

A (IN)APLICABILIDADE DO TRATAMENTO DIFERENCIADO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES

Luana de Góes Frigeri ¹

João Ricardo Teixeira ²

Resumo: O presente trabalho teve como objetivo principal, demonstrar as limitações impostas pela Lei Federal nº 14.133/2021 quanto à aplicação do tratamento diferenciado nas compras públicas. Para tanto, delineou-se os objetivos específicos com o propósito de compreender as Microempresas e Empresas de Pequeno Porte perante o ordenamento jurídico brasileiro e, analisar as alterações promovidas pela Nova Lei de Licitações quanto à participação destas empresas, almejando chegar a uma conclusão que responda à pergunta de pesquisa. Sob essa ótica, denotou-se a possibilidade de que as penas aplicadas aos crimes licitatórios possam ser desproporcionalmente gravosas. Visando elucidar os objetivos estabelecidos e assimilar o tema proposto, definiu-se como delineamento a abordagem qualitativa, revisando informações em diversas fontes de consulta para construir seu próprio conceito e fundamentação sobre o tema de pesquisa.

Palavras-chave: Licitação. Tratamento Diferenciado. Desenquadramento Ficto.

Abstract: This work aimed primarily to demonstrate the limitations imposed by Federal Law No. 14.133/2021 regarding the application of differentiated treatment in public procurement. To this end, specific objectives were outlined to understand Microenterprises and Small Businesses within the Brazilian legal framework and to analyze the changes brought about by the New Procurement Law concerning the participation of these companies, aiming to reach a conclusion that answers the research question. From this perspective, it was noted that the penalties applied for procurement-related crimes may be disproportionately severe. In order to clarify the established objectives and assimilate the proposed topic, a qualitative approach was defined, reviewing information from various sources to construct its own concept and foundation regarding the research topic.

Keywords: Procurement. Differentiated Treatment. Fictional Exclusion.

¹ Graduanda em Direito pelo Centro Universitário Campo Real. (lu.goes03@hotmail.com).

² Professor Orientador. Docente do curso de Direito do Centro Universitário Campo Real. (prof_joaoricardo@camporeal.edu.br).

1 INTRODUÇÃO

A Lei Federal nº 14.133/2021, conhecida como a Nova Lei de Licitações e Contratos, trouxe mudanças significativas no panorama das compras públicas no Brasil, especialmente no que diz respeito ao tratamento das microempresas e empresas de pequeno porte. A aplicação de um tratamento diferenciado a essas empresas é uma questão crucial para a promoção do desenvolvimento econômico e o fomento ao empreendedorismo no país. No entanto, as alterações instituídas pela nova legislação suscitam debates sobre a efetividade dessas medidas e suas repercussões na concorrência e no desenvolvimento do setor, sendo, portanto, o objetivo principal deste trabalho demonstrar as limitações impostas pela Lei Federal nº 14.133/2021 quanto à aplicação do tratamento diferenciado nas compras públicas. Para isso, esse estudo buscou compreender o contexto jurídico que envolve essas empresas e analisar as alterações promovidas pela nova legislação em relação à sua participação no processo licitatório.

A pesquisa também abordou a questão das penas aplicadas a crimes licitatórios, que, muitas vezes, podem ser desproporcionalmente aplicadas, prejudicando ainda mais a competitividade das pequenas empresas. A abordagem metodológica adotada foi qualitativa, fundamentando-se em diversas fontes de consulta, que permitiram uma compreensão aprofundada do tema. Os procedimentos metodológicos deste estudo foram baseados em pesquisa bibliográfica, segundo Lozada e Nunes (2019), essa metodologia consiste em desenvolver um referencial teórico fundamentado em obras de autores relevantes, que oferecem fontes significativas relacionadas ao tema da pesquisa, o objetivo é permitir a construção de uma abordagem que amplie o conhecimento do pesquisador. Espera-se que os resultados desta pesquisa contribuam para um debate mais amplo sobre a efetividade da nova lei e a real inclusão das pequenas empresas no âmbito das licitações públicas.

Assim, este trabalho visou responder à seguinte pergunta de pesquisa que orientou a investigação: Qual o impacto das alterações promovidas pela Lei Federal nº 14.133/2021 nas contratações de microempresas e empresas de pequeno porte? A conclusão buscou responder à questão de pesquisa proposta, avaliando se as limitações da nova lei realmente comprometem a participação dessas empresas nas licitações públicas e quais são as implicações disso para o cenário econômico e social.

O intuito central do estudo foi direcionado à contribuir para o debate acerca da eficácia das políticas de incentivo às microempresas e empresas de pequeno porte, essenciais para a economia nacional, por meio de uma revisão crítica da legislação e de suas consequências, visando elucidar as nuances que cercam o tema e propor reflexões que possam orientar futuras práticas e normativas no campo das licitações públicas.

