

LICITAÇÕES EXCLUSIVAS: COMPRAS GOVERNAMENTAIS COMO FORMA DE FOMENTO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS

Gustavo Henrique Campos dos Santos¹

Josiane Vidal Vimieiro²

Maria Isabel Araújo Rodrigues³

RESUMO: As microempresas e empresas de pequeno porte representam um grande potencial de geração de emprego e renda, contribuindo para incremento da economia brasileira. Segundo o Sebrae, em 2010, as pequenas empresas eram responsáveis por 99% dos estabelecimentos brasileiros, mais da metade dos empregos formais e por parte expressiva da massa de salários paga aos trabalhadores deste segmento. O Estado de Minas Gerais, por meio de política de fomento deste segmento, editou o Decreto nº 45.749, que estabelece a obrigatoriedade de exclusiva participação das entidades de menor porte nas licitações de até R\$ 80.000,00 promovidas pela sua Administração direta, autárquica e fundacional. À luz da referida norma, o estudo faz uma análise econômica e de participação das microempresas e empresas de pequeno porte nas licitações de Minas Gerais após promulgação do Decreto. Como resultado da pesquisa, comprovou-se que houve aumento no volume total de recursos homologados para as pequenas empresas, bem como aumento na participação do total de processos vencidos.

PALAVRAS-CHAVE: Microempresas; empresas de pequeno porte; licitações exclusivas.

ÁREAS DE INTERESSE: Direito Administrativo

1 INTRODUÇÃO

A crescente automação dos processos produtivos e o achatamento da estrutura organizacional tem ocasionado uma maior redução dos postos de trabalho nas médias e grandes empresas brasileiras. Tal fenômeno tem colocado em pauta a importância das micro e pequenas empresas (MPE) para o crescimento do País.

Fato é que os pequenos negócios possuem grande potencial de geração de emprego e renda, contribuindo para o desenvolvimento da economia brasileira. Calcula-se que as micro e pequenas empresas são responsáveis por 99% dos estabelecimentos brasileiros, mais da metade dos empregos formais e por parte expressiva da massa de salários paga aos trabalhadores deste segmento (SEBRAE, 2011a).

O potencial das entidades de menor porte é reconhecido pelo Estado, que, focado em estratégias de modernização, sempre busca alternativas de fomento a estas atividades. A exemplo disto, foi publicada em 14 de dezembro de 2006, a Lei Complementar nº123. Conhecida como Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, a norma simplifica obrigações administrativas e tributárias destas entidades, além de estabelecer tratamento diferenciado e especial nas compras públicas promovidas pela União, Estados e Municípios.

Em meio a este processo, o Estado de Minas Gerais, buscando alinhar o seu poder de compras ao desenvolvimento da economia

mineira e também da nacional, editou, em 05 de outubro de 2011, o Decreto nº 45.749, que estabelece a obrigatoriedade de exclusiva participação das entidades de menor porte nas licitações de até R\$ 80.000,00 quando promovidas pela sua Administração direta, autárquica e fundacional.

A importância do setor de compras governamentais pode ser aferida pelo volume de recursos despendidos na compra de bens e serviços. Em Minas Gerais, de acordo com dados do Portal de Compras do Estado de Minas Gerais, os valores relativos às compras giraram em torno de R\$2,67 bilhões em 2011 e alcançam R\$2,35 bilhões nos 10 primeiros meses de 2012.

Diante do exposto, o objetivo do presente artigo é analisar a mudança introduzida pelo Decreto nº 45.749/2011 e se houve, após sua edição, um aumento da participação das micro e pequenas empresas no volume total gasto em compras pelo Estado de Minas Gerais.

Cabe ressaltar que todas as informações aqui apresentadas referem-se aos últimos dados disponíveis nas respectivas fontes. Dessa forma, as variáveis utilizadas e o período a que se referem não são homogêneos.

2 MICROEMPRESA E EMPRESA DE PEQUENO PORTE

A definição objetiva do que é uma microempresa ou empresa de pequeno porte foi dada pelo art. 3º da Lei Comple-

mentar nº 123/2006⁴.

Microempresa é, na forma da lei, a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário a que se refere o art. 966 do Código Civil Brasileiro⁵, devidamente registrado no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, desde que aufera, em cada ano-calendário, receita bruta⁶ igual ou inferior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais).

Empresa de pequeno porte é, por sua vez, a que, nas condições acima, aufera receita anual superior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais)⁷.

O valor total do faturamento das MPE's em 2009 foi da ordem de R\$ 400 bilhões. Para se ter uma ideia do que isso significa, a título de comparação, o PIB brasileiro naquele ano foi de aproximadamente R\$ 3,1 trilhões. Ou seja, o faturamento das MPE's representou cerca de 12,7% do PIB (SEBRAE, 2011b).

Em 2010, o Brasil possuía aproximadamente 6,16 milhões de empresas formais, sendo que 6,1 milhões eram MPE's, ou seja, elas respondiam por 99% da atividade empresarial brasileira. Em 2000, havia apenas 4,2 milhões destes estabelecimentos. Portanto, na última década, houve criação de aproximadamente 1,9 milhão de novos estabelecimentos, representando um crescimento médio de 3,7% a.a (SEBRAE, 2011a).

As MPE's estão distribuídas pelo país com destaque para São Paulo, que detém 30,58% dos estabelecimentos, seguido por Minas Gerais, com 11,25% e Rio Grande do Sul, com 9,83% (SEBRAE, 2011a).

Seguindo o movimento de formalização de toda a economia, cresceram também os empregos com carteira de trabalho assinada, assim como o rendimento médio recebido. Em 2010, as micro e pequenas empresas foram responsáveis por 51,6% dos empregos formais privados não-agrícolas no país e quase 40% da massa de salários⁸. Nesta década, dos 12,6 milhões de empregos formais gerados nos estabelecimentos privados não-agrícolas, as micro e pequenas empresas criaram 6,1 milhões de empregos com carteira assinada, alcançando 14,7 milhões de postos em 2010. Em média, de cada R\$ 100 pagos aos trabalhadores, aproximadamente R\$ 41 foram gerados pelas micro e pequenas empresas. No período, a remuneração média real⁹ dos empregados formais nas MPE's cresceu 1,4% a.a., passando de R\$ 961, em 2000, para R\$ 1.099, em 2010. Este resultado ficou acima tanto da média do total de trabalhadores (0,9 % a.a) do mercado formal, quanto daqueles alocados nas médias e grandes empresas (0,4% a.a), conforme dados extraídos do Anuário do Trabalho na Micro e Pequena Empresa 2010-2011. Os números reforçam a importância das MPE's na economia brasileira.

