

Entrevista sobre as licitações para micro e pequenas empresas com o professor Nilo Cruz Neto



◀ Entrevista com o professor Cláudio Sarian Altounian sobre contratos “built to suit” ou “locação sob medida”

Entrevista sobre contratação sustentável com a professora Cláudia de Oliveira Cruz Carvalho ▶

Mostrar respostas aninhadas ▼



Entrevista sobre as licitações para micro e pequenas empresas com o professor Nilo Cruz Neto por Rodrigo Mady - sexta, 8 Dez 2017, 16:52

Entrevista sobre as licitações para micro e pequenas empresas com o professor Nilo Cruz Neto

Em mais uma entrevista exclusiva para a Comunidade de Prática de Compras Públicas da Escola Nacional de Administração Pública (Enap), o professor Nilo Cruz Neto falou sobre as licitações para micro e pequenas empresas. As perguntas foram elaboradas pelo também professor da Enap, Sandro Bernardes.



Nilo Cruz Neto – Doutorando em Políticas Públicas pelo Instituto Universitário de Lisboa (ISCTE-IUL), em Portugal. Mestre em Políticas Públicas pela Universidade Federal do Maranhão. Pós-graduado em Direito Constitucional, Administrativo e Tributário pela Universidade Estácio de Sá. Pós-graduado em Auditoria e Perícia Contábil pela UFMA. Auditor Federal de Finanças e Controle da Controladoria-Geral da União. Auditor externo e independente (QTG/CNAI/CFC). Administrador e Contador. Professor da Escola Nacional de Administração Pública (Enap). Foi professor da Universidade Estácio

de Sá, da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco (UNDB), da Faculdade JK (DF), e professor substituto da Universidade Federal do Maranhão (UFMA). Atuou como instrutor da Escola de Administração Fazendária, do Ministério da Fazenda (Esaf/MF), da Escola de Governo do Maranhão (EGMA) e da Escola de Gestão Municipal da Federação dos Municípios do Estado do Maranhão (Famem). Ministra cursos e profere palestras nas áreas de Auditoria, Controle Interno Governamental, Compliance, Controle Social, Gestão Municipal, Orçamento Público, Lei de Responsabilidade Fiscal, Licitações e Contratos Administrativos, tendo formado mais de quatro mil pregoeiros por todo o Brasil. Autor do livro *Contabilidade Avançada* (ISBN nº 9788590657903). Responsável pelo sítio www.lrf.com.br. É membro do Instituto dos Auditores Independentes do Brasil (Ibracon).

Sandro Bernardes – Professor, tutor e monitor de diversas escolas públicas de governo, tais como: Escola Nacional de Administração Pública (Enap), Instituto Plácido Castelo (IPC) do Tribunal de Contas do Estado do Ceará, Ministério Público Federal, Escola de Controle Externo do Tribunal de Contas do Estado do Mato Grosso do Sul, Ministério Público de Contas do Tribunal de Contas do Estado do Mato Grosso, Instituto Serzedello Corrêa do Tribunal de Contas da União, dentre outras instituições.

A política de concessão de regime diferenciado para microempresas e empresas de pequeno porte no processo de contratação pública é relativamente recente em nosso país. Em seu ponto de vista, mesmo com esse pouco tempo, é possível afirmar que as diretrizes estabelecidas são satisfatórias?

Nilo: De modo geral, as vantagens e benefícios adotados no Brasil a partir da Lei Complementar nº 123/2006 parecem convergir com algumas experiências já existentes em nível internacional. É possível encontrar correspondentes na legislação norte-americana, como no Small Business Act de 1958, e no regulamento federal de contratações, o FAR, que consolida uma série de alterações ocorridas nessa área desde 1978 até 1999. Como exemplos, temos a previsão de licitações com participação exclusiva de micro e pequenas empresas para compras estimadas em até U\$ 100 mil; a imposição da subcontratação de MPE em contratos superiores a US\$ 500 mil; e algo semelhante ao nosso empate ficto, abrangendo as obras e serviços de engenharia e uma margem de 6%. Também vejo em nossa política aspectos similares ao que ocorre em alguns países europeus. A previsão de lotes, ou cotas, com disputa fechada entre MPE, por exemplo, é uma realidade na França, Dinamarca e Lituânia. Por outro lado, outras experiências internacionais mostram que podemos avançar em estratégias específicas.

