

AS ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELO DECRETO 8.538/2015

Juliane Erthal de Carvalho
Mestre em Direito do Estado na USP
Advogada de Justen, Pereira, Oliveira e Talamini

1. O Decreto 8.538/2015

Com a edição do Decreto 8.538/2015, revogou-se o Decreto 6.204/2007, o qual, até então, regulamentava a Lei Complementar 123/2006, que estabeleceu benefícios em favor de microempresas e empresas de pequeno porte nas contratações públicas de bens, serviços e obras. Uma boa parte dos dispositivos do regulamento anterior foi incorporada ao novo diploma legislativo. Há inovações em relação ao decreto anterior, mas grande parte se destina a compatibilizar o texto regulamentar com as modificações promovidas pela Lei Complementar 147/2014 no Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte. Adiante serão indicadas algumas das principais alterações instituídas pelo Decreto 8.538.

2. Ampliação do rol de beneficiados

O [Decreto 8.538/2015](#) estendeu o tratamento favorecido, diferenciado e simplificado, previsto na Lei Complementar 123/2006, também a agricultores familiares, a produtores rurais, desde que estes sejam pessoa física, ao microempreendedor individual (MEI) e a sociedades cooperativas de consumo (art. 1º).

Nos termos do art. 13 do Decreto 8.538, agricultor familiar e empreendedor familiar rural são aqueles que atendam, simultaneamente, aos seguintes requisitos: (i) não detenham, a qualquer título, área maior do que quatro módulos fiscais; (ii) utilizem predominantemente mão de obra da própria família nas atividades econômicas do seu estabelecimento ou empreendimento; (iii) tenham percentual mínimo da renda familiar originada de atividades econômicas do seu estabelecimento ou empreendimento, na forma definida pelo Poder Executivo e (iv) dirijam seu estabelecimento ou empreendimento com sua família (art. 3º da Lei 11.326/2006).

Tanto os agricultores familiares quanto os produtores rurais devem estar em situação regular junto à Previdência Social e ao Município em que tenham auferido receitas, cujo limite anual deve ser igual ou inferior a R\$3,6 milhões.

O microempreendedor individual, nos termos do §1º do art. 18-A da Lei Complementar 123, é aquele que exerce de modo profissional uma atividade econômica voltada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços (art. 966 do Código Civil de 2002). Para tanto, é necessário que o empresário tenha auferido até R\$60 mil e seja optante pelo Simples Nacional.

Já as sociedades cooperativas de consumo são pessoas jurídicas, que não estão sujeitas a falência e são organizadas pela (i) adesão voluntária e ilimitada de associados, ressalvados casos de inviabilidade técnica de prestação dos serviços; (ii) variabilidade do capital social representado por quotas-partes; (iii) limitação do número de quotas-partes do capital para cada associado, facultado, porém, o estabelecimento de critérios de proporcionalidade, se assim for mais adequado para o cumprimento dos objetivos sociais; (iv) inacessibilidade das quotas-partes do capital a terceiros, estranhos à sociedade; (v) singularidade de voto, podendo as cooperativas centrais, federações e confederações de cooperativas, com exceção das que exerçam atividade de crédito, optar pelo critério da proporcionalidade; (vi) quorum para o funcionamento e deliberação da Assembleia Geral baseado no número de associados e não no capital; (vii) retorno das sobras líquidas do exercício, proporcionalmente às operações realizadas pelo associado, salvo deliberação em contrário da Assembleia Geral; (viii) indivisibilidade dos fundos de Reserva e de Assistência Técnica Educacional e Social; (ix) neutralidade política e não discriminação religiosa, racial e social; (x) prestação de assistência aos associados, e, quando previsto nos estatutos, aos empregados da cooperativa; (xi) área de admissão de associados limitada às possibilidades de reunião, controle, operações e prestação de serviço (art. 4º da Lei 5.764/1971). Tais sociedades cooperativas devem ter auferido receita igual ou inferior a R\$3,6 milhões.