2 BREVE ABORDAGEM SOBRE LICITAÇÕES

O setor público é um dos maiores consumidores de bens e serviços do país. Diferente do mercado privado onde há a liberdade de escolher o fornecedor, a Administração Pública demanda de um processo de compra que visa obter a melhor oferta para aquilo que é objeto de contratação, esse processo é regido por uma legislação própria, que regulamenta as compras públicas. A determinação legal para que as contratações públicas sejam realizadas mediante procedimento licitatório, está disposta no artigo 37, XXI, da Constituição Federal: “ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes”.

As normas que até então regulamentavam sobre a matéria foram revogadas definitivamente em 30/12/2023, sendo elas a Lei de Licitações nº 8.666/2013, a Lei do Pregão nº 10.520/2002 e a Lei nº 12.462/2011, no que tange ao Regime Diferenciado de Contratações Públicas. Diante destas revogações, o novo regramento sobre o tema foi instituído pela Nova Lei de Licitações e Contratos, Lei Federal nº 14.133/2021.

Entre as inovações aduzidas pela Nova Lei de Licitações e Contratos - NLLC, ressalta-se a inserção de dispositivos legais para aplicação do regime preferencial visando a promoção de políticas públicas. O art.º 4 da Lei Federal nº 14.133/2021, ratifica a adoção de tratamento diferenciado e vantagens competitivas que beneficiam as Microempresas e Empresas de Pequeno Porte no que se refere às compras governamentais. Entretanto, a legislação também apresentou algumas exceções para a aplicação da norma, as quais possuem grande relevância para o sistema jurídico no ramo das licitações.

2.1 BASE CONSTITUCIONAL E DISTINÇÃO ENTRE MICROEMPRESA E EMPRESA DE PEQUENO PORTE

Por disposição constitucional, instituiu-se no conjunto normativo o princípio do tratamento favorecido às microempresas e as empresas de pequeno porte:

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. (BRASIL, 1988)

Os princípios constitucionais são os fundamentos que norteiam a aplicação e desenvolvimento do ordenamento jurídico, eles representam os valores e diretrizes sobre os quais a ordem jurídica e o sistema político de um Estado são construídos, garantindo sua coerência, legitimidade e conformidade com os valores fundamentais da sociedade. Segundo Ferreira Filho (2022, p. 13), “princípios, na teoria geral do Direito, são considerados como normas jurídicas e servem para fundamentar a tomada de decisões administrativas e/ou judiciais”. Salienta-se então, a força normativa dos princípios constitucionais para a interpretação das leis e atuação dos poderes públicos.

O tratamento favorecido para empresas de pequeno porte na condição de princípio constitucional, promove orientação com o fim de assegurar um sistema legal que seja justo e igualitário na concorrência entre os empreendedores que possuem menos recursos e as empresas de maior porte. De acordo com Mendes (2023), o inciso IX do art. 170 da Constituição Federal, reforça os princípios da livre concorrência e da isonomia e, impõe aos órgãos a obrigação de instituir critérios para assegurar a equivalência de condições de disputa contra as demais empresas do mercado. A importância do favorecimento às micro e pequenas empresas se justifica pela notoriedade que estas empresas possuem na circulação de riquezas e crédito no mercado, além dos empregos gerados por estes empreendedores.

Visando materializar a adoção dos benefícios previstos, a Constituição Federal determinou ainda, a criação de lei complementar para regulamentar as normas gerais relativas ao tema, conforme dispõe o artigo 146, inc. III, alínea “d” da CF/88. Com a previsão do texto constitucional, a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, instituiu o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de

Pequeno Porte com o intuito de promover o desenvolvimento econômico e social dos pequenos negócios locais e incentivar a atuação nas compras governamentais.

No que tange à distinção e classificação das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, a Lei Complementar nº 123/2006, as definiu conforme a receita bruta anual:

Art. 3º [...]:

I - no caso da microempresa, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais); e

II - no caso de empresa de pequeno porte, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais). (BRASIL, 2006).

Conforme mencionado, a legislação complementar foi instituída com o propósito de fomentar o desenvolvimento das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, por este motivo garantiu em diversos dispositivos o tratamento diferenciado nas contratações públicas. Para melhor compreensão sobre o tema, discorre-se a seguir, quanto às previsões legais que regulamentam tais especificidades para participação dessas empresas em licitações.

2.2 AS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE NAS LICITAÇÕES

A Lei de Licitações e Contratos nº 8.666/93, não previu, em seu texto original, nenhum tratamento especial direcionado às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte. Coube à Lei Complementar nº 123/2006, realizar a regulamentação de normas gerais que garantissem o tratamento diferenciado previsto mediante determinação constitucional. A previsão normativa estabelece benefícios importantes para as contratações públicas. Primeiramente, as licitações com valores inferiores a R\$80.000,00, devem ser destinadas exclusivamente às microempresas e empresas de pequeno porte, conforme disposto no art. 48, inc. I da LC 123/2006. Além disso, em licitações para execução de obras e serviços, o órgão pode exigir a subcontratação de microempresas e empresas de pequeno porte, de acordo com o art. 48, inc. II da mesma lei. Em licitações destinadas à aquisição de bens de natureza divisível, é obrigatória a reserva de cota de até 25% do total licitado, para a contratação exclusiva de microempresas e empresas de pequeno porte, consoante com o art. 48, inc. III da LC 123/2006.