Em relação à situação em Minas Gerais, o Sebrae-MG, por meio do *Perfil dos Pequenos Negócios 2011*, apontava que as MPE's, em Minas Gerais, representaram, em 2010, 99,2% do total de empresas formais no estado, demonstrando a proporção ser bastante similar a verificada nacionalmente.

A participação das micro e pequenas empresas na geração de emprego foi bem expressiva em relação ao número de estabelecimentos, da ordem de 55,8% em 2010, e apresentou grande aumento comparativamente a 2000, quando esse percentual foi de 44,3% (SEBRAE-MG, 2011). Segundo o estudo do Sebrae-MG de 2011, a massa salarial de empregados das microempresas e empresas de pequeno porte representou, no ano de 2010, 42,9% do total, índice similar ao verificado na média nacional. Neste ano, a renda média de um empregado de microempresa era de R\$777,53, enquanto que na pequena empresa era de R\$1.013,24 (SEBRAE-MG, 2011). A título de comparação, o salário mínimo em 2010 era de R\$ 510,00, conforme Lei nº 12.255, de 15 de junho de 2010.

Diante da importância que representam as empresas de menor porte na economia brasileira, é importante que o Estado fomente tais negócios, contribuindo para a sobrevivência destas entidades. Todos estudos no Brasil e no mundo mostram que os dois primeiros anos de atividade de uma nova empresa são os mais difíceis, o que torna esse período o mais importante em termos de monitoramento da sobrevivência. (SEBRAE, 2011c).

Segundo o estudo *Taxa de Sobrevivência das Empresas no Brasil*, publicado pelo Sebrae em Outubro de 2011, tomando como referência as empresas brasileiras constituídas em 2005, a taxa de mortalidade das empresas com até 2 anos de atividade foi de 28,1%. Esse nível de mortalidade foi superior à taxa das empresas com até 2 anos, no grupo das constituídas no ano 2006 (26,9%). Em Minas Gerais, somente em 2010-2011, 35.680 negócios de menor porte encerraram suas atividades e cancelaram seus registros na Junta Comercial do Estado de Minas Gerais, o que equivale a 5,87% do total de empreendedores de pequeno porte no Estado (SEBRAE-MG, 2012b).

De acordo com a Vox Populi, no estudo *Fatores Condicionantes e Taxa de Mortalidade das MPE (Volume III)*, publicado em 2005, dentre as micro e pequenas empresas formalmente constituídas no Brasil nos anos de 2003, 2004 e 2005 que encerraram suas atividades, as principais razões para o fechamento das empresas foram a falta de clientes (29%), a carga tributária/encargos/impostos (22%), a falta de capital de giro (13%), a divergências com sócio/proprietário (11%) e a dificuldade financeira (11%).

Dos dados apresentados, basta somar os 29% das MPE's que fecham por falta de clientes com os 24% que fecharam por falta

de capital de giro ou dificuldades financeiras e concluir que 53% do total fecham por problemas que não se solucionam com a autorregulação do mercado, ficando, portanto, carentes de políticas públicas específicas para o setor.

A adoção de licitações exclusivas para empresas de menor porte no Estado de Minas Gerais, através da promulgação do Decreto nº 45.749/2011, tem o intuito de aumentar a participação das MPE's nas vendas para o Governo e, com isso, tentar reduzir o maior fator de mortalidade do segmento: a falta de clientes/mercado.

3 EXCLUSIVA PARTICIPAÇÃO DE ENTIDADES DE MENOR PORTE NA LICITAÇÃO

A Lei Complementar nº 123/2006 estabeleceu em seu capítulo V – Do Acesso Aos Mercados, Seção Única – Das Aquisições Públicas, modificações no regime de licitação para conferir tratamento favorecido às micro e pequenas empresas, visando assim que estas tenham mais competitividade na contratação com o setor público.

O Estatuto Nacional das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte criou quatro instrumentos tendentes a ampliar o acesso das MPE's às licitações e contratos da Administração Pública: (i) prazo especial para a comprovação de regularidade fiscal quando da sua habilitação (art. 43, § 1º); (ii) empate ficto com as empresas de maior porte nas licitações de modalidades pregão e concorrência (arts. 44 e 45); (iii) garantia do recebimento de seus créditos gerados nos empenhos liquidados, por meio de emissão de cédulas de crédito microempresarial (art. 46); (iv) *tratamento diferenciado e simplificado*, que consiste na preferência de contratação para 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 (arts 47, 48 e 49).

Em relação ao último instrumento apontado, a Lei Complementar nº 123/2006 delimitou as medidas que podem ser tomadas, enquanto tratamento diferenciado e simplificado nas em licitações, pelos entes federados nesse sentido, discriminando-as em seu art. 48, respeitadas as condições do art. 49. Tem-se:

Art. 48. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública poderá realizar processo licitatório:

I - destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nas contratações cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais);

II - em que seja exigida dos licitantes a subcontratação de microempresa ou de empresa de peque-

no porte, desde que o percentual máximo do objeto a ser subcontratado não exceda a 30% (trinta por cento) do total licitado;

III - em que se estabeleça cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte, em certames para a aquisição de bens e serviços de natureza divisível.

§ 1o 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.

§ 2o Na hipótese do inciso II do caput deste artigo, os empenhos e pagamentos do órgão ou entidade da administração pública poderão ser destinados diretamente às microempresas e empresas de pequeno porte subcontratadas.

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

I - os critérios de tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte não forem expressamente previstos no instrumento convocatório;

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 (BRASIL, 2006).

