

O PAPEL DO TRIBUNAL DE CONTAS NO CUMPRIMENTO DO ESTATUTO DA MICROEMPRESA E DA EMPRESA DE PEQUENO PORTE

por Sergio Satoshi Otsuki¹

A livre iniciativa é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, previsto na Constituição Federal de 1988 em seu art. 1º, inc. IV e, para melhor concretizá-lo, o constituinte estabeleceu como um dos princípios gerais da atividade econômica o tratamento favorecido para microempresas e empresas de pequeno porte (art. 170, IX), de modo que lhes fosse garantido tratamento jurídico diferenciado, objetivando implementar a sustentabilidade e o desenvolvimento.

Embora possa haver críticas a respeito dessa diferenciação, em face de uma eventual afronta ao princípio da isonomia, o que acontece é exatamente o oposto, ou seja, evitam-se injustiças que podem ser cometidas no tratamento igual a desiguais ao colocar no mesmo patamar as empresas de maior porte e as micro e pequenas empresas.

Considerando que um dos objetivos fundamentais do país é o desenvolvimento nacional e que, para tanto, a *“União poderá articular sua ação em um mesmo complexo geoeconômico e social, visando a seu desenvolvimento e à redução das desigualdades regionais”* (art. 43, CF), conclui-se que as normas constitucionais aqui aplicáveis não podem ser interpretadas apenas pela sua literalidade, mas de maneira sistêmica.

Nesse diapasão, em 14/12/06 foi editada a Lei Complementar nº 123, que instituiu o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte. Dentre outros aspectos, esta lei aborda, no Capítulo V, a questão das aquisições públicas, conferindo atenção especial às micro e pequenas empresas por meio de regras diferenciadas em relação ao restante do mercado.

Um dos benefícios refere-se à possibilidade do licitante, caso esteja enquadrado como microempresa ou empresa de pequeno porte, apresentar a comprovação de sua regularidade fiscal após dois dias úteis da declaração de que foi o vencedor do certame, prazo esse prorrogável por igual período (art. 42 e 43).

Outro privilégio é a ideia do empate ficto, em que a micro ou pequena empresa que apresentar proposta igual ou até 10% superior à melhor oferta, desde que esta não seja de outra licitante nas mesmas condições, terá o direito de oferecer outra proposta com valor inferior àquele e contratar com a administração. Na modalidade pregão o percentual adotado é limitado a 5% (art. 44 e 45).

As duas regras mencionadas são autoaplicáveis e já fazem parte da grande maioria dos editais de licitação colocados à praça. Todavia, existem outras hipóteses de tratamento diferenciado que dependem de regulamentação. Parte

¹ Agente da Fiscalização Financeira do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo na assessoria da Secretaria-Diretoria Geral e instrutor da Escola de Contas Públicas do TCE-SP.

delas está prevista no art. 48 do Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte.

São elas: a faculdade que a administração pública tem de instaurar certames direcionados exclusivamente para micro e pequenas empresas nas contratações cujos valores sejam de até R\$ 80.000,00, exigir da licitante vencedora a subcontratação de micro e pequenas empresas em percentual de até 30% do total licitado ou, ainda, estabelecer cotas de até 25% do objeto para empresas de pequeno porte nas licitações que objetivam adquirir bens e serviços de natureza divisível.

Outra regra é a possibilidade de limitar a licitação apenas para as micro e pequenas empresas sediadas na região do órgão licitante.

Nesse contexto, surge a dúvida sobre qual o respaldo legal que teria o ente federativo para normatizar o tratamento diferenciado voltado às ME e EPP.

Conforme mencionado no próprio art. 47 do Estatuto em comento, a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional pode ser buscada através do tratamento diferenciado e simplificado para micro e pequenas empresas.

Desta feita, ainda que não haja previsão expressa na Lei Complementar nº 123/06, parece correta a faculdade do ente federativo de escolher, para contratar, apenas empresas de pequeno porte sediadas em sua região. Isto porque esta interpretação do art. 47 daria maior efetividade à previsão constitucional de que é preciso garantir o desenvolvimento nacional com ações voltadas à redução das desigualdades regionais.

