

**AFASTAMENTO DOS BENEFÍCIOS DA LC 123/2006
NO ÂMBITO DA NLL (NOVA LEI DE LICITAÇÃO)**

JAIR EDUARDO SANTANA

Mestre em Direito do Estado pela PUC de São Paulo
Administrador pelo ICSS (ênfase em Investimentos)

Para saber mais, www.jairsantana.com.br

A Nova Lei de Licitações (NLL), Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, estabelece textualmente o seguinte a propósito dos chamados benefícios das pequenas empresas nos suprimentos públicos (os destaques não constam do original):

“Art. 4º **Aplicam-se às licitações e contratos disciplinados por esta Lei as disposições constantes dos arts. 42 a 49 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.**

§ 1º **As disposições a que se refere o caput deste artigo não são aplicadas:**

I - **no caso de** licitação para **aquisição de bens ou contratação de serviços em geral**, ao item cujo valor estimado for superior à receita bruta máxima admitida para fins de enquadramento como empresa de pequeno porte;

II - **no caso de** contratação de **obras e serviços de engenharia**, às licitações **cujo valor estimado for superior à receita bruta máxima admitida para fins de enquadramento como empresa de pequeno porte.**

§ 2º A obtenção de benefícios a que se refere o caput deste artigo fica limitada às microempresas e às empresas de pequeno porte que, no ano-calendário de realização da licitação, ainda não tenham celebrado contratos com a Administração Pública cujos valores somados extrapolem a receita bruta máxima admitida para fins de enquadramento como empresa de pequeno porte, devendo o órgão ou entidade exigir do licitante declaração de observância desse limite na licitação.

§ 3º Nas contratações com prazo de vigência superior a 1 (um) ano, será considerado o valor anual do contrato na aplicação dos limites previstos nos §§ 1º e 2º deste artigo.”

De se notar que **a NLL modifica sensivelmente o regime legal conferido às microempresas e empresas de pequeno porte.**

Para fins didáticos, destacarei: (a) quais são benefícios conferidos pela LC 123/06 às microempresas e empresas de pequeno porte; e (b) como tais benefícios são afastados explicitamente pela NLL.

O tratamento diferenciado conferido ao grupo de empresas aos quais a norma (LC 123/06) se dirige nos lembra que há uma verdadeira Política de Estado, plasmada na Constituição Federal, que legitima conferir *discrímens* em favor dos pequenos negócios.

De fato, o tratamento diferenciado e favorecido às MEs e EPPs está previsto nos artigos 170, inciso IX, e 179 da Constituição Federal, assim consignados (sem os destaques no original):

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.

Para atender tal comando constitucional, foi editada a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006 (LC nº 123/06), que trouxe regramento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte (MEs/EPPs) em inúmeras dimensões, conforme prevê seu art. 1º (sem os destaques no original):

Art. 1º. Esta Lei Complementar estabelece normas gerais relativas ao tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, especialmente no que se refere:

I - à apuração e recolhimento dos impostos e contribuições da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, mediante regime único de arrecadação, inclusive obrigações acessórias;

II - ao cumprimento de obrigações trabalhistas e previdenciárias, inclusive obrigações acessórias;

III - **ao acesso ao crédito e ao mercado, inclusive quanto à preferência nas aquisições de bens e serviços pelos Poderes Públicos, à tecnologia, ao associativismo e às regras de inclusão.**

Ao estabelecer tratamento *diferenciado e favorecido* para as microempresas e empresas de pequeno porte, a estas deu *preferência nas aquisições de bens e serviços pelo Poder Público*. Ou seja, criou-se — em relação às *aquisições públicas* — ambiente no qual é imputado àquelas empresas tratamento preferencial e diferenciado e não isonômico.

É o que está escrito no Capítulo V da LC 123/06 ao cuidar do “acesso aos mercados” e das “aquisições públicas” (Seção I).