Por sua vez, há igual previsão de tratamento diferenciado às pequenas e microempresas na Constituição do Estado de Minas Gerais, de 21 de setembro de 1989, conforme disposto em seu art. 233,V, §1º:

Art. 233 - O Estado adotará instrumentos para:

[...]

V - apoio à pequena e à microempresa;

[...]

§ 1º - O Estado dispensará tratamento jurídico diferenciado à microempresa e à empresa de pequeno porte, assim definidas em lei, com a simplificação

de suas obrigações administrativas, tributárias e creditícias, ou com a eliminação ou a redução destas por meio de lei (MINAS GERAIS, 1989).

Em atendimento ao art. 47 da Lei Complementar nº 123/2006 e ao art. 233, V, §1º da Carta Estadual de 1989, o Estado de Minas Gerais expediu o Decreto nº 44.630, em 03 de outubro de 2007, que dispõe sobre o tratamento diferenciado e simplificado dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte nas aquisições públicas do Estado. Em sua redação original, os benefícios estavam dispostos no arts. 6º ao 10 do Decreto:

Art. 6º Os órgãos e entidades contratantes poderão realizar aquisições e contratações de bens e serviços destinadas exclusivamente à participação de pequena empresa nas contratações quando o valor não ultrapassar R\$80.000,00 (oitenta mil reais).

Parágrafo único. No caso em que não acudirem interessados à licitação, nos termos do caput, o procedimento licitatório deverá ser refeito, podendo participar as demais empresas.

Art. 7º Os órgãos e entidades contratantes poderão estabelecer, nos instrumentos convocatórios, a exigência de subcontratação de pequena empresa, desde que o percentual máximo do objeto a ser subcontratado não exceda a trinta por cento do total licitado.

§ 1º Caso previsto no edital, fica facultada à empresa a subcontratação em limites superiores.

§ 2º. A pequena empresa a ser subcontratada deve estar indicada e qualificada pelo licitante com a descrição dos bens e serviços a serem fornecidos e seus respectivos valores.

§ 3º A exigência de subcontratação não será aplicável quando o licitante for:

I - pequena empresa;

II - consórcio composto em sua totalidade por microempresas e empresas de pequeno porte, respeitado o disposto no art. 33 da Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993; e

III - consórcio composto parcialmente por microempresas ou empresas de pequeno porte com participação igual ou superior ao percentual exigido de

subcontratação.

Art. 8º Nas licitações para a aquisição de bens e serviços, cujo objeto possa ser dividido, desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo do objeto, os órgãos e entidades contratantes poderão reservar até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de pequenas empresas.

§ 1º O disposto neste artigo não impede a contratação das pequenas empresas na totalidade do objeto.

§ 2º O instrumento convocatório deverá prever que, não havendo vencedor para a cota reservada, esta poderá ser adjudicada ao vencedor da cota principal, ou, diante de sua recusa, aos licitantes remanescentes, desde que pratiquem o preço do primeiro colocado.

§ 3º Se a mesma empresa vencer a cota reservada e a cota principal, a contratação da cota reservada deverá ocorrer pelo preço da cota principal, caso este tenha sido menor do que o obtido na cota reservada.

Art. 9º. O valor licitado nos termos do disposto nos arts. 6º a 8º não poderá exceder a 25% (vinte e cinco por cento) do total licitado em cada ano civil.

Art. 10. Não se aplica o disposto nos arts. 6º ao 8º nas seguintes hipóteses:

I - os critérios de tratamento diferenciado às pequenas empresas não estiverem, expressamente, previstos no instrumento convocatório;

II - não houver um mínimo de três fornecedores competitivos enquadrados como pequenas empresas sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório;

III - o tratamento diferenciado e simplificado para as pequenas empresas não for vantajoso para a Administração ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado; e

IV - a licitação for dispensável ou inexigível, nos termos dos arts. 24 e 25 da Lei Federal nº 8.666, de 1993.

§ 1º. O Estado poderá nas contratações diretas fundamentadas nos incisos I e II do art. 24 da Lei Federal nº 8.666, de 1993, realizar cotação eletrônica de preços exclusivamente em favor de pequenas empresas, desde que vantajosa a contratação.

§ 2º. Considera-se não vantajosa a contratação

quando resultar em preço superior ao valor estabelecido como referência (MINAS GERAIS, 2007).

Com a publicação do Decreto nº 45.749/2011, foi alterada a redação dos art. 6 e 10 do Decreto nº 44.630, que passaram a vigorar da seguinte forma a partir de Dezembro de 2011:

Art. 6º Os órgãos e entidades deverão realizar aquisições e contratações de bens e serviços destinadas exclusivamente à participação de pequena empresa quando o valor estimado para a contratação não ultrapassar R\$80.000,00 (oitenta mil reais).

§ 1º A regra de participação exclusiva de pequenas empresas na contratação, estabelecida no caput, deverá estar expressamente prevista no instrumento convocatório.

§ 2º Aplica-se o disposto no caput às contratações diretas fundamentadas no inciso II do art. 24 da Lei Federal nº 8.666, de 1993, inclusive quando realizadas por cotação eletrônica de preços.

§ 3º As exceções à aplicação da regra estabelecida no caput, previstas no art. 10, deverão ser justificadas nos autos pela autoridade competente pela autorização de abertura do processo de compra.

[...]

Art. 10. Não se aplica o disposto nos arts. 6º ao 8º nas seguintes hipóteses:

I - os critérios de tratamento diferenciado às pequenas empresas não estiverem, expressamente, previstos no instrumento convocatório;

II - não houver um mínimo de três fornecedores competitivos enquadrados como pequenas empresas sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório;

III - o tratamento diferenciado e simplificado para as pequenas empresas não for vantajoso para a Administração 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 Federal nº 8.666, de 1993, salvo na hipótese do inciso II do seu art. 24;

V - quando não acudirem interessados à licitação realizada nos termos dos arts. 6º a 8º, hipótese na qual o procedimento licitatório poderá ser refeito prevendo a possibilidade de participação das demais empresas; e

VI - quando houver comprometimento da continuidade de atividades de educação, saúde ou segurança pública (MINAS GERAIS, 2007).