Poderia citar algumas dessas experiências?

Nilo: Em países como Holanda, Bélgica e Hungria, por exemplo, é vedado aos órgãos exigir das empresas pequenas a comprovação documental de quaisquer informações que podem ser facilmente conferidas na Internet. Além disso, a ampla divulgação, em grandes portais na Internet contendo cursos, orientações e informações específicas para estimular a participação de pequenas empresas nas contratações públicas é uma prática adotada na Alemanha, Áustria, Irlanda, Lituânia, Reino Unido, França e Itália. Nos Estados Unidos, o escritório do *Small Business Administration*, uma agência governamental, faz o mesmo. Importante destacar que, no Brasil, temos uma tentativa embrionária do Sebrae de desenvolver algo nesse sentido.

Os limites atuais de enquadramento (R\$ 3,6 milhões de receita bruta) são razoáveis? Você acha que deveríamos ter uma amplitude maior? O aumento para R\$ 4,8 milhões previsto para janeiro de 2018 é adequado?

Nilo: A formulação de uma política pública passa necessariamente pela definição do público-alvo dessa política. Por isso é preciso inserir as vantagens às micro e pequenas empresas nas licitações no contexto da Lei Complementar nº 123/2006, cujo objetivo principal foi o de garantir, a esse tipo de empresa, tratamento simplificado para fins tributários. Como consequência, acabou-se por adotar aqui no Brasil o critério do faturamento, que é o determinante para a caracterização de uma ME ou EPP.

Entendo que o recente aumento da faixa de faturamento para caracterização das empresas de pequeno porte, que começa a valer a partir de 2018, também teve como finalidade precípua aumentar o número de empresas aptas a aderir ao Simples, a par de outras medidas tomadas pelo governo para permitir a adesão de firmas que atuam em atividades específicas, para as quais a opção ao Simples era historicamente vedada. Portanto, as consequências desse novo enquadramento para os processos de contratação pública vêm apenas a reboque, sem grandes discussões específicas.

No entanto, aqui é preciso fazer uma observação pertinente. A fixação do público-alvo da política de estímulo às MPE em compras públicas com base no faturamento não é uma exclusividade nossa: é, por exemplo, o mesmo modelo seguido na Argentina e no Chile. Já nos Estados Unidos e na União Europeia, leva-se em consideração tanto o número de empregados como o faturamento anual da empresa. No Canadá, o porte da empresa é definido em função do número de empregados. Ainda que vejamos uma miríade de critérios para a definição do público-alvo, inexistem estudos nessa área apontando um ou outro modelo como um fator decisivo para o sucesso ou insucesso da política.

Parece-nos que a política de beneficiar ME/EPP não tem sido aplicada em contratações diretas por dispensa e inexigibilidade. É possível afirmar isso? Ao conceber a Lei, a União não deveria ter se preocupado com tais situações?

Nilo: Você tem razão! Perceba que as vantagens conferidas às ME/EPP na LC 123 são quase todas voltadas para o processo licitatório: o diferimento de prazo para a regularização fiscal, o empate ficto, a participação exclusiva a depender do valor estimado, a possibilidade de subcontratação, e cotas reservadas de disputa. Para as contratações diretas resta a previsão de que, apenas em se tratando de dispensa feita em função do valor, a compra deva ocorrer “preferencialmente” junto a uma ME ou EPP.

Numa análise mais apressada, a política parece ter sido concebida adequadamente, afinal de contas, a nossa Constituição diz que a



**De 2012 a 2016
os processos
de contratação
direta corresponderam
a cerca de 80%
do quantitativo
total de processos
realizados.**

licitação é a regra, e a contratação direta, exceção, não é mesmo? Ocorre que no mundo real não é bem assim. Nós todos que trabalhamos de alguma forma com isso, temos de fato uma percepção, ainda que intuitiva, do elevado peso dos processos de dispensa e inexigibilidade na contratação pública, o que se confirma quando analisamos algumas estatísticas.