Para assegurar o direito de preferência, considera-se empate ficto quando a proposta da microempresa ou da empresa de pequeno porte estiver na faixa de até 10% acima da melhor proposta válida, neste caso, tem-se o direito de encaminhar uma última oferta para desempate, segundo o art. 48, inc. III, §3º da LC 123/2006. Por fim, a documentação exigida para comprovação da regularidade fiscal e trabalhista será exigida apenas na assinatura do contrato, no entanto, para participação em certames licitatórios as empresas devem apresentar todos os documentos exigidos, mesmo que possua alguma restrição, neste caso, fica assegurado o prazo adicional de cinco dias úteis para regularização da documentação, conforme artigos 42 e 43, da LC 123/2006.

Além dos benefícios previstos na Lei Complementar, o ordenamento jurídico brasileiro convencionou sobre o princípio do tratamento diferenciado no Decreto nº 8.538, de 6 de outubro de 2015, incluindo novo benefício às microempresas e empresas de pequeno porte ao dispensar a apresentação de balanço patrimonial do último exercício social nas licitações públicas que visem o fornecimento de bens a pronta entrega ou para a locação de materiais (BRASIL, 2015, Art. 3).

O artigo 4º da Lei Federal nº 14.133/2021, reforçou a aplicabilidade do tratamento diferenciado estabelecido na LC 123/2006, nas licitações e contratos administrativos, conservando as vantagens competitivas que beneficiam as microempresas e empresas de pequeno porte no que se refere às compras governamentais.

A partir desta concepção, JUSTEN FILHO (2021, p. 89), destacou que:

O art. 4º reiterou a preservação da vigência do regime preferencial relativamente às microempresas e empresas de pequeno porte. O dispositivo afastou eventual argumentação no sentido de que, ao disciplinar amplamente a matéria de licitações e contratações administrativas, a Lei Federal nº 14.133/2021 teria implicitamente revogado as normas contempladas na LC 123/2006.

Além de manter as normas contidas na Lei Complementar 123/2006, a NLLC acrescentou à lista de benefícios concedidos, duas novas hipóteses. No caso de consórcio composto, em sua totalidade, por microempresas e empresas de pequeno porte, não se aplicará o acréscimo dos percentuais exigidos para a habilitação econômico-financeira (BRASIL, 2021, art. 15, § 2º). Esse acréscimo é aplicado entre 10% (dez por cento) a 30% (trinta por cento), quando as licitantes

constituem consórcio para atender as exigências editalícias, somando as comprovações individuais.

Outro benefício concedido às pequenas empresas, encontra-se previsto no art. 141, § 1º, II da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos. O caput do referido artigo apresenta a ordem cronológica a ser seguida pela Administração Pública na realização dos pagamentos dos contratos por ela devidos. Mas, o inciso II do § 1º, possibilita que a ordem cronológica seja alterada, caso demonstrado o risco de descontinuidade do cumprimento do objeto contratual firmado com uma microempresa ou uma empresa de pequeno porte.

As previsões normativas inseridas na Lei Federal nº 14.133/2021, visando o tratamento diferenciado para as microempresas e empresas de pequeno porte, fazem parte das políticas governamentais destinadas a promover o desenvolvimento nacional sustentável por meio das contratações públicas. Essas políticas visam, principalmente, a redução das desigualdades sociais e regionais.

Segundo Procopiuck, (2013, p. 141):

Como regra, uma política pública ganha identidade a partir de um conjunto de decisões que definem e instituem normas e regras gerais abstratas (leis, decretos, acordos, convênios, tratados etc.) que irão pautar comportamentos e ações de atores individuais e coletivos (decisões administrativas, autorizações, subsídios etc.) para geração de resultados concretos destinados a solucionar problemas que deram origem à necessidade da própria configuração da política.

O Decreto nº 10.531/2020, instituiu a Estratégia Federal de Desenvolvimento para o Brasil – EFD, no período de 2020 a 2031, estabelecendo diretrizes a serem seguidas. Ampliar a competitividade para a melhoria do ambiente de negócios é um dos desafios elencados no plano, conforme previsto no item 2.3.2, da EFD, tendo como orientação “facilitar o acesso ao crédito, ao mercado de capitais e às compras públicas para as médias, micro e pequenas empresas”. O incentivo do governo é fundamental para o desenvolvimento econômico e a promoção da equidade no mercado, esses programas ajudam a compensar desvantagens competitivas que as microempresas e pequenas empresas podem enfrentar em comparação às grandes empresas, facilitando seu crescimento.

Elencando os privilégios concedidos às microempresas e empresas de pequeno porte que visam garantir o direito ao tratamento diferenciado previsto no ordenamento jurídico brasileiro, surge a necessidade de compreensão das limitações

impostas pela Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos e suas consequências.