Observa-se que o Decreto nº 45.749/2011, salva algumas exceções, obriga que as licitações que não ultrapassem R\$ 80.000,00 tenham como participantes, exclusivamente, micro e pequenas empresas, ao contrário do art. 48, I da Lei Complementar nº 123/2006, que apenas deixa como facultativo ao administrador público a realização de licitações exclusivas.

É polêmica o que o tema desperta: pode o decreto (ato regulamentar administrativo privativo de chefe do poder executivo), norma de hierarquia inferior, sobrepor à lei? Na visão de Jessé Torres Pereira Junior e Marinês Restelato Dotti, o decreto não pode impor um dever ao agente público quando a lei lhe defere apenas uma faculdade, nem o agente poderia interpretá-la restritivamente (PEREIRA JUNIOR e DOTTI, 2012). Este é o entendimento do Tribunal de Contas da União – TCU – dado no Acórdão nº 2.957/2011, Plenário.

Outra polêmica seria a inovação que o Decreto nº 44.630/2007 faz ao possibilitar a realização de Cotação Eletrônica de Preço¹⁰ (COTEP) exclusivamente para micro e pequenas empresas (antigo §1º do art. 10), quando o art. 49, IV da Lei Complementar nº 123/2006 veda qualquer tratamento diferencial às entidades de menor porte nos casos de dispensa e inexigibilidade de licitação.

Posteriormente, com a edição do Decreto nº 45.749/2011, as COTEP's e as Compras Diretas (art. 24, II da Lei nº 8.666/1993) dos órgãos da Administração Direta e Indireta do Estado de Minas Gerais são obrigatoriamente, salvo exceções do art. 10 do Decreto nº 44.630/2007, realizadas com a participação exclusiva de MPE's, dada a inclusão do §2º do art. 6º, até porque o limite de uma COTEP encontra-se dentro do valor da regra da exclusividade, R\$ 80.000,00.

Mais uma discussão seria em torno da possibilidade em se conferir exclusividade à participação de empresas de pequeno porte em licitação cujo preço total ultrapasse os R\$80.000,00, em relação aos lotes que individualmente não superem esta cifra. O art. 48, I da Lei Complementar nº 123/2006 e o caput do art. 6 do Decreto nº 44.630/2007, estabelecem o critério da exclusividade nas contratações. Nenhum dos dispositivos estabelece que a exclusividade deva ocorrer nas licitações cujo valor seja de até R\$80.000,00. Conforme entendimento da doutrina, em licitações divididas por lotes, cada um representa uma licitação separada das demais, com julgamento e adjudicações independentes, mesmo na hipótese em que há um único vencedor para todos os lotes (PEREIRA JUNIOR e DOTTI, 2012).

Desta forma, tem-se que numa mesma licitação, cujo preço

total seja superior à cifra de exclusividade, existindo vários lotes com valores iguais ou inferiores a R\$80.000,00, para cada um deles o edital deverá regulamentar a exclusiva participação de entidades de menor porte (condição indispensável à licitação exclusiva para MPE's, conforme art. 6º, §1º do Decreto nº 44.630/2007). Por outro lado, para os lotes que ultrapassem ao montante legal, deve ser estendida a participação para empresas de qualquer porte, havendo a possibilidade de "empate ficto" (art. 5º, Decreto nº 44.630/2007). É o entendimento do TCU dado no Acórdão nº 3.771/2011, Primeira Câmara.

Outro ponto de abordagem seria a exceção à realização de licitação até R\$80.000,00, com exclusiva participação de MPE's, quando representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado (art. 10, III, *segunda parte*, Decreto nº 44.630/2007 e art. 49, III, *segunda parte*, Lei Complementar nº 123/2006).

Em algumas situações, as micro e pequenas empresas possuem estruturas e capacidade técnica inferiores às entidades de grande e médio porte. Nestes casos, mesmo havendo possibilidade de se realizar um certame com participação exclusiva de MPE's, o administrador público deve abrir a licitação para entidades de todos os portes, se o atendimento à regra trouxer risco de prejuízo à satisfatória execução do conjunto ou complexo do objeto. Entendimento confirmado por Jessé Pereira Jr e Marinês Dotti:

Basta a previsibilidade do prejuízo, não se exigindo certeza sobre a real dimensão, até porque esta somente seria passível de apuração ao final da execução do contrato, ou seja, quando o dano já estivesse consumado e pudesse ser avaliado em toda a sua extensão, o que, por evidente, sentido algum teria em termos de proteção do erário e do interesse público. Mas é fundamental que a Administração demonstre, objetivamente, quais riscos que configuram essa potencial lesão à satisfatória execução do objeto do contrato.

Por outro lado, o legislador previu a possibilidade de ser afastada a aplicação da regra da exclusividade de participação de micro e pequenas empresas em licitações quando o tratamento não for vantajoso para a Administração, conforme art. 10, III, *primeira parte*, Decreto nº 44.630/2007 e art. 49, III, *primeira parte*, Lei Complementar nº 123/2006. O extinto §2º do art. 10 do decreto mineiro dispunha, ainda, que a contratação não seria vantajosa quando resultasse em preço superior ao valor estabelecido como referência.

O problema decorrente disso estaria no fato de que a escolha

de uma licitação como sendo de exclusiva participação de MPE's é feita na fase interna da licitação, ou seja, quando está sendo realizada a pesquisa de mercado para composição do preço de referência. Desta forma, não seria possível aplicar esta exceção em uma primeira licitação para determinada contratação, uma vez que só é possível verificar se o preço é superior à referência no momento em que forem recebidas as propostas comerciais das empresas participantes da licitação, ou seja, no julgamento das propostas, que ocorre na fase externa do certame. Somente em licitação posterior para a mesma contratação, a Administração seria capaz de afastar a regra da exclusiva participação, por saber da ocorrência do preço superior ao estimado no primeiro certame.

A Lei Complementar nº 123/2006 ainda estabelece, em seu art. 49, II, uma última exceção à aplicação de regra da exclusividade de participação de entidades de menor porte nas licitações, previsto também no art. 10, II do Decreto nº 44.630/2007: quando não houver um mínimo de 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.

