UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO

AS LICITAÇÕES E O TRATAMENTO PRIVILEGIADO E DIFERENCIADO DADO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS EM FACE DA LC 123/06

Daniele de Miranda Silva

Florianópolis (SC), novembro de 2009.

DANIELE DE MIRANDA SILVA

AS LICITAÇÕES E O TRATAMENTO PRIVILEGIADO E DIFERENCIADO DADO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS EM FACE DA LC 123/06

Monografia apresentada no Curso de Graduação em Direito, como requisito parcial para a obtenção de grau de Bacharel em direito pela Universidade Federal de Santa Catarina

Orientador: Prof. Dr. Luis Carlos Cancellier de Olivo

Florianópolis, (SC), novembro de 2009

Dedico este trabalho aos meus pais,
João Carlos Silva e Claudete de
Miranda Silva.

Resumo

A presente monografia, requisito para a obtenção do título de Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, tem por objetivo fazer um breve estudo sobre o tratamento privilegiado e diferenciado dado às micro e pequenas empresas nas licitações em face da lei 123/06. Para tanto inicia-se com a definição de empresa, origens históricas, desenvolvimento do direito empresarial no Brasil, conceito de empresário dado pelo código Civil e a definição de microempresa e empresa de pequeno porte conforme a lei complementar 123/06, também conhecida como Estatuto Nacional da Microempresa ou ainda lei Geral da Microempresa. Em seguida é abordada a licitação: conceito, previsão legal, princípios que a regem, modalidades, e fases que a compõem. Bem como da sua dispensa e inexigibilidade. Por fim, faz-se uma análise sobre as inovações trazidas pela mesma lei, da opção do legislador pelo uso da lei complementar, dos benefícios concedidos às microempresas e as empresas de pequeno porte: como regime diferenciado para apresentação de documentos relativos à regularidade fiscal, o instituto do empate ficto, a cédula de crédito microempresarial e as licitações diferenciadas.

Palavras chave: microempresa – empresa de pequeno porte – licitação – lei complementar – lei geral da microempresa – estatuto nacional da microempresa – isonomia - regularidade fiscal - empate ficto – cédula de microcrédito – licitação diferenciada

Sumário

RESUMO……..…….4
INTRODUÇÃO…….7

CAPITULO 1 NOÇÕES GERAIS SOBE EMPRESA.....9

1.1 Direito empresarial.....9
1.2 Evolução do direito empresarial no Brasil.....11
1.3 Definição de empresa.....12
1.4 Definição de microempresa e de empresa de pequeno porte.....15
1.5 A microempresa e a empresa de pequeno porte na economia nacional.....17

CAPÍTULO 2 A LICITAÇÃO E A LEGISLAÇÃO.....19

2.1 Conceito de licitação.....19
2.2 Previsão legal da licitação.....19
2.3 Princípios aplicáveis ao certame licitatório.....23
2.3.1 Princípio da legalidade.....24
2.3.2 Princípio da impessoalidade.....25
2.3.3 Princípio da moralidade.....26
2.3.4 Princípio da publicidade.....26
2.3.5 Princípio da eficiência.....27
2.3.6 Princípio da vinculação ao instrumento convocatório.....28
2.3.7 Princípio do julgamento objetivo.....28
2.3.8 Princípio da isonomia.....29
2.4 Modalidades de licitação.....31
2.4.1 Concorrência.....31
2.4.2 Tomada de preços.....32

2.4.3 Convite.....33
2.4.4 Concurso.....33
2.4.5 Leilão.....34
2.4.6 Pregão.....35
2.4.7 Dispensa e inexigibilidade da licitação.....35
2.5 Do procedimento licitatório.....36

CAPÍTULO 3 A LEI GERAL DA MICROEMPRESA E AS LICITAÇÕES.....39

3.1 Da experiência legislativa estrangeira.....39
3.2 Da técnica legislativa adotada.....40
3.3 Do tratamento privilegiado e diferenciado.....43
3.3.1 Das vedações ao enquadramento como ME ou EPP.....45
3.3.2 Da comprovação da regularidade fiscal.....48
3.3.3 Do empate e do empate ficto.....52
3.3.4 Da cédula de crédito microempresarial.....56
3.3.5 Das licitações diferenciadas.....58