O site do Painel de Compras do Ministério do Planejamento (que contém dados de todos os órgãos que compõem o SISG, do governo federal), mostra que de 2012 a 2016 os processos de contratação direta corresponderam a cerca de 80% do quantitativo total de processos realizados (ou seja, somando-se todos os processos de licitação, dispensa e inexigibilidade). Ele também nos permite constatar que, no mesmo período, enquanto os valores homologados decorrentes de contratação direta têm crescido em relação ao total, as dispensas e inexigibilidades são cada vez menos destinadas às ME/EPP. Em 2016, por exemplo, 60% dos valores homologados decorreram de contratações diretas; e, no mesmo ano, apenas 1,69% do valor total homologado em dispensas e inexigibilidade foi destinado a ME/EPP.

É claro que isso exige uma profunda reflexão. Não apenas quanto a esta política de que estamos tratando aqui, mas inclusive em relação ao processo de compras como um todo. Hoje, é muito mais fácil para um agente de compras fazer uma dispensa do que conduzir um processo licitatório completo. Dito de outra forma, se ele tiver a oportunidade de contratar por dispensa, tenderá a fazê-lo. Além disso, com o passar dos anos as hipóteses de dispensa só aumentam, enquanto que o processo licitatório, de um modo geral, parece tornar-se mais burocrático e engessado – veja nesse sentido a quantidade de acordãos, leis, decretos, resoluções, instruções normativas e portarias editadas nos últimos tempos. Portanto, acredito que uma maior participação de ME/EPP no fundo público decorrente de contratações passa necessariamente, dentre outras medidas, pela extensão, na medida do possível, das vantagens já conhecidas ou pela concepção de outras específicas para os processos de contratação direta.

A legislação atual determina que nas licitações por itens haverá a participação exclusiva de ME/EPP quando o item individualmente não ultrapassar R\$ 80 mil. Isso, ao fim, não causa embaraços à seleção da melhor proposta por parte da Administração Pública?

Nilo: Do ponto de vista meramente procedimental não vejo grandes problemas. A inserção de cláusula específica no edital exige menos de 30 segundos para sua digitação e, além disso, para pregões eletrônicos, basta ao pregoeiro selecionar a opção específica da vantagem no Comprasnet, sendo que outros sistemas de compras têm dispositivo similar.

Em relação ao preço e à possibilidade de o valor adjudicado ser elevado para a Administração, é preciso ponderar que a regra da participação exclusiva comporta exceções, e uma delas é justamente quando a sua aplicação não for vantajosa para a Administração, no caso, por exemplo, de resultar em preço superior ao valor estimado.

Permita-me trazer aqui um dado preocupante: na publicação Infográficos, de 2016, a empresa de consultoria Negócios Públicos informa que, dos itens estimados em até R\$ 80 mil licitados por pregão em 2015 através do SIASG, que representam 94% do total, 59% não foram disputados exclusivamente entre ME/EPP. Portanto, mesmo diante da regra que obriga a participação exclusiva nesses casos, a política parece enfrentar alguma resistência na sua implementação.

No caso de serviços contínuos, como interpretar a destinação da contratação para ME/EPP? Deve-se levar em conta um ano ou a totalidade possível da contratação (60 meses)?

Nilo: No ano passado, o TCU decidiu que, em se tratando de licitações para a contratação de serviços contínuos, o valor estimado de até R\$ 80 mil previsto na LC 123 determinante à participação exclusiva de ME/EPP refere-se a um exercício financeiro tomado isoladamente e, como este tipo de contrato pode ser prorrogado por até 60 meses, a participação exclusiva seria devida para contratos estimados em até R\$ 400 mil ao final desse período, respeitado o limite anual de R\$ 80 mil.