A grande questão é definir o que seria a expressão *sediados local ou regionalmente*. O Tribunal de Contas da União entende que, nas licitações exclusivas as micro e pequenas empresas, não se deve restringir o universo de licitantes às empresas sediadas no estado onde estiver sediado a entidade pública licitante, como seria razoável de se imaginar. É o entendimento dado no Acórdão nº 2.957/2011, Plenário.

Acredita-se que, em decorrência das formas eletrônicas de licitação, que amplia o escopo de potenciais empresas aptas a participarem de um certame, inclusive às classificadas como de menor porte, dificilmente, em todo território nacional, não existiram no mínimo três MPE's capazes de atender a determinado objeto. Desta forma, dificilmente a exceção será usada para afastar o tratamento diferenciado dado pela exclusividade de participação.

Por fim, duas exceções à aplicação de licitações destinadas às MPE's, que não possuem correspondência no Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, são encontradas no Decreto nº 44.630/2007, art. 10, V e VI: quando licitação anterior, realizada com participação exclusiva de entidades de menor porte, tiver sido *deserta*, ou seja, não teve interessados ou, ainda, quando houver comprometimento da continuidade de atividades de educação, saúde ou segurança pública.

Crê-se que a primeira exceção foi realmente esquecida pelo legislador federal, pois não haverá qualquer ofensa ao tratamento favorecido às pequenas empresas, protegido pela Carta Constitucional, ao se abrir uma nova licitação para participação de empresas de qualquer porte, desde que tenha sido amplamente realiza-

da a divulgação e respeitados os prazos legais de publicação do certame anterior.

Abordados tais pontos do Decreto n. 45.749/2011, as regras impostas pela legislação mineira, que extrapolam a legislação federal, devem ser vistas muito mais como intuito do Governo em fomentar, por meio das compras governamentais, a atividade das empresas de menor porte, do que uma extrapolação de hierarquia de normas. Deve-se ver o desejo do legislador mineiro como expressão máxima da política pública constitucional protegida pelo art. 170, IX da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

4 ANÁLISE DOS DADOS ECONÔMICOS E DE PARTICIPAÇÃO DAS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE NAS LICITAÇÕES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Na presente sessão serão apresentados números relativos aos seguintes dados econômicos e de participação das microempresas e empresas de pequeno porte nas licitações do Estado de Minas Gerais:

valor homologado segundo porte das empresas,

entre 2009 a outubro de 2012;

número de processos vencidos¹¹ segundo porte das empresas, entre 2009 a outubro de 2012; e

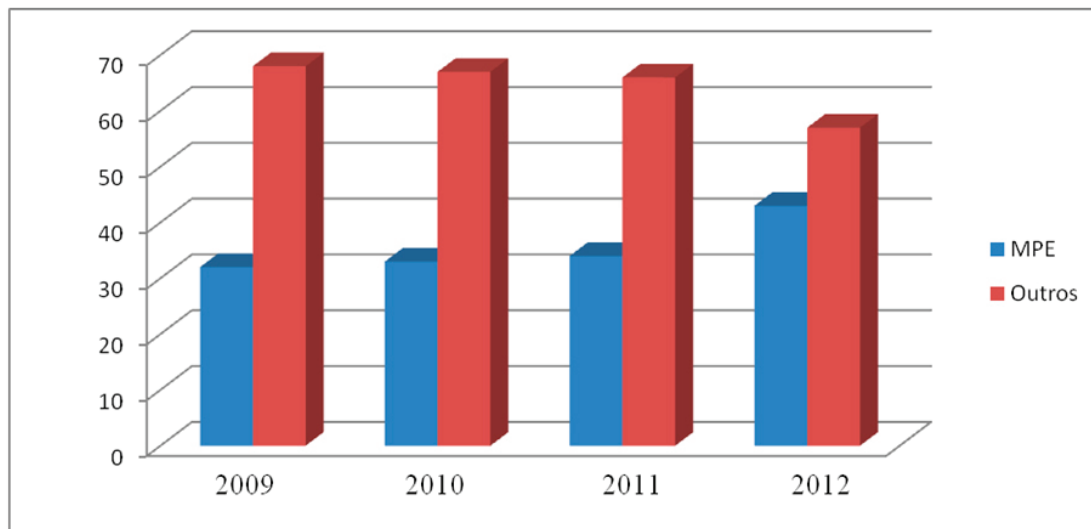
percentual de fornecedores participantes, segundo por porte das empresas, dos procedimentos de COTEP e pregão eletrônico, entre 2009 a outubro de 2012;

A amostra da pesquisa são os órgãos e entidades da administração pública direta, autárquica e fundacional do Estado de Minas Gerais que, obrigatoriamente, fazem parte do Sistema Integrado de Administração de Materiais e Serviços de Minas Gerais e que realizaram alguma contratação de bens ou serviços a partir de 2009, ano em que foi criado o conceito de *Portal de Compras do Estado de Minas Gerais*. A consulta ao banco de dados do Portal de Compras de Minas Gerais foi realizada na primeira quinzena de Novembro de 2012. A seguir serão demonstrados os resultados.

O Gráfico 1 representa o volume financeiro homologado por porte de empresas.

Gráfico 1

Participação nos valores homologados segundo porte de empresa, nas contratações via COTEP e pregão eletrônico realizadas pelos Órgãos e Entidades da Administração Direta, Autárquica e Funcional da Estado da Minas Gerais, 2009 - Out. 2012



Fonte: Banco de Dados do Portal de Compras de Minas Gerais.