CONSIDERAÇÕES FINAIS.....61

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....63

INTRODUÇÃO

Popularmente conhecida como Lei Geral da Microempresa, Estatuto Nacional da Microempresa ou ainda como Lei do Simples, a LC 123/06 busca disciplinar vários aspectos importantes para as microempresas – MEs - e empresas de pequeno porte – EPPs - sejam eles relativos a tributos, obrigações trabalhistas e previdenciárias ou relativos às compras da Administração Pública. Sendo as aquisições pelos entes públicos, União, Estado, Municípios e Distrito Federal, de bens e serviços fornecidos por MEs e EPPs o objeto do presente estudo.

Isto porque representam, as MEs e as EPPs, juntas 4,63 milhões de empreendimentos, ou seja 99,2% das empresa brasileiras. Sem esquecer que respondem por 57,4 % da mão-de-obra empregada formalmente o que representa 26,5% da massa salarial.

Contudo, apesar de constituirem esmagadora maioria no mercado nacional, respondiam por apenas 17% dos R$ 260 bilhões de reais em compras realizadas pelo governo antes do advento da lei complementar 123 em 2006.

Diante desse paradoxo, a presente monografia tem como objetivo abordar primeiramente a definição de empresa, origem histórica e forma como é abordadada pelo Cógigo Civil. Já num segundo momento busca-se trazer algumas noções sobre como é feito o processo das aquisições governamentais: a licitação. Desde sua previsão constitucional, passando pelos princípios que a regem, modalidades e procedimento.

Por fim, faz-se uma breve análise do tratamento privilegiado e diferenciado destinado às MEs e EPPs com a edição da Lei Complementar 123/06 ao comentar seu Capítulo V – Do Acesso aos Mercados, que dispõe sobre as aquisições governamentais. Desde a definição de microempresa e empresa de pequeno porte adotada pelo legislador, da preferência do legislador pelo uso de lei complementar, vedações a fruição dos benefícios

previstos até os benefícos propriamente ditos, a saber: regime diferenciado para apresentação de documentos relativos à regularidade fiscal, o instituto do empate ficto, a cédula de crédito microempresarial e as licitações diferenciadas.

CAPÍTULO 1 NOÇÕES GERAIS SOBRE EMPRESA

1.1 Direito empresarial

Como o presente trabalho tem o intuito de fazer alguns breves comentários sobre a implementação da previsão constitucional de tratamento diferenciado e favorecido dado às microempresas e empresas de pequeno porte com a edição da lei complementar 123 de 2006 e suas alterações LCs 127 e 128 achou-se por bem iniciar pela definição de empresa.

Isto porque consiste numa visão doutrinária imprescindível para o entendimento do disposto acerca do assunto no Código Civil e no Estato Nacional da Microempresa, ou ainda Lei Geral da Microempresa, como ficou conhecida a Lei Complementar 123 de 2006. Para que se entenda o porquê da adoção do atual conceito de empresa, é preciso que se faça uma análise histórica, ainda que rápida, do direito empresarial.

O direito empresarial como conhecemos está intimamente ligado à evolução do direito comercial. Isto porque o direito empresarial é resultado de uma técnica mais abrangente, mas não menos eficiente, do que vem a ser atividade econômica, que nos seus primórdios resumia-se às atividades comerciais.

Fábio Ulhoa Coelho[1] afirma que a história do direito comercial é normalmente dividida em quatro períodos. No primeiro e no segundo períodos, com algumas poucas diferenças, entre os séculos XII e XVIII, o direito comercial era restrito aos integrantes da corporação de ofício dos comerciantes. Já o terceiro período da evolução histórica do direito comercial inicia-se com a codificação napoleônica já no século XIX.

[1] COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*: Direito de Empresa.12 ed.rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p 12 19

Também conhecido como sistema francês, teve seu surgimento com a entrada em vigor do *Code de Commerce*, mais conhecido como Código Mercantil napoleônico em 1808. Dividia as atividades econômicas em civis e em comerciais, cada qual com seu sub-regime próprio.