De acordo com essa decisão, deve-se levar em conta não apenas o período inicial da vigência, mas a possibilidade de prorrogações sucessivas. Portanto, importa saber o valor estimado para todo o contrato, projetando-se ao limite a prorrogação prevista, se houver.

Por exemplo, havendo vigência inicial de 12 meses, com possibilidade de prorrogação por mais seis, teríamos um total de 18 meses. Portanto uma estimativa de preços de até R\$ 120 mil ensejaria a participação exclusiva de ME/EPP no certame.

Essa é uma questão bem interessante, porque é um exemplo de como um agente envolvido na implementação da política pode atuar também de modo a torná-la mais efetiva. Caso o TCU tivesse decidido que o limite de R\$ 80 mil se refere a todo o período de vigência do ajuste, a possibilidade de aplicação prática dessa vantagem seria bastante reduzida: por exemplo, num certame visando à contratação de serviço com vigência total prevista de 60 meses

(incluindo as prorrogações), gastos anuais estimados superiores a R\$ 16 mil culminariam na ampla disputa, com a possibilidade de participação de empresas maiores.

Quanto ao enquadramento: o papel desempenhado pela Receita Federal deve ser ativo? Ou a própria empresa é que deve se incumbir de informar o seu desenquadramento? Cabe à Administração averiguar eventuais fraudes?

Nilo: O desenquadramento da condição ME/EPP pelas juntas comerciais é efetuado a partir de declaração específica apresentada pelo empresário ou sociedade empresária. Num certame presencial, uma empresa pode apresentar qualquer um dos dois documentos a seguir para indicar sua condição de ME/EPP: declaração unilateral, ou certidão emitida pela junta comercial. A apresentação pode ocorrer inclusive na fase de credenciamento, para informar à administração desde então que se trata de empresa que goza das vantagens da LC 123. Tais expedientes, obviamente, devem ser contemporâneos ao momento da realização da licitação. Em pregões eletrônicos, na maioria dos sistemas, a exemplo do Comprasnet, na tela de inclusão da proposta inicial há um campo que deve ser selecionado pelas ME/EPP para informar tal condição. Em todos os casos acima, no entanto, tais declarações, bem como a certidão da junta comercial, gozam apenas de presunção relativa, ou seja, admitem prova em contrário.

Se num pregão, por exemplo, o licitante declarou-se ME, mas no envelope de habilitação apresentou DRE na qual consta faturamento R\$ 7 milhões no ano anterior, o pregoeiro deve levar isso em consideração. O procedimento recomendado seria então alijá-lo imediatamente do certame, e comunicar tal fato ao gestor, que é o agente apto a determinar a abertura de procedimento administrativo visando à aplicação de penalidade, observado o contraditório e a ampla defesa.

Além disso, em função do crescente número de empresas que se declaram ME/EPP sem reunir as condições de enquadramento, o TCU vem recomendando, há bastante tempo, que o agente de compras efetue consultas a Portais da Transparência, com o objetivo de verificar se o somatório dos valores das ordens bancárias recebidas pelos licitantes, relativas ao seu último exercício, extrapola o faturamento máximo permitido, de sorte a permitir a utilização dos benefícios da LC 123 somente a empresas que se enquadrem, de fato, na condição de ME ou EPP.

O TCU também tem recomendado, amiúde, a realização de diligência, por meio de solicitação à licitante para que apresente documentos contábeis aptos a demonstrar a correção e a veracidade de sua declaração de qualificação como ME/EPP.

Quanto ao papel da Receita Federal, uma maior integração entre seus sistemas, o Comprasnet e as juntas comerciais, poderia, em parte, mitigar esses casos de fraude. Digo “em parte” porque acredito que na maioria das vezes, e pelo que vi em 12 anos como auditor da CGU, a declaração falsa e o enquadramento fraudulento na junta comercial geralmente vêm acompanhados de balanços adulterados e omissão de receita. E, para resolver isso, não vejo outra saída senão o incremento da fiscalização.