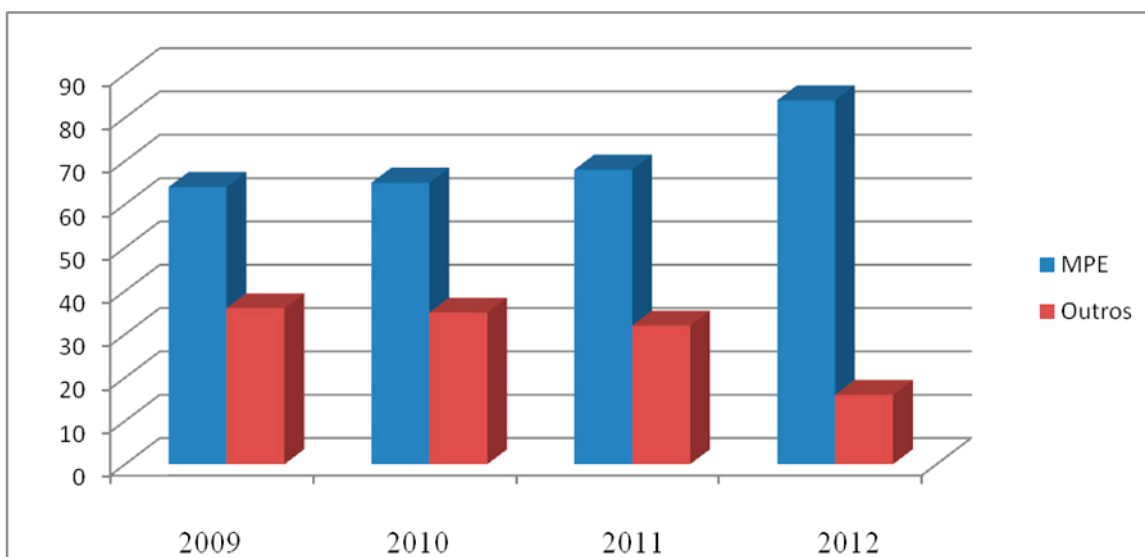
Entre Janeiro e Outubro de 2012, quando obrigatoriamente as contratações até R\$80.000,00 passam a ter participação exclusiva de micro e pequenas empresas, estas aumentaram sua participação nos volumes financeiros homologados. Até outubro de 2012, as entidades de menor porte contaram com 43% do total do valor homologado, ou seja, em relação aos três anos anteriores, um crescimento de 30% na distribuição dos

recursos financeiros totais, se comparado às médias e pequenas empresas.

No Gráfico 2 foi apresentado percentual de processos vencidos, segundo porte das empresas, nas contratações via COTEP e pregão na forma eletrônica, que representam 93,04% dos processos realizados entre 2009 a outubro de 2012, segundo dados do Portal de Compras de Minas Gerais.

Gráfico 2

Participação no número de processos de COTEP e pregão eletrônico vencidos, segundo porte de empresa, nas contratações realizadas pelos Órgãos e Entidades da Administração Direta, Autárquica e Funcional do Estado de Minas Gerais, 2009 - Out. 2012



Fonte: Banco de Dados do Portal de Compras de Minas Gerais.

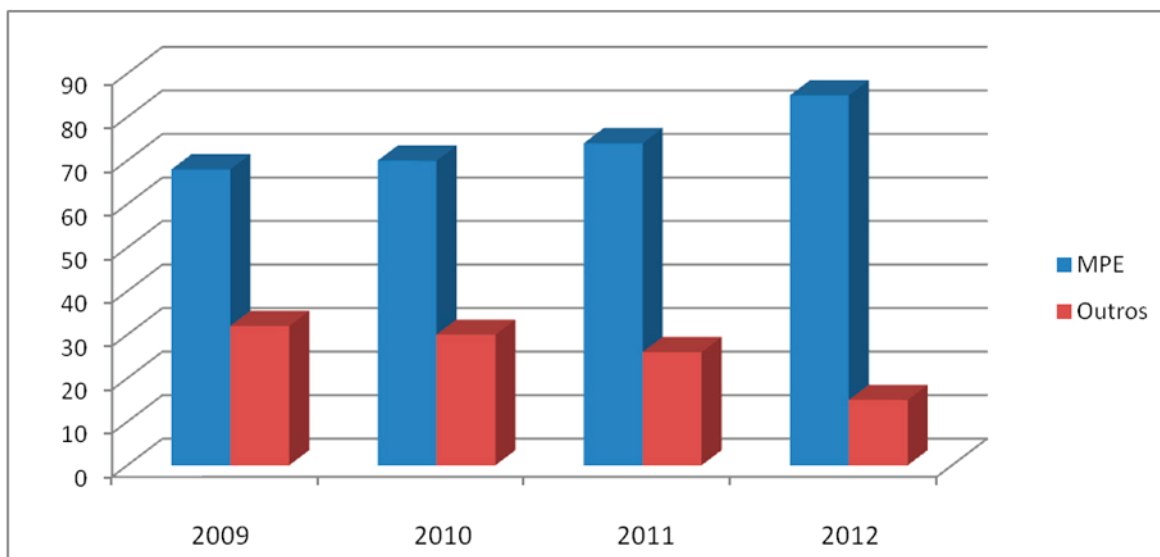
No período de Janeiro a Outubro de 2012, primeiro ano da obrigatoriedade de licitações até R\$80.000,00 com exclusiva participação de micro e pequenas empresas, o percentual de processos vencidos por estes portes foi de 84% do total. Se comparado à média dos três anos anteriores, o crescimento da participa-

ção de micro e pequenas empresas nos primeiros dez meses de 2012 foi de 27,92%.

Finalmente, o Gráfico 3 representa a participação segundo porte de empresas nas contratações via COTEP e pregão eletrônico.

Gráfico 3

Percentual de fornecedores participantes, segundo por porte das empresas, dos procedimentos de COTEP e pregão eletrônico realizados pelos Órgãos e Entidades da Administração Direta, Autárquica e Funcional do Estado de Minas Gerais, 2009 - Out. 2012



Fonte: Banco de Dados do Portal de Compras de Minas Gerais.

Nos 10 primeiros meses de 2012, quando obrigatoriamente as contratações até R\$80.000,00 passam a ter participação exclusiva de micro e pequenas empresas, estas tiveram ainda maior participação nos procedimentos estudados. Até outubro de 2012, 85% do total dos fornecedores que participaram de COTEP's ou pregões eletrônicos da Administração direta, autárquica e fundacional do Estado de Minas Gerais, eram empresas de menor porte, contra 15% dos portes médio ou grande.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A questão instigadora do artigo foi: a política de fomento do Estado de Minas Gerais às micro e pequenas empresas por meio da obrigatoriedade de licitações exclusivas, introduzida pelo Decreto nº 45.749/2011, conseguiu aumentar a participação dessas entidades no volume total gasto em compras pelo Estado?