Destaca ainda o autor que a grande contribuição doutrinária do sistema francês foi a teoria dos atos de comércio. Essa teoria deslocou o conceito de atividade mercantil, até então tido como aquela exercida por uma categoria de pessoas, para todas aquelas atividades contidas na lei. Nas palavras do autor "(...) com ela o direito comercial deixou de ser apenas um direito de uma certa categoria de profissionais, organizados em corporações próprias, para se tornar a disciplina de um conjunto de atos que, em princípio, poderiam ser praticados por qualquer cidadão."

O quarto período teve seu início com a edição do *Codice Civile italiano*, em 1942, no qual se estabeleceu um regime geral para o exercício das atividades, excluídas somente algumas poucas. O modelo italiano de regular o exercício da atividade econômica privada encontra sua síntese na teoria da empresa. Segundo essa teoria, empresa é a atividade cuja finalidade precípua é a obtenção de lucro através da organização dos fatores de produção (força de trabalho, matéria-prima, capital e tecnologia) para oferecer ao mercado bens ou serviços. Redefiniu-se então o núcleo do direito comercial, que saiu dos âmbito dos atos de comécio e passou a ser a execução de uma atividade lucrativa: a empresa.

Em meados do século XX, o sistema italiano acabou por superar o francês e influenciar também o legislador braileiro, que adotou o conceito de empresa como atividade lucrativa.

1.2 Evolução do direito empresarial no Brasil

O direito comercial no Brasil tem como marco inicial a abertura dos portos, no ano de 1808. Ainda colônia, fazia uso das leis de Portugal. Por isso direito comercial no Brasil e ainda não direito comercial brasileiro.

No entanto, até mesmo após a independência do Brasil, em 1822, a Assembléia Constituinte e Legislativa decidiu por continuar aplicando as leis portuguesas em face da carência de legislação própria. Ulhoa Coelho[2] destaca a aplicação não só das leis portuguesas, como também da legislação espanhola e francesa e cita a curiosa Lei da Boa Razão que legitimava esse uso da legislação estrangeira ao determinar a observância das leis vigorantes nas "nações cristãs iluminadas e polidas, que com elas estava resplandecendo na boa, depurada e sã jurisprudência".

Por isso, afirma o autor, tem o Codigo Comercial de 1850 estreita ligação com o *Code de Commerce* francês, e dele absorveu a teoria dos atos de comércio. Por não aparecerem explícitos em nosso Código Comercial, tais atos de comércio tiveram que ser elencados ainda no mesmo ano, através do regulamento 737. Regulamento esse que continuou servindo de referência mesmo após sua revogação até meados de 1960, quando o direito brasileiro iniciou sua aproximação ao sistema italiano de disciplina privada da atividade econômica.

Essa aproximação efetivou-se com a aprovação do projeto do Código Civil, de Miguel Reale, que tramitou no Congresso de 1975 a 2002. Nele, em seu Livro II, Parte Especial é adotado o sistema italiano de discipina privada da atividade econômica: a teoria da

[2] COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*: Direito de Empresa.12 ed.rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p21.

empresa.

Todavia, essa aproximação não foi total à medida que ainda apresenta no parágrafo único do art. 966 a distinção de atividades ainda em empresariais e civis.

1.3 Definição de empresa

Popularmente o vocábulo empresa é utilizado de forma equivocada para designar o local onde se realizam atividades de produção ou circulação de bens ou serviços com vistas ao lucro, quando na verdade, empresa , como visto anteriormente, significa a própria atividade realizada para obtenção de lucro.

Tal definição é doutrinária, uma vez que o legislador preferiu ater-se ao conceito de empresário no Código Civil, em seu livro II - Do Direito de Empresa, como segue:

> Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

Dessa forma, o conceito de empresário está intimamente ligado aos conceitos de profissionalismo, atividade econômica organizada e produção ou circulação de bens e serviços.

Ulhoa Coelho[3] aponta dois aspectos para que uma atividade seja considerada profissional: a habitualidade e a pessoalidade. A habitualidade designa atividade exercida de forma reiterada e não esporádica. Já a pessoalidade consiste no próprio exercício da atividade,

---

[3] COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial*:*Direito de empresa*. São Paulo: Saraiva, 2007, p.11.

sem contudo confundir a figura do empresário com a do empregado. Isto porque o empresário realiza a atividade enquanto ao empregado é dado realizá-la em nome do empresário. Ressalta ainda que a principal diferença entre o empresário e o empregado consiste no fato de o primeiro ser o único a ter pleno conhecimento, monopólio das informações, sobre o produto ou o serviço.