Ademais, se a lei não contém palavras inúteis, conclui-se que é possível a pré-seleção dos fornecedores de maneira regionalizada, pois o inc. II do art. 49 do Estatuto prevê a inaplicabilidade das regras dispostas no art. 47 e 48 nos casos em que não houver fornecedores enquadrados na condição de ME ou EPP sediadas local ou regionalmente, inferindo-se, desta forma, que são aplicáveis nos demais casos.

Não obstante, é importante lembrar que há posições dissonantes quanto à validade dessas “restrições” de participantes.

Como mencionado no início, advogam uns que essa distinção fere gravemente o princípio da isonomia e, por isso, o regramento seria inconstitucional. Já outros defendem a norma por entender que representa a essência do art. 43 da Constituição Federal, qual seja, alavancar o fornecedor de pequeno porte sediado no município ou no polo regional.

De qualquer sorte, não é difícil de imaginar que o assunto possivelmente será apreciado pelo Supremo Tribunal Federal, oportunidade em que se saberá com quem está a razão. Em princípio, e com todas as vênias devidas, parece de razoável lógica a limitação de participantes.

Partindo da premissa de que é válida a norma, como, então, as Cortes de Contas poderiam contribuir para a efetividade do mencionado estatuto e ver cumprida a sua verdadeira finalidade?

O § 1º do art. 77 da Lei Federal nº 123/06 prevê que “os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão editar, em 1 (um) ano, as leis e demais atos necessários para assegurar o pronto e imediato tratamento jurídico diferenciado, simplificado e favorecido às microempresas e às empresas de pequeno porte”, pelo que os Tribunais de Contas, como órgãos fiscalizadores, podem cobrar essa providência legalmente imposta.

Mas os desafios não se restringem apenas na discussão sobre as regras do Estatuto serem ou não constitucionais ou se os Tribunais de Contas conseguirão cobrar a sua execução.

Nota-se que “facilidades” foram criadas para que as micro e pequenas empresas pudessem contratar com o poder público. Nesse cenário, surge outra dúvida: como evitar que grandes fornecedoras ou prestadoras de serviços “criem” suas próprias microempresas ou empresas de pequeno porte com a finalidade de disputar a fatia do mercado voltada para esse segmento?

Se houver a elaboração de normas prevendo a restrição de participação nos certames apenas às micro e pequenas empresas, nos termos previsto nos inc. I ao III, do art. 48, da Lei Complementar nº 123/06, com imposição, ainda, de que sejam sediadas na região do órgão licitante, haverá o desestímulo à criação de empresas de pequeno porte apenas com o propósito de fornecer para administração pública.

Essa providência reduzirá, consideravelmente, a fatia do mercado que essas empresas “artificialmente” criadas conseguiriam atingir e também porque a sua manutenção, apenas para esse fim, não parece ser a melhor estratégia de mercado.

Por outro lado, ainda que empresas de pequeno porte sejam constituídas em algumas regiões visando abarcar as aquisições públicas que serão realizadas, acabará, certamente, atingido o objetivo maior da lei, que é o desenvolvimento regional e local, tendo em vista que as empresas contratarão a mão de obra regional e recolherão tributos ao município em que estiverem sediadas.

De qualquer maneira, o que se verá, ao final, é o reinvestimento das riquezas geradas na própria região de origem, trazendo benefícios à população e contribuindo no desenvolvimento local, alavancando as vendas e a produtividade das pequenas empresas, gerando um ciclo virtuoso para a localidade, em benefício de toda sociedade envolvida.

Não obstante, é importante ressaltar que o tratamento diferenciado seja previsto no instrumento convocatório e não represente desvantagem para Administração ou traga prejuízos ao objeto contratual.

Por fim, cabe um alerta. Consiste na necessidade de que os diversos setores da fiscalização, em suas correspondentes competências, verifiquem a legalidade e regularidade das micro e pequenas empresas “artificiais” criadas, exclusivamente, para participar do mercado reservado, situações que parecem estar se avolumando ao longo dos últimos anos.

É cediço que essa não é uma competência do controle externo exercido pelos Tribunais de Contas, mas certamente, através de ações conjuntas, meios serão encontrados para colaborar com a fiscalização competente.

Por oportuno, registre-se que essas considerações, evidentemente, são pessoais e não representam qualquer vinculação ao entendimento do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo.