duas das quais submetidas à gerência de um só e mesmo sócio-proprietário – Comprometimento evidente da competitividade do certame – Irregularidade. (Processo – TC nº 002218/002/99 – Rel. Cons. Cláudio Ferraz de Alvarenga – DOE. 25.05.2004, pág. 22 – TCESP).

"...observe, ao realizar licitação na modalidade convite, o número mínimo de licitantes exigido (art. 22, §§ 3º e 7º)", (TCU – Processo nº 525.196/95-1. Decisão nº 530/1996 – Plenário – DOU. 09.09.1996)

"...a jurisprudência do TCU é pacífica no sentido de exigir a presença de três propostas válidas quando da realização de licitação na modalidade convite, sob pena da repetição do ato, salvo se houver limitação de mercado – não é o caso da licitação em tela – ou manifesto desinteresse dos convidados, devidamente justificado nos autos, em consonância com o art. 22, §§ 3º e 7º da Lei nº 8.666/93. Esse entendimento está assentado em diversos julgados desta Corte de Contas, entre outros, nos seguintes: Acórdãos nºs 55/2000 – Plenário, 191/99 – Plenário, e Decisões nºs 310/2000 – Plenário, 800/2000 – Plenário, 828/2000 – Plenário. (TCU – Processo nº 003.228/2001-4. Acórdão nº 1.897/2003 – Plenário).

Acórdão 1.089/2003 – TCU

Na hipótese de não ser atingido o mínimo legal de três propostas válidas quando da realização de licitação na modalidade convite, devem ser justificadas expressamente, nos termos do art. 22, § 7º, da Lei n 8.666/93, as circunstâncias impeditivas da obtenção do número de três licitantes devidamente qualificadas, sob pena de repetição do certame com a convocação de outros possíveis interessados.

ii - prejudicialidade do tratamento diferenciado à Administração ou ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado.

A lei complementar, em seu artigo 49, III, também na versão primitiva, impõe a impossibilidade de se estabelecer o tratamento diferenciado quando a sua utilização se apresentar como desvantajosa para a Administração ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto do futuro contrato.

São duas situações diversas. A primeira refere-se à vantajosidade da opção pelas licitações diferenciadas, sendo certo que se deverá afastar da alternativa se não for possível demonstrá-la. Nesse caso, é de se entender que estamos diante de alternativa difícil, pois a Administração deverá promover a opção antes de deflagrar o certame, quando é quase impossível saber se será mais vantajoso licitar com ou sem a sistemática de privilégios (ademais, em tese, o só fato de se restringir o universo de licitantes – às micro e pequenas empresas - poderá ser entendido como desvantajoso, por impossibilitar uma competição efetivamente ampla, o que, no entanto, pode ser contraposto em função do implemento de outros valores legais e constitucionais de relevo, como, por exemplo, o desenvolvimento econômico e social do ente federado promotor do certame e da região). Contudo, se ao depois do certame, verificar-se o afastamento dessa vantajosidade, ainda que concluída a disputa, essa deverá ser desfeita.

A segunda situação prevista tem um

vínculo mais direto com as hipóteses dos incisos II e III do artigo 48, pelas quais se determina que o vencedor subcontrate parte do objeto com micro ou pequenas empresas (inciso II), admitindo-se, ainda, o estabelecimento de cotas para contratação dessas pessoas em determinada parcela do objeto (inciso III). Essas hipóteses, como se verifica, poderão ser adotadas acaso não comprometam a execução do conjunto ou complexo do objeto. Caso ocorra esse comprometimento, a Administração não poderá seccionar o certame ou determinar que se promova a subcontratação.

iii - impossibilidade de estabelecimento dos privilégios nos casos de dispensa e inexigibilidade de licitação (exceto nas contratações diretas previstas nos incisos I e II do artigo 24 da Lei 8666).