2.3 A (IN)APLICABILIDADE DO TRATAMENTO DIFERENCIADO

A Lei Federal nº 14.133/2021, conservou os benefícios concedidos pela legislação complementar, e realizou a inclusão de novas hipóteses para concretizar as regras de preferência constitucionais, conforme abordado anteriormente. No entanto, a referida lei impôs limitações significativas para a aplicação do tratamento diferenciado, instituindo o desenquadramento ficto.

A primeira situação, expressa no parágrafo 1º, restringe a participação em caráter diferenciado, na contratação de bens ou serviços cujo item seja de valor superior a R\$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais) e, esta limitação aplica-se, igualmente, no caso de obras e serviços de engenharia em que o valor estimado da contratação for superior à receita bruta máxima considerada para fins de enquadramento como empresa de pequeno porte. O inciso I, trata como quesito limitante o item que tiver valor acima do estipulado, porém, deve-se analisar a aplicação desta regra quando o procedimento licitatório for dividido em vários itens.

De acordo com Justen Filho (2021, p. 90), “se a licitação versar sobre uma pluralidade de itens, será tomado em vista o valor de cada item para aplicação do dispositivo”. Então, se a licitação for dividida em vários itens, e um desses itens ultrapassar o valor de R\$ 4.800.000,00, neste item, será inaplicável o tratamento diferenciado. Porém, nos outros itens com valor inferior ao estipulado, os benefícios se aplicam normalmente.

Não obstante, caso a empresa seja arrematante de vários itens no mesmo certame, que somados, ultrapassem ao valor estimado, essa empresa não poderá usufruir dos benefícios. Neste sentido, o doutrinador Justen Filho (2021, p. 90), explica que, “não se admite que a entidade usufrua do benefício quando o somatório dos diversos itens ultrapassar o limite legal”. Portanto, deve ser considerado o montante efetivamente arrematado pela empresa que deseja usufruir dos benefícios.

Analisando de forma prática, a interpretação do dispositivo se dá da seguinte forma:

Tabela 1 – Exemplo de desenquadramento ficto

| | | |
|--------|------------------|---|
| Item 1 | R\$ 2.000.000,00 | Aplica-se o tratamento diferenciado |
| Item 2 | R\$ 5.000.000,00 | Não se aplica o tratamento diferenciado |
| Item 3 | R\$ 3.000.000,00 | Aplica-se o tratamento diferenciado |
| Item 4 | R\$ 1.500.000,00 | Aplica-se o tratamento diferenciado |

Fonte: Elaborada pela autora (2024).

Na hipótese ilustrada, não caberia a aplicação dos benefícios às microempresas e às empresas de pequeno porte no item 2. Seria inaplicável também, a concessão dos benefícios no caso de a empresa ser arrematante do item 1 e 3, pois, somados ultrapassam o valor admitido para fins de enquadramento.

A segunda situação de desenquadramento ficto, está prevista no parágrafo 2º, do art. 4º, da Lei Federal nº 14.133/2021:

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.

O dispositivo limita a aplicação do tratamento diferenciado para as empresas que tenham celebrado contratos com entidades da Administração Pública, no ano em curso, cujo valor seja superior a R\$ 4.800.000,00. O critério inaugurado neste dispositivo, contrapõe com o principal requisito para enquadramento como microempresa ou empresa de pequeno porte, conforme definido no art. 3º da Lei Complementar 123/2006, cuja natureza é essencialmente econômica, diferenciando o porte conforme a receita bruta anual auferida no ano-calendário.

De acordo com Negrão (2023, p.75), na receita bruta compreende-se 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”. A receita bruta é, portanto, o montante proveniente das atividades-fim da empresa, decorrente das vendas de bens e serviços em determinado período.

O §3º do art. 4º da Lei Federal nº 14.133/2021, também merece ser debatido, pois dispõe que “Nas contratações com prazo de vigência superior a 1 (um) ano, será considerado o valor anual do contrato”. Novamente, há uma divergência nas legislações acerca do tema, no que tange à diferença entre efetuar o

desenquadramento ficto conforme os valores dos contratos celebrados e, o efetivo recebimento no período citado. Justen Filho (2021, p. 92), esclarece ratificando que deve ser considerado o montante da receita bruta em cada exercício fiscal. Segundo o doutrinador, essa “é a única interpretação compatível com a previsão de que o limite de enquadramento fundamenta-se na receita bruta obtida em cada exercício (ano-calendário)”.

A regra imposta pela Lei Federal nº 14.133/2021, apresenta uma imposição divergente da Lei Complementar que regulamenta as empresas que são afetadas com esta normativa. Conforme explica Justen Filho (2021), é a efetiva percepção da receita que deve ser utilizada na aplicação do dispositivo, sendo incabível sua interpretação literal.

A relevância em tratar da previsão normativa e, a efetiva percepção da receita, deve ser observada, inclusive, nas licitações do Sistema de Registro de Preços. O Sistema de Registro de Preços é um mecanismo utilizado em licitações públicas estabelecendo uma vinculação com os fornecedores com preços e condições determinados por determinado período. A Ata de Registro de Preços, é o documento que formaliza a vinculação com o licitante vencedor, baseando-se no preço e nas condições registradas, não havendo obrigatoriedade de a Administração Pública adquirir os bens licitados, ou seja, só haverá transação se, durante o período de vigência houver interesse do contratante no objeto.