É dizer, **a legislação citada (LC 123/06) impacta as licitações em seus artigos 42 a 45 e 47 a 49, de cujo *bloco normativo* sobressaem o tratamento diferenciado e favorecido que decantaremos adiante.**

De modo resumido, o tratamento diferenciado e favorecido se concentra em conceder às ME's e EPP's o que denominados de **(a) habilitação tardia, (b) o empate ficto, (c) licitações exclusivas, (d) subcontratação compulsória e (e) cotização.**

Tais benefícios ocorrem e se materializam no procedimento de suprimentos e a ideia da LC 123/06 não foi além de consolidar o regime previsto na Constituição Federal para dar tratamento desigual aos pequenos negócios e, por eles, fomentar a economia local.

Como sempre afirmei, **as compras públicas possuem diversas funções e essa é exatamente uma delas:** através do poder de compra governamental, levar

adiante inúmeras políticas públicas incluindo o desenvolvimento econômico. Mas isso é avaliação impertinente para o momento.

Fato é que tal regime jurídico (da LC 123/06) foi albergado pelo marco legal dos suprimentos convivendo de maneira harmônica com a Lei do Pregão, com a Lei 8.666/93 e também com a Lei n. 12.462/11 (a Lei do RDC).

E neste momento (momento de “vacatio legis”) dito regime legal (da LC 123/06) se coloca frente a frente com a NLL – Nova Lei de Licitações.

Não há dúvida de que dita NLL **consolidou a ideia de fomento aos pequenos negócios**, conforme diz o “caput” do artigo 4º. Dizendo por outro modo, o “caput” do artigo 4º consagra as conquistas obtidas em prol dos pequenos negócios.

No entanto, o § 1º desse mesmo artigo 4º é excludente; é explícito em **afastar o regime dos benefícios da LC 123/06 nas hipóteses em que enumera**.

As hipóteses (legais) de afastamento do tratamento diferenciado e favorecido das ME's e EPP's se fundam unicamente no **valor estimado da contratação**, o que nos soa muito natural.

De modo que se a ME ou a EPP – doravante – participar de certames licitatórios cujos valores superem o teto do seu enquadramento **não poderão desfrutar de qualquer discrimen posto na LC 123/06**. Ou, na prática, se concorrem com empresas de outro porte o farão sem que tenham os benefícios da LC 123/06.

A NLL é clara quanto ao afastamento do regime de LC 123/06:

(...)

I - **no caso de licitação para aquisição de bens ou contratação de serviços em geral, ao item cujo valor estimado for superior**

à receita bruta máxima admitida para fins de enquadramento como empresa de pequeno porte;

II - **no caso de contratação de obras e serviços de engenharia, às licitações cujo valor estimado for superior à receita bruta máxima admitida para fins de enquadramento como empresa de pequeno porte.**

Suponho que **frente a tal determinação normativa da NLL (que expressamente suprime a aplicação da LC 123/06)** nos casos que foram explicitados, não há a menor possibilidade de se conceder às ME's e EPP's o tratamento diferenciado e preferencial respectivo.

Com isso, se a hipótese versar sobre o caso dos incisos I ou II, § 1º, do artigo 4º da NLL, não poderá haver “habilitação tardia” e nem mesmo qualquer mecanismo para o “empate ficto”.

As plataformas eletrônicas utilizadas para o “leilão reverso” ou mesmo para a “concorrência eletrônica” por certo deverão estar adaptadas ao novo regime legal e obstar qualquer descumprimento da NLL.

Dizemos isso porque no regime das Leis do Pregão, da Lei Geral (8.666/93) ou mesmo da Lei do RDC, a declaração de enquadramento de porte ou a sua opção eletrônica, desencadeavam (de modo automático) a concessão do regime da LC 123/06, o que seria natural.

O quê haveremos de investigar (ainda sobre tal dimensão de análise) recai sobre a hipótese do inciso I (§ 1º, do artigo 4º da NLL) que trata da **aquisição de bens ou contratação de serviços em geral.**

Nesse caso, diferentemente do **valor global da obra ou do serviço de engenharia** (tomado como “indexador” ou referencial utilizado para balizar o enquadramento da microempresa ou empresa de pequeno porte), o valor eleito para

indexar a aquisição de bens ou contratação de serviços em geral, é em relação ao item.