Nas seções anteriores verificou-se a importância das micro e pequenas empresas na economia brasileira, representando 99% dos estabelecimentos, 51,6% dos empregos formais privados não-agrícolas no país e quase 40% da massa de salários. Também destacou-se principais problemas que assolam estes negócios: a informalidade e a mortalidade. Por isso, foi destacada a importân-

cia do Estado, principalmente das compras governamentais, no fomento destas entidades e o caso mineiro, que tornou obrigatória a exclusiva participação das empresas de menor porte em licitações até R\$80.000,00.

Em seguida, foram apresentados números relativos à participação deste segmento nas contratações via COTEP e pregão, na forma eletrônica, da Administração direta, autárquica e fundacional do Estado de Minas Gerais, entre os anos de 2009 a outubro de 2012, e impactos na economia destas empresas.

Os estudos realizados permitem concluir que, em decorrência da edição do Decreto nº 45.749/2011, houve um incremento na participação do volume total de processos homologados às micro e pequenas empresas, em torno de 27%, nas contratações via pregão eletrônico e COTEP, nos 10 primeiros meses de 2012.

Outra importante observação foi de que com o advento das licitações exclusivas também houve aumento expressivo na proporção de processos vencidos por entidades de menor porte. Nos dez primeiros meses de 2012, elas foram vencedoras de 84% das contratações via pregão eletrônico e COTEP.

Por fim, pode ser percebido, ainda, que houve um aumento no percentual de participação das empresas de menor porte nas

contratações via COTEP e pregão eletrônico realizadas pela Administração direta, autárquica e fundacional do Estado de Minas Gerais. Com a edição do Decreto nº 45.749/2011, que tornou obrigatória a exclusiva participação de empresas de menor porte nas licitações até R\$80.000,00, o percentual de participação de MPE's estava em 85% até outubro de 2012.

Conclui-se, portanto, que, com a edição do Decreto nº 45.749/2011, houve aumento na participação das micro e pequenas empresas no volume total de recursos gastos com compras pelo Estado de Minas Gerais. Posteriores pesquisas serão importantes para comprovar a eficácia da obrigatoriedade de exclusiva participação das entidades de menor porte nas licitações mineiras ao longo dos próximos anos. A princípio, percebe-se grande impacto do Decreto, mesmo tendo sido pequeno o período da análise (janeiro a outubro de 2012), em decorrência da prematuridade da norma.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 21 out. 2012.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666compilado.htm> acessado em 14 set. 2012.

BRASIL. Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte; altera dispositivos das Leis no 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943, da Lei no 10.189, de 14 de fevereiro de 2001, da Lei Complementar no 63, de 11 de janeiro de 1990; e revoga as Leis no 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e 9.841, de 5 de outubro de 1999. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp123.htm> Acesso em: 14 set. 2012.

BRASIL. Lei Complementar nº 128, de 19 de dezembro de 2008. Altera a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, altera as Leis nos 8.212, de 24 de julho de 1991, 8.213, de 24 de julho de 1991, 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, 8.029, de 12 de abril de 1990, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp128.htm> Acesso em: 14 set. 2012.

BRASIL. Lei nº 12.255, de 15 de junho de 2010. Dispõe sobre o salário mínimo a partir de 1º de janeiro de 2010, estabelece diretrizes para a política de valorização do salário mínimo entre 2012 e 2023 e revoga a Lei 11944, de 28 de maio de 2009. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12255.htm> Acesso em: 16 out. 2012.

gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12255.htm> Acesso em: 16 out. 2012.

BRASIL. Lei Complementar nº 139, de 10 de novembro de 2011. Altera dispositivos da Lei Complementar no 123, de 14 de dezembro de 2006, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp139.htm> Acesso em: 14 set. 2012.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2.957/2011, Plenário. Relator Min. André Luis de Carvalho, Processo nº TC 017.752/2011-6. Disponível em <<http://www.tcu.gov.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 30 out. 2012.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 3.771/2011, Primeira Câmara. Relator Min. Wender de Oliveira, Processo nº TC 010.601/2011-2. Disponível em <<http://www.tcu.gov.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 30 out. 2012.

MINAS GERAIS. Constituição do Estado de Minas Gerais, de 21 de setembro de 1989. Disponível em <<http://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa-nova-min.html?tipo=CON&num=1989&comp=&ano=1989&texto=consolidado>>. Acesso em: 14 set. 2012.

MINAS GERAIS. Decreto nº 43.698, de 11 de dezembro de 2003. Institui o Sistema de Cotação Eletrônica de Preços no âmbito da Administração Pública Direta e Indireta do Poder Executivo do Estado de Minas Gerais e dá outras providências. Disponível em < <http://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=DEC&num=43698&comp=&ano=2003>> Acesso em: 14 set. 2012.

MINAS GERAIS. Decreto nº 44.630, de 03 de outubro de 2007. Dispõe sobre o tratamento diferenciado e simplificado dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte nas aquisições públicas do Estado de Minas Gerais, nos termos da Lei Complementar Federal nº 123, de 14 de dezembro de 2006. Disponível em < <http://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=DEC&num=44630&comp=&ano=2007>> Acesso em: 14 set. 2012.

MINAS GERAIS. Decreto nº 45.018, de 20 de janeiro de 2009. Dispõe sobre a utilização e gestão do Sistema Integrado de Administração de Materiais e Serviços do Estado de Minas Gerais - SIAD-MG do Poder Executivo Estadual. Disponível em <<http://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=DEC&num=45018&comp=&ano=2009>> Acesso em: 01 nov. 2012.

MINAS GERAIS. Decreto nº 45.749, de 05 de outubro de 2011. Altera o Decreto nº 44.630, de 3 de outubro de 2007, que dispõe sobre o tratamento diferenciado e simplificado dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte nas aquisições públicas do Estado de Minas Gerais, nos termos da Lei Complementar Federal nº 123, de 14 de dezembro de 2006. Disponível em < <http://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=DEC&num=45749&comp=&ano=2011>> Acesso em: 14 set. 2012.