Conforme determina o artigo 83 da Lei Federal nº 14.133/2021:

A existência de preços registrados implicará compromisso de fornecimento nas condições estabelecidas, mas não obrigará a Administração a contratar, facultada a realização de licitação específica para a aquisição pretendida, desde que devidamente motivada.

Por este motivo, se a empresa vencedora deste certame precisar considerar o valor da Ata de Registro de Preços, esse valor será indevidamente utilizado para embasar o cálculo com a finalidade de efetuar o desenquadramento de forma ficta, nos termos do §2º do art. 4º da NLLC. Seguindo tal lógica, se, a Administração Pública considerar o valor dos contratos ou da ata de registro de preços para verificar o enquadramento da microempresa ou empresa de pequeno porte, somente o valor remanescente poderá ser usufruído com benefício.

Supondo-se que uma empresa, celebrou um contrato com a Administração Pública no valor de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais),

posteriormente, foi adjudicado a esta empresa uma Ata de Registro de Preços no valor de R\$ 1.300.000,00 (um milhão e trezentos mil reais) e, outro contrato de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais).

Tabela 2 – Exemplo de aplicação prática

| | |
|---------------------------|-------------------------|
| Contrato 1 | R\$ 1.500.000,00 |
| Ata de Registro de Preços | R\$ 1.300.000,00 |
| Contrato 2 | R\$ 500.000,00 |
| Total | R\$ 3.300.000,00 |

Fonte: Elaborada pela autora (2024).

Conforme disposição normativa, em sua interpretação literal, entende-se que esta empresa só poderia utilizar-se do tratamento diferenciado, caso a licitação fosse com valor estimado de no máximo R\$ 1.500.000,00. Entretanto, salienta-se novamente que, a mera vinculação contratual, não garante que a empresa irá efetivamente realizar o objeto contratado, desta maneira, se não houver prestação de serviço não há valor a ser acrescido na receita bruta da empresa, pois, afinal, contrato não é sinônimo de receita.

No entanto, apesar das controvérsias em torno do dispositivo, pode-se observar que as decisões da Administração Pública prosperam na direção de considerar, para fins de desenquadramento ficto, estritamente o disposto no texto normativo. Conforme pode ser observado no Despacho nº 423/2024, do Município de Francisco Beltrão, Estado do Paraná, o qual decidiu por desconsiderar o lance ofertado pela empresa em função do critério de desempate previsto no art. 48, inc. III, §3º da LC 123/2006 e, conseqüentemente, desclassificar a proposta com a seguinte fundamentação: “Ficou demonstrado nos autos que a Recorrida *“celebrou diversos contratos com outros entes públicos que, somados, correspondem ao valor de R\$ 7.105.514,19”*, justificando o afastamento dos benefícios da Lei Complementar.” (MUNICÍPIO DE FRANCISCO BELTRÃO, 2024, p.81, grifo no original).

Este dispositivo também vem sendo reiterado pela Administração Pública nos instrumentos convocatórios da licitação, conforme pode ser observado no edital da Concorrência Eletrônica nº 003/2024 do Município de Enéas Marques do Estado do Paraná (2024, p. 4):

A obtenção do benefício a que se refere o item anterior 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.

As licitações com recurso oriundo de financiamento firmado com o Sistema de Financiamento de Ações nos Municípios do Estado do Paraná – SFM, optaram por incluir esta informação no modelo de declaração de microempresa ou empresa de pequeno porte, que deve ser preenchida e assinada pelo responsável legal da empresa para comprovação de sua condição e assim, poder usufruir dos benefícios previstos na LC 123/2006. Conforme pode ser observado no edital da Concorrência Eletrônica nº 005/2024 do Município de Saudade do Iguaçu, Estado do Paraná:

Figura 1: Modelo Declaração de Microempresa ou Empresa de Pequeno Porte

A Empresa _____, CNPJ/MF _____, DECLARA, sob pena de aplicação das sanções administrativas cabíveis e as penas da lei, ser Microempresa ou Empresa de Pequeno Porte, nos termos da legislação vigente, não possuindo nenhum dos impedimentos previstos no Parágrafo 4º do Artigo 3º da Lei Complementar Federal n.º 123/2006 e suas alterações, e tendo interesse dos benefícios nela contidos para efeitos de licitação, quando e no que couber.

Declara ainda que, não extrapolou a receita bruta máxima relativa ao enquadramento como empresa de pequeno porte, de que trata o art. 3º, II da Lei Complementar nº 123, de 2006, em relação aos valores dos contratos celebrados com a Administração Pública no ano-calendário de realização da licitação.

Fonte: Município de Saudade do Iguaçu (2024, p. 57).

