A nova lei de licitações e as limitações às microempresas

Apesar de festejada em muitos avanços, a Lei nº 14.133/2021 chegou com duros golpes contra as microempresas e empresas de pequeno porte, colocando fim a muitos espaços que foram se abrindo desde o advento da Lei Complementar nº 123/2006, quando estava em moda o jargão “compre do pequeno” e havia incentivo ao uso do poder de compra do Estado como motor de desenvolvimento do País, não o atual motor de concentração de mercados e monopolização de contratações, cada vez maiores uenas empresas.

Em matéria de compras públicas, mesmo com cenário de crise, o Brasil ainda parece ter memória curta e insiste em não considerar as razões de determinadas origens normativas.

Nesse contexto, antes de ponderar sobre as regras da nova lei, que já estão começando a destruir mercados das micro e pequenas empresas, cabe fazer determinada retrospectiva, para alertar que a maior parte do trabalho empreendido pelo Sebrae (Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas) acabou prejudicado.

Mas antes é importante lembrar que, nos Estados Unidos, durante Segunda Guerra Mundial (1939-1945), as pequenas empresas ficaram sem chances de competir com as grandes indústrias, que se voltavam para a guerra, razão pela qual, para inserir as pequenas no mercado, foi criada em 1942 a "Corporação de Pequenas Fábricas de Material Bélico" ("Smaller War Plants Corporation – SWPC").

Com o fim da guerra, foi extinta a SWPC, sendo criado o "Escritório da Pequena Empresa" ("Office of Small Business – OSB"), do Departamento de Comércio. E em seguida, diante da Guerra da Coreia (1950-1953), foi criada a "Administração de Pequenas Fábricas Ligadas à Defesa" ("Small Defense Plants Administration – SDPA"), que também incluía atividades relacionadas a contratos governamentais com as pequenas empresas.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Enfim, o presidente Eisenhower decide propor a criação de uma agência independente para as pequenas empresas, como uma nova instituição, o que foi aprovado pelo Congresso em 30 de julho de 1953, com a "Lei de Apoio às Pequenas Empresas" ("Small Business Act – Public Law 83-163, 67 Stat. 232"), nascendo assim a "Administração de Pequenas Empresas dos Estados Unidos" ("The U.S. Small Business Administration – SBA"). Essa é a norma legal vigente até hoje, ainda que com alterações sofridas ao longo dos anos.

O Japão, no período de sua reconstrução pós-guerra (1945-54), estabeleceu uma política específica, criando em 1948 a "Agência da Pequena e Média Empresa" ("Small and Medium Enterprise Agency – SME"), objetivando o desenvolvimento da economia nacional, a redução da concentração do poder econômico e oportunidades justas e iguais para as pessoas se engajarem em um negócio. Posteriormente, passou a tratar de desenvolvimento regional e inclusão das pequenas empresas nas compras governamentais.

A França estabeleceu a sua política em 1980, incluindo o objetivo de desenvolvimento regional, a criação de emprego e, mais adiante, os benefícios das pequenas empresas na área de licitações.

A Alemanha e a Itália também seguiram os exemplos e instituíram políticas de inserção das pequenas empresas nas contratações governamentais.

O Canadá, por sua vez, começou a implementar políticas de compras governamentais para as pequenas empresas a partir de 1995.

Já a Inglaterra estabeleceu um plano específico e detalhado de inclusão das pequenas nas contratações públicas em 2003, época em que a União Européia realizava pesquisas e iniciativas para que outros países do bloco adotassem regras semelhantes.

No contexto geral, determinados países do "Grupo dos Oito" (G8) foram os pioneiros.

Assim, enquanto nos exemplos históricos outros países utilizaram a desconcentração de compras públicas e o incentivo aos pequenos, para superação de guerras e para reconstrução nacional, o Brasil caminha a passos largos para o inverso, tendo a Lei nº 14.133/2021 chegado com toda força para limitar o acesso dos pequenos aos mercados e para incentivar a concentração dos mercados de compras públicas, inclusive, em distorções concorrenciais que mais adiante chegam a prejudicar até grandes empresas que não conseguem as contas cada vez mais monopolizadas por poucas delas.