MINAS GERAIS. Resolução SEPLAG nº 61, 29 de novembro de 2005. Regulamenta os procedimentos para realização de Cotação Eletrônica para aquisição de bens e contratação de serviços de pequeno valor por dispensa de licitação, com fundamento nos incisos I e II do art. 24 da Lei Federal Nº 666/93, no âmbito da Administração Pública Direta, Autárquica e Fundacional do Poder Executivo do Estado de Minas Gerais. Disponível em <<http://www.compras.mg.gov.br/legislacao/cotacao-eletronica>> Acesso em: 14 set. 2012.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Martinês Restelato. As licitações exclusivas para microempresas e empresas de pequeno porte: regras e exceções. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*. Belo Horizonte, ano 11, n. 123, p. 9-18, mar. 2012.

SERVIÇO BRASILEIRO DE APOIO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS. *Anuário do trabalho na micro e pequena empresa: 2010-2011*. 4. ed. Brasília, DF: Dieese, 2011a. 208p.

SERVIÇO BRASILEIRO DE APOIO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS. *As pequenas empresas do simples nacional*. Brasília, DF, 2011b. 636p.

SERVIÇO BRASILEIRO DE APOIO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS. *Fatores Condicionantes e Taxas de Sobrevivência e Mortalidade das Micro e Pequenas Empresas no Brasil 2003–2005*. Brasília, 2007. 60p.

SERVIÇO BRASILEIRO DE APOIO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS. *Taxa de Sobrevivência das Empresas no Brasil*. Brasília, DF, 2011c. 30p.

SERVIÇO BRASILEIRO DE APOIO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS (MG). *Anuário Estatístico Micro e Pequena Empresa*. Belo Horizonte, 2009. 104p.

SERVIÇO BRASILEIRO DE APOIO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS (MG). *Características das micro e pequenas empresas do Estado de Minas Gerais: estatísticas dos estabelecimentos e do quadro social*. Belo Horizonte, 2012a. 24p.

SERVIÇO BRASILEIRO DE APOIO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS (MG). *Características das micro e pequenas empresas do Estado de Minas Gerais: situação jurídica das micro e pequenas empresas*. Belo Horizonte, 2012b. 30p.

SERVIÇO BRASILEIRO DE APOIO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS (MG). *Perfil dos pequenos negócios: 2011*. Belo Horizonte, 2011.

SERVIÇO BRASILEIRO DE APOIO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS (SP). *Onde estão as Micro e Pequenas Empresas no Brasil*. São Paulo, 2006. 148p.

VOX POPULI. *Fatores condicionantes e taxa de mortalidade das MPE 2005*. Belo Horizonte, 2007. Vol. III.

NOTAS DE FIM

1 Pós-Graduado em Gestão Estratégica pela Escola de Governo Professor Paulo Neves de Carvalho da Fundação João Pinheiro, Graduado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Pregoeiro Titular da Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão de Minas Gerais. Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental.

2 Pós-Graduada em Gestão Estratégica pela Escola de Governo Professor Paulo Neves de Carvalho da Fundação João Pinheiro, Graduada em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Diretora da Superintendência de Planejamento, Gestão e Finanças da Escola de Saúde Pública de Minas Gerais. Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental.

3 Mestre em Administração Pública pela Escola de Governo/FJP, especialista em Auditoria e Controle Externo pela PUC/MG. Professora dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação Lato Sensu da Escola de Governo Professor Paulo Neves de Carvalho. Coordenadora do Curso de Administração Pública da Escola de Governo. Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental.

4 Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte; altera dispositivos das Leis no 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, da Lei no 10.189, de 14 de fevereiro de 2001, da Lei Complementar no 63, de 11 de janeiro de 1990; e revoga as Leis no 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e 9.841, de 5 de outubro de 1999.

5 Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.

6 O conceito de receita bruta foi dado pelo § 1º do art. 3º da Lei Complementar nº 123/2006: “§ 1º Considera-se receita bruta, para fins do disposto no caput deste artigo, o 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”.

7 Com a publicação da Lei Complementar nº 139, de 10 de novembro de 2011, a partir de 1º de janeiro de 2012, o faturamento máximo de uma micro empresa passou de R\$ 240.000,00 para R\$ 360.000,00. Por sua vez, o faturamento máximo de uma empresa pequeno porte passou de R\$ 2.400.000,00 para R\$ 3.600.000,00. Estima-se que 143.915 empresas migraram de “EPP” para “ME”. Na outra ponta, existiam, em 2009, no Simples Nacional, 2.503 empresas cujo faturamento se encontrava entre R\$ 2.400.00,00 e R\$ 3.600.000. São essas empresas que passaram a ser consideradas de pequeno porte (SEBRAE: 2011b).

8 Representada pelo resultado do produto entre a remuneração média dos empregados e o número de empregos.

9 Calculada pela divisão da massa salarial pelo número de empregados total.

10 A Cotação Eletrônica de Preços (COTEP), instituída pelo Decreto nº 43.698/2003, com regulamentação de seus procedimentos feita pela Resolução SEPLAG nº 61, 29 de novembro de 2005, enquadra-se como dispensa de licitação por limite de valor, nos termos dos incisos I e II do art. 24 da Lei n.º 8.666/1993, para contratação de obras e serviços de engenharia no valor de até R\$16.000,00 ou contratação de outros serviços e compras no valor de R\$8.000,00.

11 Os processos de compras podem ter a seguinte situação: a) desertos, quando não acudiram interessados em participar do certame; b) fracassados, não temos um vencedor, por não terem sido habilitados ou por terem suas propostas rejeitas pelo não atendimento às condições do edital; c) revogados, quando em decorrência de fato superveniente ou força maior, não existir mais interesse por parte da Administração em celebrar o contrato; d) anulados, quando o processo está com eivado de erro, que, se a contratação persistir, ela não atenderá sua finalidade; e e) com vencedor, quando temos terceiro que satisfaz todas as condições para contratar com a Administração, nos casos em que houve total respeito aos princípios da licitação.