A transcrição do dispositivo normativo como regramento editalício, previne a protelação e respectivos danos ao erário em decorrência de possíveis recursos administrativos, a exemplo do ocorrido no procedimento licitatório do Município de Francisco Beltrão. No caso citado, ocorreu a fase de lances e, posteriormente abriu a fase de desempate ficto, tendo em vista que, uma das empresas se declarou como empresa de pequeno porte, utilizando do benefício previsto no art. 48, inc. III, §3º da Lei Complementar nº 123/2006, cabe mencionar que, todas as declarações apresentadas pelas licitantes estão sujeitas à tipificação nos crimes licitatórios.

Após a fase lances, a referida empresa foi convocada para apresentar sua proposta reajustada e os documentos de habilitação exigidos no edital, conforme trâmite comum dos certames. Com a abertura do prazo para interposição de recurso, uma das empresas que concorreu na fase de lances, manifestou-se requerendo ao agente de contratação para reconsiderar sua decisão em declarar a empresa habilitada e vencedora. A recorrente fundamentou seu pedido conforme previsão legal

instituída no artigo 4º, § 2º, da Lei Federal nº 14.133/2021, demonstrando que a recorrida havia celebrado contratos no ano-calendário da data de abertura da licitação que, somados, ultrapassavam o limite previsto para fins de enquadramento como empresa de pequeno porte.

Considerando que, todas essas etapas do procedimento licitatório possuem prazos estabelecidos na legislação que devem ser seguidos para garantir a legalidade e a transparência, quando há interposição de recursos e, conseqüentemente, contrarrazões, o prazo para homologação é postergado e pode ocasionar custos adicionais para a Administração Pública além de atrasos significativos para o cumprimento de metas e entrega dos serviços ou obras.

2.4 ASPECTOS CRIMINAIS NA LEI FEDERAL Nº 14.133/2021

Na Lei nº 8.666/93, os crimes licitatórios eram tratados do artigo 89 a 99. A Lei nº 14.133/2021, manteve os tipos penais previstos na lei anterior e incluiu um novo crime quanto à tipificação dos crimes, no entanto, as penalidades para tais condutas foram agravadas e incorporadas ao Código Penal, no capítulo II-B, denominado “Dos crimes em licitações e contratos administrativos”.

Os tipos penais incriminadores na matéria foram denominados e adequados conforme as disposições do Código Penal, desta forma, são crimes licitatórios a contratação direta ilegal, a frustração do caráter competitivo de licitação, o patrocínio de contratação indevida, a modificação ou pagamento irregular em contrato administrativo, a perturbação de processo licitatório, a violação de sigilo em licitação, o afastamento de licitante, a contratação inidônea, o impedimento indevido, a omissão grave de dado ou de informação por projetista e, como principal ponto de discussão para este estudo, o crime de fraude em licitação ou contrato.

A apresentação de declaração falsa sujeita a licitante à aplicação das sanções dispostas na Lei nº 14.133/2021, conforme pode ser observado no edital da Concorrência Eletrônica nº 005/2024 do Município de Saudade do Iguaçu, Estado do Paraná (2024, p. 06):

3.7 A declaração falsa relativa ao cumprimento de qualquer condição sujeitará o licitante às sanções previstas em lei e neste Edital.
3.7.1 A falsidade de qualquer declaração prestada poderá caracterizar o crime de que trata o art. 299 do Código Penal, sem prejuízo do enquadramento em outros tipos penais e das sanções administrativas previstas na legislação pertinente, mediante o devido processo legal, e

implicará, também, a inabilitação da licitante se o fato vier a ser constatado durante o trâmite da licitação.

Desse modo, se a empresa declara indevidamente seu enquadramento como microempresa ou empresa de pequeno porte visando usufruir dos benefícios previstos na Lei Complementar nº 123/2006, pode configurar-se o crime de fraude, resultando na possibilidade de que seja aplicada a sanção de inidoneidade e as respectivas penas cominada com multa, conforme institui o Código Penal.

Diante da divergência das normas que regulamentam o enquadramento das microempresas e das empresas de pequeno porte, sendo, a definição pela LC 123/2006 conforme a receita bruta anual e, a Lei Federal nº 14.133/2021 quanto aos valores contratuais celebrados com a Administração Pública, evidencia-se o induzimento ao erro da licitante que desconheça da previsão de desenquadramento ficto instituída pela Nova Lei de Licitações e Contratos.

O artigo 299 do Código Penal, descreve a conduta do crime de falsidade ideológica, evidenciando que a configuração do delito não está condicionada à ocorrência de resultado. A Súmula 645 do STJ, reforça que: “O crime de fraude à licitação é formal, e sua consumação prescinde da comprovação do prejuízo ou da obtenção de vantagem.”. Desta forma, o ordenamento jurídico estabelece que a mera apresentação de uma declaração falsa pela licitante, é o suficiente para configurar o crime, independente do resultado do certame e do recebimento de uma vantagem indevida.

A alegação de desconhecimento do desenquadramento ficto previsto na Lei Federal nº 14.133/2021, por parte da licitante que se declara na condição de microempresa ou de empresa de pequeno porte, é um argumento frágil para a desconfiguração do crime de fraude. No entanto, o doutrinador Justen Filho (2021), defende que os crimes licitatórios são dolosos, sendo indispensável o elemento subjetivo do tipo penal, a intenção da licitante em obter vantagem e causar prejuízo ao erário.