No que tange à expressão *atividade econômica organizada*, Vaneska Donato de Araújo[4]alude a um empreendimento realizado com a articulação de todos os fatores da produção: capital, mão-de-obra, insumos e tecnologia, com a intenção principal de gerar lucro. Esclarece ainda que com relação à *produção ou circulação de bens ou serviços* o legislador faz referência ao ato de fabricação do produto e à comercialização do mesmo pelo empresário.

Alguns dos fatores da produção acima citados, excetuada a mão-de-obra, integram o que no direito empresarial denomina-se de estabelcimento, definido no art. 1.142 do Código Civil:

> Art. 1.142. Considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária.

Ulhoa Coelho[5] salienta que englobam esse conjunto tanto os bens corpóreos (mercadorias em estoque, máquinas, local para exercício da atividade e veículos, por exemplo) quanto os incorpóreos (tecnologia, sinais distintivos e a marca, por exemplo). Para que não reste dúvidas quanto a classificação de empresário, o legislador achou por bem

---

[4]HERKENHOFF, Henrique Geaquinto, Coord. *Direito de Empresas*. São Paulo:Revista dos Tribunais, 2008, p.24.
[5]COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*: Direito de Empresa.12 ed.rev e atual. Saõ Paulo: Saraiva, 2008, p 96.

ressalvar que nem todos podem ser empresários, mesmo que tenham capacidade legal para tanto. Não considera pois como empresários os exercentes de atividades civis. Depreende-se então que esses não podem por exemplo, requerer recuperação judicial ou falir:

> Art. 966
>
> [...]
>
> Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.

Quanto ao exercício da profissão constituir elemento de empresa, Fábio Ulhoa Coelho explica que o exercício da profissão se torna elemento de empresa à medida que sua individualidade se perde na organização empresarial. Isto é, quando o profissional deixa de exercer apenas a mencionada atividade intelectual para exercer outras que não a integram, como gerenciar outros profissionais, por exemplo. Com isso o profissional passa de intelectual para organizador dos fatores de produção: empresário.

Pode-se concluir assim que empresa, atividade produtiva é sempre objeto de direitos, sendo o empresário, ou a sociedade empresária, sujeito de direitos. Waldirio Bulgarelli[6] ,citando Asquini, afirma ser a empresa um fenômeno que, por influência italiana, possui quatro perfis: o subjetivo (o empresário), o objetivo ou patrimonial (o estabelecimento), o funcional (a atividade) e corporativo ou institucional (relações trabalhistas).

---

[6] BULGARELLI, Waldirio. *Sociedades Comerciais*. 9.ed. São Paulo: Atlas 2000, p.300.

1.4 Definição de microempresa e de empresa de pequeno porte

A definição de microempresa – ME- e de empresa de pequeno porte – EPP está contida na Lei Complementar 123 de 2006. Trata-se de diploma que visa instituir tratamento privilegiado e diferenciado às mesmas, previsto na Constituição, nas áreas tributária, trabalhista, previdenciária e administativa, essa última mais especificamente no que tange às compras govenamentais. Para tanto, adotou como critério de classificação a receita bruta anual de cada uma delas, como podemos ver em seu art.3º:

> Art. 3º Para os efeitos desta Lei Complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte a sociedade empresária, a sociedade simples e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que:
>
> I – no caso das microempresas, o empresário, a pessoa jurídica, ou a ela equiparada, aufira, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais);
>
> II – no caso das empresas de pequeno porte, o empresário, a pessoa jurídica, ou a ela equiparada, aufira, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais) e igual ou inferior a R$ 2.400.000,00 (dois milhões e quatrocentos mil reais).

Quanto à natureza jurídica das MEs e das EPPs, Justen Filho[7] salienta que a definição de empresário dada pelo art. 966 do Código Civil abarca tanto as pessoas físicas quanto às

[7]JUSTEN FILHO, Marçal.*O Estatuto da Microempresa e as Licitações Públicas*. São Paulo: Dialética 2007 p.30

jurídicas: “A atividade empresarial é desempenhada por um empresário, que poderá ser uma pessoa física ou jurídica.[...] Essa ponderação destina-se a evitar o equívoco de supor que somente possam ser beneficiadas pelo regime da LC 123 as pessoas jurídicas.”

