

ME/EPP: OS DESAFIOS NA APLICAÇÃO DA LC 147/14

Os 'benefícios' do artigo 48

Marcus A. G. Cerávolo e Rodrigo C. da C. Oliveira

Em artigo anterior - publicado no DOE de 14/05/2016 - vimos que as alterações promovidas pela LC 147/14 no Estatuto Nacional das Micro e Pequenas Empresas vêm suscitando inúmeras dúvidas acerca dos procedimentos mais adequados para a concessão do tratamento diferenciado e simplificado às ME/EPP.

Naquela oportunidade, destacou-se que a aplicação das disposições previstas no art. 48 está condicionada à ocorrência, ou não, de determinadas situações (art. 49), que foram individualizadamente examinadas.

Preenchidas tais condições, cabe analisar os benefícios propriamente ditos, iniciando pelo único alçado à discricionariedade do Administrador, consistente na possibilidade de se exigir subcontratação de ME/EPP em certames destinados a obras e serviços (art. 48, II).

A despeito da LC 123/06 não detalhar as regras incidentes no caso, é de todo recomendável que - a teor do disposto no art. 7º do Dec. Federal 8.538/15 - a Administração defina no edital o percentual a ser subcontratado, abstendo-se de efetuar a sub-rogação total do objeto e de subcontratar parcelas de maior relevância técnica, devendo, ainda, avaliar o cumprimento, pela ME/EPP a ser subcontratada, dos requisitos de habilitação jurídica, qualificação técnica e econômica e de regularidade fiscal - observado o prazo para regularização do art. 43.

Passando às normas de observação obrigatória, o legislador estabeleceu cota de até 25% para contratação de ME/EPP em certames que visem à aquisição de bens de natureza divisível (art. 48, III), isto é, aqueles que podem ser adquiridos separadamente, sem prejuízo do resultado ou da qualidade final do produto ou serviço.

Sobre o tema, uma das maiores dificuldades se dá quando uma mesma ME/EPP se sagra vencedora das cotas reservada e principal e, a despeito dos entraves em sua operacionalização nos sistemas eletrônicos, a solução mais razoável é a contida no Dec. Federal 8.538/15 (art. 8º, §3º), o qual estabelece que *"a contratação das cotas deverá ocorrer pelo menor preço"*.

Há que se registrar que a cota reservada não se aplica nos casos de licitação destinada exclusivamente à participação de ME/EPP nos itens de contratação de até R\$ 80 mil (art. 48, I), benefício que constitui verdadeiro imbróglio interpretativo, já que propicia a existência de teses diametralmente opostas quanto a sua abrangência.

A primeira - mais restritiva - sustenta que 'itens de contratação' se refere ao valor total do certame - i.e., o somatório de todos os itens ou lotes contidos no edital - ao passo que a segunda - mais ampliativa - defende que o cálculo dos R\$ 80 mil incide sobre cada item/lote de uma mesma licitação, possibilitando a coexistência, em um mesmo certame, de itens/lotes a serem disputados somente por ME/EPP - aqueles com valor de até R\$ 80 mil - e outros por todos os interessados - aqueles com valor superior a R\$ 80 mil - o que se afigura como a opção que mais prestigia a *mens legis* que impôs o tratamento favorável às ME/EPP.

Afinal, a alteração efetuada no art. 48, I - que substituiu o termo 'contratações' por 'itens de contratação' - visou justamente ampliar as situações de aplicação da norma, já que adotar-se interpretação distinta obrigaria a Administração a ter que dividir os itens/lotes de até R\$ 80.000,00 em certames autônomos, a fim de que pudesse ser concedido o benefício da licitação exclusiva às ME/EPP, o que contraria a economia material e processual da realização de um único certame com licitações distintas em seu corpo, separadas em itens/lotes.

Por fim, cabe destacar que, em quaisquer dos casos do art. 48, o edital pode estabelecer “*prioridade de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente, até o limite de 10% do melhor preço válido*” (art. 48, §3º), o que deve se dar de forma justificada.

Assim sendo, observa-se que foram disponibilizadas diversas ferramentas para auxiliar no fortalecimento das ME/EPP, cabendo ao gestor público utilizá-las nos limites da razoabilidade e da lei.

Marcus Augusto Gomes Cerávolo é Assessor Técnico do TCESP.

Rodrigo Corrêa da Costa Oliveira é Chefe Técnico da Fiscalização do TCESP.