O artigo 49 da Lei, em seu inciso IV, em sua redação primitiva, por uma opção, resolveu excluir da incidência dos privilégios e das licitações diferenciadas os casos de dispensa e de inexigibilidade de licitação, previstos, respectivamente, nos artigos 24 e 25 da Lei 8666, de 1993. Assim, se a Administração pretender promover a contratação direta, nas hipóteses admitidas pela lei, não poderá conferir o tratamento diferenciado. Se, contudo, optar por promover o certame, o que seria possível nos casos de dispensa, por óbvio não estará impedida de utilizar a sistemática diferenciada, se cabível.

A exceção, com a redação recebida pela Lei Complementar 147, fica a cargo das dispensas licitatórias decorrentes do valor diminuto dos contratos, previstas nos incisos I e II do artigo 24 da Lei

8666/93. Nesses casos, a norma hoje vigente estabelece a preferência para as contratações (o preceito utiliza erroneamente a palavra compra: assim se entende se analisado o benefício comparando-o com a redação das dispensas licitatórias envolvidas - incisos I e II do artigo 24 da Lei 8666/93 - que expressamente referem-se a obras, serviços - inciso I, e a compras, inciso II) com micro e pequenas empresas, promovendo-se procedimento licitatório exclusivo para as pessoas jurídicas assim qualificadas.

Parece-nos que se dará da seguinte forma: optando-se pela preferência a favor das micro e pequenas empresas, ainda que dispensado o certame licitatório, por decorrência do que preconiza o artigo 24 da Lei 8666/93, a disputa competitiva deverá ser implementada, utilizando-se o formato que se extrai do artigo 48, I, realizando-se cotações de preços junto a essas espécies societárias, exclusivamente, para fins de definição da melhor proposta, que será ao final contratada.

III. COMO PROCEDER.

Alcançado este estágio de nossas considerações, o leitor de certo tem mais dúvidas que convicções e certezas. Nós também. Devemos confessar. Contudo, do que foi apresentado é possível retirar um procedimento como sugestão aos clientes e interessados:

1. diante da ausência de qualquer dificuldade, implementar de imediato a modificação dos editais de licitação para

a alteração de prazo para prova de regularidade fiscal pelas micro e pequenas empresas, que agora é de 05 (cinco) dias, nos termos do artigo 43, parágrafo 1o;

2. utilizar os privilégios estabelecidos nos artigos 47 e 48 da Lei Complementar 123/2006 com a redação da Lei Complementar 147/2014 não é tão simples assim. Não basta determinar os privilégios nos certames licitatórios, alterando-se os editais;

3. o roteiro que nos parece adequado, neste momento é o seguinte:

3.1. promover-se estudos a respeito da edição da norma regulamentadora (decreto para os municípios) da matéria. Nesses estudos será necessário definir o contexto e conteúdo das finalidades estabelecidas no artigo 47 da lei complementar. Para tanto sugere-se verificar elementos na Lei Orgânica do Município e em outras leis específicas. Parece-nos essencial que desses estudos participem os representantes das empresas interessadas, como por exemplo associações comerciais;

3.2. de posse dos estudos, deve-se editar a regulamentação necessária, decreto para o caso dos Municípios, estabelecendo os elementos dos privilégios;

3.3. editada a norma regulamentar, deve-se estudar caso a caso a sua aplicação, fundamentando a adoção dos privilégios, ou o seu abandono, com a realização de procedimentos licitatórios no padrão

hoje em curso. É a **motivação** de que tanto falamos ao longo dessas considerações;

3.4. nesse interregno necessário para normatizar a matéria e implementar os critérios da normatização, deve-se verificar, caso a caso, sempre na hipótese de compras, quanto a eventual aplicação da regra estabelecida no artigo 47, parágrafo único, no sentido de adoção da normatização federal sobre o tema. Para tanto, sugerimos que no momento oportuno sejam revistas as consideração apresentadas no tópico II.2. desta manifestação.

Ante a dificuldade que envolve todo esse procedimento, estamos elaborando estudos para orientação aos clientes e interessados, inclusive com a disponibilização de curso e treinamento específico para debate.

Era o que tínhamos, por ora, a considerar.

São Paulo, 16 de MARÇO de 2015.

MARCELO PALAVÉRI
OAB/SP nº 114.164