Segundo Peres (2023, on-line):

[...] todos os crimes licitatórios têm como elemento subjetivo o dolo, qual seja a vontade livre e consciente de praticar o fato típico, não se conformando a figura penal com a mera tipicidade formal e nem com a modalidade culposa (imprudência, negligência ou imperícia).

Entretanto, o Tribunal de Contas de União entende que a apresentação de declaração falsa por microempresa e empresa de pequeno porte configura fraude à licitação, independentemente de sagrar-se vencedora e da existência de dolo ou má-fé. Conforme disposto no Acórdão 1607/2023 do Tribunal:

[...] para a aplicação da penalidade prevista no art. 46 da Lei 8.443/1992, não é necessária a caracterização de ocorrência de dolo ou má-fé por parte da empresa. Basta que se configure a participação irregular da licitante em certame federal, na condição indevida de Microempresa ou Empresa de Pequeno Porte, para que a fraude à licitação seja consubstanciada.

Dessa forma, caso uma empresa declarar que cumpre todas as exigências legais e que está apta a usufruir dos benefícios previstos na LC 123/2006 e, não estiver enquadrada por força da previsão do artigo 4º, § 2º, da Lei Federal nº 14.133/2021, cometerá o crime de fraude à licitação e sua conduta sujeita a ensejar a declaração de inidoneidade da empresa, com base no artigo 46 da Lei nº 8.443/1992, além da aplicação das penalidades da lei cumulada com multa. Diante da divergência das normas e da aprimoração dos tipos penais com a adoção das penas mais severas para os crimes licitatórios, denota-se a possibilidade de que as sanções sejam aplicadas de forma desproporcionalmente gravosa, pois, prescinde de dolo.

3 CONCLUSÃO

O presente artigo é proveniente de um estudo realizado sobre a (in)aplicabilidade do tratamento diferenciado às micro e pequenas empresas na Nova Lei de Licitações. Para tanto, esta pesquisa propôs como objetivo principal, demonstrar as limitações impostas pela Lei nº 14.133/2021 quanto à aplicação do tratamento diferenciado nas compras públicas. Para que esse estudo não se restringisse à doutrina e jurisprudência, foram realizadas pesquisas no Portal Nacional de Contratações Públicas com o intuito de verificar a atuação da Administração Pública nos procedimentos licitatórios. De modo mais específico, os objetivos pretendiam: a) compreender as microempresas e empresas de pequeno porte perante o ordenamento jurídico brasileiro; e, b) analisar as alterações promovidas pela Nova Lei de Licitações quanto à participação destas empresas.

Para elucidar a alínea “a”, foi realizada uma revisão nas legislações vigentes que tratam sobre o enquadramento dessas empresas, e que regulamentam a respectiva adoção de medidas para promover o desenvolvimento econômico e o

tratamento diferenciado conforme previsão Constitucional. Para efetuar a análise proposta na alínea “b”, o estudo buscou contrapor a teoria com o posicionamento adotado pela Administração Pública nas licitações regidas pela Lei Federal nº 14.133/2021.

Pelo estudo foi possível evidenciar as divergências entre as legislações vigentes no ordenamento jurídico brasileiro, enquanto a Lei Complementar nº 123/2006, regulamenta o enquadramento considerando a receita bruta anual, a Lei Federal nº 14.133/2021, institui o desenquadramento ficto, observando os valores dos contratos celebrados com a Administração Pública. Apesar das controvérsias em torno do dispositivo, os resultados revelam que as decisões dos Órgãos contratantes, prosperam na direção de considerar, para fins de desenquadramento ficto, estritamente o disposto no texto normativo da NLLC.

Foi possível constatar ainda, que, se a empresa declara indevidamente seu enquadramento como microempresa ou empresa de pequeno porte visando usufruir dos benefícios previstos na Lei Complementar nº 123/2006, está sujeita a configuração do crime de fraude, resultando na possibilidade de que seja aplicada a sanção de inidoneidade e as respectivas penas cominada com multa, conforme institui o Código Penal, independente do resultado do certame e do recebimento de uma vantagem indevida. Diante da divergência das normas que regulamentam o enquadramento das microempresas e das empresas de pequeno porte, evidencia-se o induzimento ao erro da licitante que desconheça da previsão de desenquadramento ficto instituída pela Nova Lei de Licitações e Contratos. Com isso, justifica-se a relevância do tema de estudo, visando a correta interpretação e disseminação sobre os desenquadramentos fictos instituídos pela Nova Lei de Licitações e Contratos.