E voltando à base do presente estudo, deve-se lembrar que o primeiro Estatuto da Microempresa, instituído pela Lei nº 7.256/1984, não trazia disposições sobre contratos governamentais, mas a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 170, inciso IX, estabeleceu entre os princípios gerais da atividade econômica o "tratamento favorecido" para as empresas brasileiras de pequeno porte, e em seu artigo 179 tratou de "tratamento diferenciado", "simplificação" e "eliminação ou redução" de obrigações.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Destinado expressamente a regulamentar esses dois dispositivos, sobreveio o Estatuto seguinte, com a Lei nº 9.841/1999, que em seu artigo 24 estabeleceu que "a política de compras governamentais dará prioridade à microempresa e à empresa de pequeno porte, individualmente ou de forma associada, com processo especial e simplificado nos termos da regulamentação desta Lei". Entretanto, infelizmente, não houve a dita regulamentação.

Posteriormente, com foco exclusivo na parte tributária, sobreveio a Emenda Constitucional nº 42, modificando o 146, inciso III, alínea "d", que justificou o Projeto de Lei Complementar nº 123/2004, que deu origem à Lei Complementar nº 123/2006.

E graças ao Sebrae e a Frente Empresarial pela Lei Geral os diversos projetos que se agregavam foram substituídos pelo novo texto consolidado, em 2005, incluindo a "novidade" dos dispositivos sobre acesso aos mercados governamentais (contendo normas inspiradas nas norte-americanas, sobre critério de "desempate", nas licitações abertas a todas as empresas, pelo preço ofertado pela pequena empresa, as licitações exclusivas para pequenas empresas, o incentivo ás subcontratações das pequenas empresas e as cotas para pequenas empresas.

Mas o texto da Lei nº 14.133/2021 trouxe, entre outras inovações, as seguintes regras:

"Art. 4º Aplicam-se às licitações e contratos disciplinados por esta Lei as disposições constantes dos arts. 42 a 49 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.
§ 1º As disposições a que se refere o caput deste artigo não são aplicadas:
I – no caso de licitação para aquisição de bens ou contratação de serviços em geral, ao item cujo valor estimado for superior à receita bruta máxima admitida para fins de enquadramento como empresa de pequeno porte;
II – no caso de contratação de obras e serviços de engenharia, às licitações cujo valor estimado for superior à receita bruta máxima admitida para fins de enquadramento como empresa de pequeno porte".

Em síntese, criou-se um limite que não havia na legislação norte-americana da qual o Sebrae e a Frente Parlamentar pela Lei Geral buscaram inspiração para o Capítulo V da Lei Complementar nº 123/2006 ("DO ACESSO AOS MERCADOS"), sendo que agora as pequenas possuem chance de disputar apenas contratos limitados ao seu valor de enquadramento na condição de ME/EPP. Ainda que o limite seja entendido como anual, isso é um duro golpe e um severo fechamento de mercado aos pequenos.

Por outro lado, não existe mais o pleno acesso aos mercados, como fora idealizado nas origens, pois o artigo 19, inciso I, da nova lei, traz a diretriz de preferencial centralização de procedimentos de aquisição e contratação de bens e serviços, o que torna impossível a habilitação e propostas pelas micro e pequenas empresas.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

E embora o artigo 40, § 2º, inciso III e o artigo 47, § 1º, inciso III, da lei até mencionem que, para parcelamentos, há o dever de buscar ampliar a competição e evitar a concentração de mercado, por todo o texto legal há uma série de normas contrárias a isso, sendo suficiente citar o seu artigo 181, que trata do objetivo de realizar compras em grande escala, o que implica em editais que monopolizam contratos cada vez mais.

Quando a lei é analisada em seu todo se verifica que existem vários motores de uso do poder de compra do Estado para reduzir os espaços dos pequenos e concentrar mercados, o que é tão danoso que prejudica até mesmos as médias e as outras grandes empresas, já que o nítido objetivo agora passou a ser limitar o acesso dos pequenos e monopolizar ou concentrar, de modo deliberado, os mercados de contratações públicas.

E assim poucas empresas vão ficando com as poucas contas, progressivamente, uma aberração, quando se observa que, por fundamentos constitucionais, a Lei nº 12.529/2011, que trata do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, dispõe, exatamente, sobre o contrário, proibindo abuso de posição dominante daqueles que possuem frações do mercado, bem como os atos de concentração que impliquem na eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante.

Em época de crise, essas reflexões deveriam estar ainda mais em evidência.

Date Created
05/11/2021

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.