3. Transferências voluntárias

O art. 12 do Decreto 8.538 prevê a concessão dos benefícios a contratações públicas de bens, serviços e obras que forem custeadas com recursos financeiros repassados pela União aos Estados, Distrito Federal e Municípios para a celebração de convênios, acordos, ajustes ou outros instrumentos congêneres. Tais contratações devem envolver transferências voluntárias previstas no Decreto 5.504/2005 e na Lei 12.462/2011.

4. Previsão no instrumento convocatório

O art. 10 do Decreto 6.204 já exigia previsão expressa da concessão do tratamento favorecido, diferenciado e simplificado no edital, tal exigência manteve-se no art. 11 do Decreto 8.538. No entanto, a Lei Complementar 147 revogou o inc. I do art. 49 da Lei Complementar 123, que exigia a expressa previsão em edital para a concessão dos benefícios às ME e EPP.

5. Contratação direta

Como regra, permanece o indicativo de que não se aplica o direito de preferência aos casos em que a licitação for dispensável ou inexigível. A Lei

Complementar 147, no art. 49, inc. IV ressalvou as exceções das hipóteses previstas nos incisos I e II do art. 24 da Lei 8.666.

O Decreto 8.538 incorporou essa ressalva das hipóteses dos incs. I e II e ainda fez menção a contratações emergenciais (inc. IV). Nesse sentido, confira-se o inc. III do art. 10: *“a licitação for dispensável ou inexigível, nos termos dos arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666, de 1993, excetuadas as dispensas tratadas pelos incisos I e II do **caput** do referido art. 24, nas quais a compra deverá ser feita preferencialmente por microempresas e empresas de pequeno porte, observados, no que couber, os incisos I, II e IV do **caput** deste artigo”*.

6. Regularização fiscal

O prazo para que o licitante vencedor comprove a regularidade fiscal foi alterado, com a redação dada pela Lei Complementar 147, de dois para cinco dias úteis (art. 43, §1º da Lei Complementar 123). O novo regulamento incorporou essa alteração no art. 4º, §1º.

A Lei Complementar 147 não previu nenhum dispositivo adicional para delimitar o momento adequado para se apresentar a documentação relativa à regularização fiscal. O Decreto 6.204, art. 4º, §2º previa que a regularização fiscal teria como prazo o *“momento imediatamente posterior à fase de habilitação, no caso do pregão, conforme estabelece o art. 4º, inciso XV, da Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e no caso das demais modalidades de licitação, no momento posterior ao julgamento das propostas...”*. O Decreto 8.538 manteve tal orientação, mas adequou a redação para incorporar também a utilização do Regime Diferenciado de Contratações Públicas.

Assim, estabeleceu-se, no art. 4º, §2º, que o prazo para a regularização fiscal deve ser computado a partir da divulgação do resultado da habilitação, nos casos em que o objeto da contratação for licitado, sem inversão de fases, por meio do Pregão ou pelo RDC. Se houver inversão de fases ou nos casos de emprego das modalidades da Lei 8.666, o prazo conta-se a partir da divulgação do resultado do julgamento das propostas.

Originalmente constava no Decreto 6.204 que a Administração Pública “deverá” sempre que lhe for requerido conceder a prorrogação do prazo para a regularização fiscal, salvo em casos de urgência na contratação ou prazo insuficiente para empenho (art. 4º, §3º do Decreto 6.204).

A atual redação do §3º do art. 4º do Decreto 8.538 estipula que a Administração Pública “poderá” prorrogar o prazo, o que destaca um caráter menos impositivo à necessidade de prorrogação do aludido prazo. Tal se passa porque há casos, para além das exceções ressalvadas no decreto anterior, que podem não ser suficientemente pertinentes e razoáveis para se possibilitar a prorrogação do prazo. Mas isso não torna a prorrogação do referido prazo uma decisão de livre escolha da Administração. Afinal, a opção pela prorrogação ou

não deve estar relacionada ao melhor modo de atingimento dos objetivos pretendidos com a contratação.

7. Licitação técnica e preço

Nas licitações de técnica e preço o empate deve ser aferido mediante a ponderação entre a técnica e o preço. Sendo possível que a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada apresente proposta com preço reduzido (art. 5º, §8º). Ou seja, o Decreto 8.538 passa a admitir que depois de considerados os critérios de técnica e preço, se houver empate, a microempresa ou a empresa de pequeno poderá apresentar proposta de preço reduzida. Nesse caso não há afronta ao disposto no art. 45, inc. I, da Lei Complementar 123, pois o desempate ficará adstrito à proposta de preço.