Contudo, ressalta que o exercício da atividade empresarial por pessoa física demanda adoção de formalidades de regularização. Aponta entre elas a inscrição de firma individual, que nas palavras do autor, nada mais é do que o nome empresarial utilizado pelo sujeito. Destaca ainda que a firma individual não é pessoa jurídica, ainda que receba tratamento equivalente no que concerne às normas de direito tributário.

Já Gladston Mamede[8] afirma que somente a sociedade empresária, vinculada ao Registro Público de Empresas Mercantis (Junta Comercial), é titular de empresa e que somente as pessoas jurídicas podem se beneficiar do tratamento diferenciado e favorecido concedido pela LC 123/06. Salienta que o próprio legislador cuidou de sanar tal falta de precisão técnica ao indicar, ao final do art. 72 do mesmo diploma, que as microempresas e as empresas de pequeno porte deveriam ser obrigatoriamente pessoas jurídicas:

> Art. 72. As microempresas e as empresas de pequeno porte, nos termos da legislação civil, acrescentarão à sua firma ou denominação as expressões“Microempresa” ou “Empresa de Pequeno Porte”, ou suas respectivas abreviações, “ME” ou “EPP”, conforme o caso, sendo facultativa a inclusão do objeto da sociedade.

Isto porque o empresário pode ser pessoa física ou jurídica, sendo no primeiro caso denominado empresário individual e no segundo sociedade empresária. De onde presume-se que o legislador estava fazendo referência às pessoas jurídicas ao aludir às sociedades.

[8] MAMEDE, Gladston [et al.] *Comentários ao Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte*. São Paulo: Atlas, 2007, p.17

Ulhoa Coelho esclarece que os sócios da sociedade empresária não são empresários:

> "Quando pessoas (naturais) unem seus esforços para, em sociedade, ganhar dinheiro com a exploração empresarial de uma atividade econômica, elas não se tornam empresárias. A sociedade por elas constituída, uma pessoa jurídica com personalidade autônoma, sujeito de direito independente, é que será empresária para todos os efeitos legais. Os sócios da sociedade empresária são empreendedores ou investidores [...].As regras que são aplicáveis ao empresário individual não se aplicam aos sócios da sociedade empresária – émuito importante apreender isto.(COELHO, 2007,p.19-20)

1.5 A microempresa e a empresa de pequeno porte na economia nacional

É inegável a contribuição das sociedades simples ou empresárias denominadas Microempresas e das denominadas Empresas de Pequeno Porte para a economia nacional. Segundo dados do SEBRAE - Serviço Brasileiro de Apoio as Micro e Pequenas Empresas[9] - elas representam 4,633 milhões de empreendimentos ou 99,2% das empresas brasileiras. Além de responderem por 57,4% da mão-de-obra empregada formalmente e por 26,5% da massa salarial, enquanto as grandes empresas são responsáveis por 55,3% .

Atualmente estima-se que as compras governamentais, nas esferas municipais, estaduais e federal, cheguem a 260 bilhões de reias por ano. Não obstante representarem a maioria das empresas brasileiras, as MEs e as EPPs respondem por apenas 17% desse montante. Para o SEBRAE, a implementação da Lei Geral da Microempresa fará com que esse percentual suba, e atinja a casa dos 30%.

---

[9]QUICK, Bruno. Coord *Guia do Prefeito empreendedor*. Disponível em: <http://biblioteca.sebrae.com.br/bds/BDS.nsf/D6A56CED2D24D458832572C800504609/$File/NT000351EE.pdf> Acesso em : 26 set, 2009

O que equipararia o índice brasileiro ao índice de muitos países desenvolvidos, e traria para o segmento um aumento dos atuais 44 bilhões de reais em participação nas licitações do governo para, nada mais nada menos do que 78 bilhões de reais.