Por fim, este trabalho não buscou apenas elucidar as implicações da Lei nº 14.133/2021, mas também ressalta a necessidade de maior envolvimento dos gestores públicos em implementar as novas diretrizes da nova lei, garantindo um ambiente mais justo e equitativo nas compras públicas, sendo possível assegurar que o tratamento diferenciado seja efetivamente aplicado, promovendo a justiça e a igualdade de oportunidades nas contratações públicas, considerando as particularidades e contribuições das microempresas e empresas de pequeno porte para o desenvolvimento econômico do país.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. **Decreto n. 10.531, de 26 de outubro de 2020**. Institui a Estratégia Federal de Desenvolvimento para o Brasil no período de 2020 a 2031. Diário Oficial da União, Brasília, 27 out. 2020.

BRASIL. **Decreto n. 8.538, de 6 de outubro de 2015**. Regulamenta o tratamento favorecido, diferenciado e simplificado para microempresas, empresas de pequeno porte, agricultores familiares, produtores rurais pessoa física, microempreendedores individuais e sociedades cooperativas nas contratações públicas de bens, serviços e obras no âmbito da administração pública federal. Diário Oficial da União, Brasília, 7 out. 2015.

BRASIL. **Lei Complementar n. 123, de 14 de dezembro de 2006**. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 15 dez. 2006.

BRASIL. **Lei n. 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Diário Oficial da União, Brasília, 2 abr. 2021.

BRASIL. **Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

BRASIL. **Lei n. 8.443, de 16 de julho de 1992**. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 17 jul. 1992.

BRASIL. **Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o artigo 37, XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 22 jun. 1993.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 645**. O crime de fraude à licitação é formal, e sua consumação prescinde da comprovação do prejuízo ou da obtenção de vantagem. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, [2021]. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/sumstj/doc.jsp?livre=%22645%22.num.&b=SUMU&p=false&l=10&i=1&operador=E&ordenacao=-@NUM>>. Acesso em: 22 set. 2024.

FILHO, Marcílio da Silva F. **Nova lei de licitações e contratos administrativos comentada**. Disponível em: Minha Biblioteca, Editora Saraiva, 2022.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas**, 1º ed., São Paulo: Thomson Reuters, 2021.

JUSTEN FILHO, Marçal. **O Estatuto da Microempresa e as Licitações Públicas**. 2º Ed., São Paulo, Dialética, 2008.

LOZADA, Gisele; NUNES, Karina S. **Metodologia científica**. Sagah Educação S.A.: Grupo A, 2019. E-book. ISBN 9788595029576. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788595029576/>>. Acesso em: 11 fev. 2024.

MENDES, Gilmar F. **Comentários à constituição do Brasil**. (Série IDP). Editora LTDA, 2023. E-book. ISBN 9786553625044. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553625044/>>. Acesso em: 20 abr. 2024.

MUNICIPIO DE ENEAS MARQUES. **Edital nº CCE 3/2024**. Disponível em: <<https://pncp.gov.br/app/editais/76205657000157/2024/35>>. Acesso em: 29 mai. 2024.

MUNICIPIO DE FRANCISCO BELTRÃO. **Concorrência Eletrônica Nº 90008/2024**: Integra Recurso Seven Infra Engenharia Ltda - Item 01 07-06-2024. Disponível em: <<https://franciscobeltrao.pr.gov.br/licitacoes/concorrenca-eletronica-no-90008-2024/>>. Acesso em: 28 jun. 2024.

MUNICIPIO DE SAUDADE DO IGUAÇU. **Edital nº 05/2024**. Disponível em: <<https://pncp.gov.br/app/editais/95585477000192/2024/46>>. Acesso em: 15 ago. 2024.

NEGRÃO, Ricardo. **Manual de direito empresarial**. Editora Saraiva, 2023. E-book. ISBN 9786553627857. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553627857/>>. Acesso em: 28 mar. 2024.

PERES, César. **Aspectos criminais da Lei de Licitações**. Consultor Jurídico, 2023. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2023-ago-21/cesar-peres-lei-licitacoes-aspectos-criminais/>>. Acesso em: 22 set. 2024.

PROCOPIUCK, Mario. **Políticas públicas e fundamentos da administração pública: análise e avaliação, governança e redes de políticas, administração judiciária**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2013. E-book. ISBN 9788522476978. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522476978/>>. Acesso em: 10 set. 2024.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Acórdão 1607/2023**. Plenário. Relator: Vital do Rêgo. Sessão de 09/08/2023. Disponível em:

<<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/jurisprudencia-selecionada/%2522Constitui%2520fraude%2520%25C3%25A0%2520licita%25C3%25A7%25C3%25A3o%252C%2520ensejando%2520a%2520declara%25C3%25A7%25C3%25A3o%2520de%2520inidoneidade%2520do%2522/%2520/score%2520desc%252C%2520COLEGIADO%2520asc%252C%2520ANOACORDAO%2520desc%252C%2520NUMACORDAO%2520desc/2/sinonimos%253Dtrue>>. Acesso em: 29 set. 2024.

VALE, Murilo M. **Inconstitucionalidade da nova limitação aos benefícios para ME e EPP nas licitações**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2023-nov-24/inconstitucionalidade-da-nova-limitacao-aos-beneficios-para-me-e-epp-nas-licitacoes/>>. Acesso em: 01 abr. 2024.