8. Subcontratação

O Decreto 8.538 passou a vedar a subcontratação de empresas que participaram da licitação ou que tenham um ou mais sócios em comum com a empresa contratante (art. 7º, §6º).

No atual texto da Lei Complementar 123, não há mais a limitação de que a subcontratação de ME ou EPP se restrinja a até trinta por cento do total licitado. Nesse sentido, o inc. I e o §6º do art. 7º do atual regulamento dispõem que o edital deve prever os critérios máximos e mínimos da subcontratação. Sendo expressamente vedada a possibilidade de subcontratação total ou da parcela principal da contratação.

A subcontratação, sem previsão no edital, tem previsão de punição com rescisão contratual, sem prejuízo da aplicação de outras sanções legais.

O art. 7º, inc. III, deixou de prever a exigência de apresentação da documentação de regularidade trabalhista das microempresas e empresas de pequeno porte a serem subcontratadas.

9. Aquisição de bens divisíveis

O atual regulamento também estabeleceu que o contratante de bens de natureza divisível deverá reservar cota de até 25% para contratação de microempresas e empresas de pequeno porte (art. 8º). A redação do Decreto 6.204 facultava essa reserva, a qual seria aplicável não apenas para contratações de bens, como no atual regulamento, mas também para contratações de serviços e de obras.

10. Vantajosidade dos benefícios

O parágrafo único, inc. II do art. 10 do Decreto 8.538 acrescentou mais um requisito, ainda não previsto no Decreto 6.204, para definir “não vantajosidade”. Além do critério em que o preço seja superior ao estabelecido como referência, incluiu-se os casos em que a natureza do bem, serviço ou obra for incompatível com a aplicação dos benefícios. Essa alteração decorre da nova redação do inc. III do art. 49 da Lei Complementar 123 que dispõe: “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”.

11. Local da prestação ou da entrega do objeto contratado

Se houver justificativa válida, passou a ser possível se destinar até 10% do valor do melhor preço válido para ME e EPP que sejam sediadas no local ou na região em que se prestará o objeto da licitação (art. 9º, inc. II do Decreto 8.538).

12. Registro de Preços e parcelamento da entrega

Quando as licitações envolverem o sistema de registro de preços ou de entrega parcelada, será possível se prever em edital que as cotas reservadas serão obtidas de modo prioritário por microempresas ou empresas de pequeno porte. Nesse caso a licitação deve ter valor estimado superior a R\$ 80.000,00, porque até esse limite a contratação deve ser exclusiva a tais empresas.

13. Desenquadramento

O licitante deve apresentar uma declaração para informar a possibilidade de ser beneficiado pelo tratamento previsto nos art. 42 a 49 da Lei Complementar 123.

Em caso de necessidade de desenquadramento da condição de microempresa ou empresa de pequeno porte, ou seja, quando houver faturamento superior a exigido em lei, compete ao licitante solicitá-lo. Caso o licitante não adote as providências necessárias para o desenquadramento e usufrua (ou tente usufruir) indevidamente dos benefícios extensíveis a esse enquadramento, poderá ser declarado inidôneo (art. 13, §1º do Decreto 8.538).

14. Publicidade da licitação ou do cadastramento

Passou-se a prever a necessidade de disponibilização de informações sobre as regras da licitação ou dos requisitos para o cadastramento no site do órgão ou entidade contratante (art. 2º, inc. V do Decreto 8.538).

15. A edição de normas complementares

A Secretaria de Governo da Presidência da República passou a ser responsável em conjunto com o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão pela edição de normas complementares sobre o tema (art.14 do Decreto 8.538). No regulamento anterior, tal competência era apenas do referido Ministério.

Informação bibliográfica do texto:

CARVALHO, Juliane Erthal de. *As alterações promovidas pelo Decreto 8.538/2015*. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, n.º 105, dezembro de 2015, disponível em <http://www.justen.com.br/informativo>, acesso em [data].