Já em relação a criação de empregos dados da pesquisa do SEBRAE realizada em parceria com o Ministério do Planejamento, evidenciam que com o aumento aumento da participação das sociedades exercentes de micro ou pequena atividade econômica, MEs e EPPs, devem ser gerados 971 mil empregos diretos por ano. O mais interessante é que, se as compararmos com as grandes vislumbra-se que as mesmas podem gerar 790 mil empregos a mais dos que as grandes por ano. Sem esquecer que, ainda segundo dados do SEBRAE, para cada emprego direto criado, serão criados mais dois empregos indiretos. O que é um excelente motivo para que se estimule e facilite as mesmas a participar das licitações governamentais.

Isto posto, conclui-se que o estudo dos mecânismos da implementação da Lei Complementar 123/06 e suas alterações posteriores LC 127/2007 e 128/2008, é relevante, atual e indispensável para a sua correta aplicação pelos operadores do Direito.

CAPÍTULO 2 A LICITAÇÃO E A LEGISLAÇÃO

2.1 Conceito de licitação

Para Hely Lopes Meirelles[10] licitação é o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse. Maria Sylvia Zanella Di Pietro[11] ao formular a sua definição de licitação, substitui a expressão *administração pública* por *ente público* no exercício da função administrativa e acrescenta que se destina a todos os interessados que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório.

Explica a autora que o uso da expressão *ente público no exercício da função administrativa* justifica-se uma vez que "mesmo as entidades privadas que estejam no exercício de função pública, ainda que tenham personalidade jurídica de direito privado, submetem-se à licitação." Anota ainda que as entidades da administração indireta com personalidade de direito privado, como as empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações comumente são chamadas de entidades públicas de direito privado por terem o regime comum parcialmente derrogado por normas do direito público.

2.2 Previsão Legal da Licitação

A Contituição Federal faz menção ao instituto da licitação pela primeira vez no inciso XXVII do art. 22, ao tratar da competência privativa da União para legislar sobre

[10] MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003. p.266.
[11] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 20ed. São Paulo: Atlas, 2007. p.325

normas gerais de licitação:

> Art. 22
>
> [...]
>
> XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1°, III.

Para Carlos Ayres Britto[12] normas gerais são "normas de amplitude nacional, a demandar aplicabilidade federativamente uniforme, ou homogênea, sem, contudo, fechar a possibilidade de regramento sucessivo pelos Estados, o Distrito Federal e os Municípios". Aduz o autor que tais normas gerais nada tem de molde para as demais normas, apena operam como limite negativo para a criação de normas específicas. Nas palavras do autor " Elas não podem ser contrariadas, apenas nisso se esgota sua função paramétrica."

Lopes Meirelles[13] define normas gerais como sendo aquelas que podem ser aplicáveis indistintamente às licitações e contratos da União, Estados, Municípios , Distrito Federal e Territórios, bem como de seus desmembramentos autárquicos e paraestatais. Mantida assim a faculdade de editar, nas palavras do autor, normas peculiares para suas licitações e contratos administrativos em tudo que não contrariar as normas gerais, como já vinha sendo feito na vigência do Dec.-lei 200/67, da Lei 5.456/68 e do Dec.lei 2.300/86. A fim de classificar as normas tidas como não gerais, Ayres Britto[14] acredita ser mais apropriado chamá-las de específicas, para evitar confusão com as normas suplementares.

---

[12]BRITTO, Carlos Ayres.O Perfil Constitucional da Licitação. Curitiba: ZNT, 1997, p. 17
[13]MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 265
[14] BRITTO, Carlos Ayres.O Perfil Constitucional da Licitação. Curitiba: ZNT, 1997, p. 16

Argumenta que as normas suplementares “são o contraponto de um outro modelo de normas gerais, precisamente as normas que a União emite no exercício de sua competência concorrente. Não no exercício de sua competência privativa, como é o caso da licitação.”

O instituto da licitação também pode ser encontrado no art. 37, inciso XXI da Constituição Federal, no qual são definidos, ainda que de forma abrangente, os casos em que o mesmo deve ser utilizado pelos entes públicos:

> Art. 37
>
> […]
>
> XXI - 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, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Também é objeto de licitação a prestação de serviços públicos pelo Poder Público conforme art. 175 da Constituição Federal:

> Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Com o intuito de regulamentar os dispositivos constitucionais acima transcritos, foi sancionada a Lei 8.666, em junho de 1993, que institui normas para as licitações e contratos da administração pública. Seu art. 1º remete ao art.22 da Constituição Federal ao estatuir que:

> Art. 1º Esta Lei 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.

