O DIREITO DE PREFERÊNCIA CONFERIDO ÀS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE INDEPENDE DO VALOR DA LICITAÇÃO

Júlia Duarte

A Lei Complementar nº 147/14 trouxe inovações à Lei Complementar nº 123/06, reconhecida no ordenamento jurídico brasileiro como Estatuto Nacional da Microempresa – ME e da Empresa de Pequeno Porte – EPP. Dentre as alterações se destaca a obrigatoriedade de concessão de tratamento diferenciado nos processos licitatórios, mediante inclusão do §14 ao artigo 3º e do artigo 5º-A na Lei nº 8.666/93 - Lei Geral de Licitações -, com o seguinte teor:

Art. 3º. [...]

§14. As preferências definidas neste artigo e nas demais normas de licitação e contratos **devem** privilegiar o tratamento diferenciado e favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte na forma da lei.

Art. 5º-A. As normas de licitações e contratos **devem** privilegiar o tratamento diferenciado e favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte na forma da lei.

Uma das formas de tratamento diferenciado concedido às ME e EPP se refere justamente à preferência de contratação, como critério de desempate. A Lei Complementar nº 123/06 estabelece sejam consideradas empatadas as propostas apresentadas pelas ME e EPP que sejam iguais ou até 10% superiores à proposta mais bem classificada. Esse percentual reduz à metade caso a modalidade eleita pela Administração Pública seja o Pregão. Confira-se:

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

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

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

Nesse caso, desde que melhor oferta inicial não tenha sido apresentada por outra ME ou EPP, o diploma legal lhes garante a faculdade de formular lance de desempate com o objetivo de alcançar preço inferior àquele até então considerado vencedor do certame.

Sob essa perspectiva, vale lembrar que o critério eleito para enquadramento como ME ou EPP está atrelado, essencialmente, ao valor da receita bruta auferida no ano-calendário. Para fins legais, corresponde ao produto da venda de bens e serviços nas operações de conta própria, o preço dos serviços prestados e o resultado nas operações em conta alheia, não incluídas as vendas canceladas e os descontos incondicionais concedidos.

Segundo o art. 3º, I e II, da Lei Complementar nº 123/06, considera-se ME e EPP: *“a sociedade empresária, sociedade simples, empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário a que se refere o art. 966 do Código Civil, que aufera, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$360.000,00 no primeiro caso, e superior a R\$360.000,00 e igual ou inferior a R\$4.800.000,00 no segundo caso”*.

Ocorre que mesmo quando o orçamento estimado pela Administração Pública para execução contratual seja superior ao limite fixado para enquadramento como ME ou EPP, tal fato, não prejudica a aplicação do tratamento jurídico diferenciado, especialmente o direito de preferência nas licitações.

Afinal, é necessário que os valores contratados para execução dos serviços ou entrega de bens tenham efetivamente ingressado no balanço financeiro da empresa. Em regra, a perda da condição de ME ou EPP ocorre apenas a partir do ano-calendário subsequente àquele em que verificado o excesso ao limite legal. A

legislação ainda assegura que os efeitos da exclusão somente se iniciem no ano-calendário subsequente se o excesso verificado em relação à receita bruta não for superior a 20%. *Vide:*

§ 9º A empresa de pequeno porte que, no ano-calendário, exceder o limite de receita bruta anual previsto no inciso II do caput deste artigo fica excluída, **no mês subsequente à ocorrência do excesso**, do tratamento jurídico diferenciado previsto nesta Lei Complementar, incluído o regime de que trata o art. 12, para todos os efeitos legais, ressalvado o disposto nos §§ 9º-A, 10 e 12.

§ 9º-A. Os efeitos da exclusão prevista no §9º dar-se-ão no ano-calendário subsequente se o excesso verificado em relação à receita bruta não for superior a 20% (vinte por cento) do limite referido no inciso II do caput.

Dito isso, há de se confrontar entendimento externado por meio do PARECER AGU-PGF-PF/DNIT/ES/IAFJ nº 030/14¹, emitido pela Procuradoria Federal Especializada junto à Superintendência Regional do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes no Estado do Espírito Santo, que afastou o exercício do direito de preferência das ME e EPP pelo fato **de o valor do objeto licitado exceder o previsto para enquadramento como ME ou EPP.**

Como exposto, ainda que o valor do contrato licitado extrapole o valor da receita bruta que permite às empresas o enquadramento como ME ou EPP, há de se considerar o fato de que o desenquadramento somente ocorrerá no exercício seguinte à ocorrência do excesso, devendo ser respeitado o direito de preferência no momento da licitação, visto que ainda não implementada as condições para sua exclusão.

---

¹“PARECER AGU-PGF-PF/DNIT/ES/IAFJ Nº030/2014 (...) 43. Entrementes, apontamos que os favores lançados pela Lei Complementar nº 123, de 2006, visam a criar para as Microempresas (ME) e para as Empresas de Pequeno Porte (EPP) nichos de favorecimento limitados. E o limite de tal favorecimento é o montante auferido pelas empresas qualificadas ou como Micropempresas (ME) ou como Empresas de Pequeno Porte (EPP). 44. Afinal é regra comezinha de hermenêutica jurídica (interpretação) que exceções não de ser interpretadas restritivamente, e se a legislação em comento somente estabelece favores para uma faixa de valores, não podemos esticar tal privilegio além do baldrame (limite) excepcional estabelecido pela lei especial. 45. Por conseguinte, quando o valor contratual do DNIT por si só for superior ao teto das ME, mas ainda no limite das EPP, ambas poderão vir participar, mas somente as Empresas de Pequeno Porte (EPP) terão tratamento privilegiado estipulado em lei. E este é o caso da contratação em voga. 46. Mais ainda, quando o vulto contratual for de tal monta que também exceder o teto anual das Empresas de Pequeno Porte (EPP), nem estas nem as Microempresas (ME) terão qualquer privilégio legal.”

Neste sentido, decidiu o Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

Por fim, a LC 123/06 prevê a análise da receita bruta anual para verificar o enquadramento das empresas em seu regime. Assim, a interpretação que faço do dispositivo é que se deve aguardar o encerramento do ano-calendário para avaliar a situação da empresa, independentemente se a receita bruta extrapolou o limite da LC 123/2006 antes do término do ano-calendário, a fim de oferecer segurança às empresas até então enquadradas no regime diferenciado e evitar dúvidas quanto à qualificação como ME ou EPP. (TRF4. AI nº 11.817/SC, 4º Turma. Rel.: Valdemar Capeletti. Julg.: 15/07/2009)

Esse entendimento certamente é o que melhor se coaduna com a vontade do legislador, que, ao estabelecer mecanismos de preferências às pequenas empresas, buscou conferir maiores chances de competição em relação aos grandes grupos empresariais, facilitando o acesso ao mercado e fomentando desenvolvimento econômico e regional mais equilibrado.

Destarte, conclui-se que o direito de preferência garantido às ME e EPP é de aplicação obrigatória e tem previsão normativa comandada pela Lei Complementar nº 123/06, sendo recepcionada pela Lei nº 8.666/93.

Inexiste, pois, condicionante para a plena aplicabilidade do direito de preferência como critério de desempate nos processos licitatórios, de forma a impedir as sociedades que ostentem a condição de ME e EPP de usufruírem da prerrogativa conferida pelo legislador, independentemente do valor da licitação.