“Infelizmente, nos órgãos de controle em geral, como TCU, CGU, MPF, há uma inegável limitação de ordem operacional.**”**

NILO CRUZ NETO

Tem se tornado comum, a partir de evidências extraídas da jurisprudência, que muitas empresas se declarem como de pequeno porte sem o serem. Em sua opinião, as penalidades aplicadas pelos órgãos de controle, em especial, as declarações de inidoneidade aplicadas pelo TCU, são efetivas como meio de impedir a repetição de tal comportamento por parte das empresas?

Nilo: Não acredito que tenha um efeito pedagógico geral. Mesmo reconhecendo todo o esforço do TCU nos últimos anos em coibir tal prática, o número absoluto de empresas cumprindo essa sanção em decorrência de fraudes diversas não chegavam a 190 em 26 de fevereiro deste ano. Infelizmente, nos órgãos de controle em geral, como TCU, CGU, MPF, há uma inegável limitação de ordem operacional.

Assim como me parece também que o crescimento da divulgação dos casos em que essa fraude é identificada não tem um condão de inibi-la de modo efetivo.

Além disso, nos estados e principalmente nos municípios, em função da falta de profissionalização dos agentes à frente do processo de compras (equipes que mudam a cada gestão), não existe uma cultura de abertura e condução de processos de apenação, inclusive diante de casos grosseiros de fraude ao processo licitatório, como o indicado.

veja também que com o advento da Lei nº 13.305/2016, as empresas públicas e sociedades de economia mista não poderão mais aplicar a inidoneidade prevista na Lei nº 8.666/1993, podendo adotar, no máximo, a suspensão, gerando restrições à empresa sancionada apenas perante a própria estatal.

De qualquer modo, os agentes de compras devem fazer pesquisas junto ao site do TCU, assim como no CEIS (mantido pela CGU), e no Cadastro Nacional de Condenações Cíveis por Ato de Improbidade Administrativa (mantido pelo CNJ), para certificar-se de que as empresas participantes do certame não estão cumprindo nenhuma sanção que as impeça de contratar com o poder público. Inclusive há vários acórdãos do próprio TCU nesse sentido.

Mesmo se deparando, eventualmente, com uma sanção que não gera efeitos perante o órgão promotor do certame, o agente de compras estará ciente dos riscos da participação de determinada empresa, e terá um bom direcionador para as suas diligências.

No caso de a empresa alegadamente ser de pequeno porte sem deter tal condição: é preciso que o resultado (fraude ao processo) seja atingido para que uma eventual punição seja aplicada à empresa fraudadora?

Nilo: Em diversas oportunidades o plenário do TCU tem decidido que em geral, a fraude em licitações, e em particular, a simples participação de empresa em certames exclusivos ou com outros benefícios para ME/EPP, por meio de declarações falsas, comporta a aplicação da inidoneidade, ainda que o licitante fraudador não tenha sido contratado ou não tenha havido dano ao erário. Nesse sentido, vale a pena citar o Acórdão nº 1.794/2014, em que essa tese é confirmada, tendo o tribunal apenas reduzido o prazo da inidoneidade inicialmente aplicado, de seis meses, para três meses, pelo fato de a empresa não ter vencido o certame.



A partir de quando deve ser computado o prazo de cumprimento de eventual punição aplicada a empresa declarada inidônea pelo TCU, em razão de ter se valido indevidamente da condição de ME/EPP?

Nilo: O Acórdão nº 348/2016 – Plenário tem caráter normativo e trata da sanção de inidoneidade prevista na lei orgânica do TCU. A contagem do prazo de cumprimento da sanção inicia-se com o trânsito em julgado da condenação.

(Editado por RONALDO CORRÊA - sexta, 8 Dez 2017, 16:49)

◀ Entrevista com o professor Cláudio Sarian Altounian sobre contratos “built to suit” ou “locação sob medida”

Entrevista sobre contratação sustentável com a professora Cláudia de Oliveira Cruz Carvalho ▶

[Voltar para o início da comunidade ➡](#)

Escola Nacional de Administração Pública - ENAP



 Brasil - Governo Federal