Contudo, salienta Di Pietro[15] que o legislador federal acabou por cercear a atividade legislativa dos estados e municípios à medida que nada deixou para que decidam à respeito da licitação, nas palavras da autora: "A inconstitucionalidade é manifesta, porque nada deixa para que Estados e Municípios legislem em matéria de licitação e contrato administrativo."

Adverte que o art. 115 da Lei 8.666/93, ao conceder aos órgãos da administração competência para expedirem normas relativas aos procedimentos operacionais da licitação, não muda em nada o caráter inconstitucional do diploma legal, uma vez que atribui a estes órgãos uma competência que já detinham de editar atos normativos, regulamentos, resoluções e portarias, além de não fazer referência aos legislativos estaduais e municipais apenas trazer em seu texto a expressão *órgãos da administração*.

Apesar de embates doutrinários quanto a sua constitucionalidade, a Lei 8.666/93 continua em vigência e seu art. 2º ao inserir em seu texto as concessões, permissões e locações da Administração Pública expandiu o rol de atividades sujeitas ao processo de licitação:

> Art. 2º As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei.

---

[15] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 20ed. São Paulo: Atlas, 2007. p.328.

2.3 Princípios aplícáveis ao certame licitatório

Para José Afonso da Silva[16] os princípios na Administração Pública têm a função de orientar a ação do administrador na prática dos atos administrativos e assim garantir a boa administração. Afirma que essa só é atingida com a correta gestão dos negócios públicos, correto manejo dos recursos públicos (dinheiro, bens e serviços) e com base no interesse coletivo. Os princípios constitucionais da administração pública estão elencados no Art. 37 da Magna Carta que reza que:

> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

A Lei de Licitações, em seu art. 3º, traz outros princípios além dos enunciados na Constituição:

> Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

---

[16]SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo.* 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.p .666

2.3.1 Princípio da Legalidade

O princípio da legalidade antes de estar previsto no art. 37 supracitado está previsto no art. Art.5º, inciso II da Constituição como segue:

> Art. 5º
>
> [...]
>
> II - ninguem será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude da lei

Como se pode apreender do dispositivo citado o legislador incluiu todos no campo de ação do princípio da legalidade, tanto os particulares quanto a Administração Pública. Contudo, o mesmo princípio é aplicado de formas diferentes aos particulares e aos entes administrativos.

Alexandre de Moraes [17] esclarece que:

> [...] o administrador público somente poderá fazer o que estiver expressamente autorizado em lei e nas demais espécies normativas, inexistindo incidência de sua vontade subjetiva, pois na Administração pública só é permitido fazer o que a lei autoriza, diferentemente da esfera particular, onde será permitida a realização de tudo que a lei não proiba. (2007,.p.82)

[17] MORAES, Alexandre de.Direito *Constitucional Administrativo*.. 4ed. São Paulo:Atlas. 2007.p.82

2.3.2 Princípio da Impessoalidade

Existem duas correntes doutrinárias no que diz respeito ao princípio da impessoabilidade: a primeira isenta o agente administrativo da imputação dos atos por ele praticados por esse representar um órgão ou entidade administrativa, e a segunda o denomina também de princípio da finalidade pelo qual o administrador só pode praticar atos para um fim legal.Como representante da corrente que isenta o agente administrativo está José Afonso da Silva[18]:

> O princípio ou regra da impessoalidade da Administração Pública significa que os atos e provimentos administrativos são imputáveis não ao funcionário que os pratica mas ao órgão ou entidade administrativa em nome do qual age o funcionário. Este é um mero agente da Administração Pública, de sorte que não é ele o autor institucional do ato.(SILVA, 2007,.p.667)

Já Alexandre de Moraes e Hely Lopes Meirelles se filiam a corrente da finalidade; nas palavras de Meireles[19]:

> O princípio da impessoalidade, referido na constituição de 1988 (art. 37, §1º), nada mais é que o clássico princípio da finalidade, o qual impõe ao administrador público que só pratique o ato para seu fim legal. E o fim legal é unicamente aquele que a norma de Direito indica expressa ou virtualmnente como objetivo do ato, de forma impessoal. (2003, p.91)

---

[18] SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p.667
[19] MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.p.91

Di Pietro[20] lança mão da análise da Lei 9.784/99 que, em seu artigo 2º, parágrafo único, inciso III, põe fim a discussão ao destacar que ambas as posições definem o princípio da impessoalidade "objetividade no atendimento do interesse público,vedada a promoção pessoal de agentes e autoridades."

2.3.3 Princípio da Moralidade

O princípio da moralidade, segundo Maria Sylvia Zanella di Pietro[21], é aquele que exige da Administração comportamento não apenas lícito, mas também consoante com a moral, os bons costumes, as regras da boa administração, os princípios de justiça e de eqüidade, a idéia comum de honestidade. Salienta que na lei 8.666/93 faz-se referência ao princípio da moralidade e da probidade, isto porque moralidade ainda constitui um termo muito vago, ao passo que probidade já teve seus contornos definidos quando tratou-se de improbidade na Constituição e inclusive na lei de licitação.

2.3.4 Princípio da Publicidade

Para Hely Lopes Meireles[22] publicidade é a divulgação oficial do ato para conhecimento público e início de seus efeitos externos, ou seja perante as partes e terceiros. Afirma o autor que a publicidade não é elemento formativo do ato, sendo apenas requisito de

---

[20] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 20ed. São Paulo: Atlas, 2007. p.62
[21] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 20ed. São Paulo: Atlas, 2007.p.69
[22] MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 93

eficácia e moralidade; ao que acrescenta que, por isso, os atos irregulares não se convalidam com sua publicação.

Já a publicidade como princípio da Administração Pública consiste, na visão do autor, em toda atuação estatal, não só o aspecto de divulgação oficial de seus atos como, também de propiciação de conhecimento da conduta de seus agentes. Na licitação está presente desde os avisos de sua abertura ate o conhecimento do edital e seus anexos, o exame da documentação e das propostas pelos interessados e no fornecimento de certidões de quaisquer peças, pareceres ou decisões relacionadas.

2.3.5 Princípio da Eficiência

O princípio da eficiência foi incluido na constituição pela Emenda Constitucional nº 19 de 1998, e trouxe com ele um conceito que há muito é aplicada na administração privada: menor custo e maior benefício.

Hely Lopes Meirelles[23] define o princípio da eficiência como aquele que exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional. Aquele que exige que a função administrativa seja desempenhada com legalidade mas que, além disso, gere resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros.

Cláudio Cairo Gonçalves[24] afirma que atribuir eficiência à ação administrativa implica na adoção de procedimentos tendentes a diminuir os custos, gastos e despesas na realização das atividades com vistas ao alcance do resultado almejado.

---

[23] MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.p.96
[24] GONÇALVES, Claudio Cairo.*Contrato Administrativo*: tendências e exigências atuais. Belo Horizonte: Fórum, 2007.p.78

Alvacir Correa dos Santos[25] ao expor várias opiniões doutrinárias ressalta que eficiência não se confunde com eficácia à medida que a primeira trata dos métodos e procedimentos e a outra cuida dos resultados obtidos, que quando atingem o objetivo esperado são tidos como eficazes.

2.3.6 Princípio da vinculação ao instrumento convocatório

Encontrado nos arts. 3º; 43, inciso V; e mais explicitamente no art. 41 da lei 8.666/93, que reza que:

> Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

É considerado por Hely Lopes Meirelles[26] como princípio básico de toda licitação, cuja inobservância enseja nulidade do procedimento. Esclarece o autor que, estabelecidas as regras do certame essas não podem ser alteradas para aquela licitação durante todo o procedimento. Nas palavras do autor " se no decorrer da licitação a Administração verificar sua inviabilidade, deverá invalidá-la e reabrí-la em novos moldes, mas, enquanto vigente o edital ou o convite, não poderá desviar-se de suas prescrições, quer quanto à tramitação, quer quanto ao julgamento."

2.3.7 Princípio do julgamento objetivo

Maria Sylvia Zanella Di Pietro[27] apresenta o princípio do julgamento objetivo como um desdobramento do princípio da legalidade e da vinculação ao instrumento convocatório.

---

[25] SANTOS. Alvacir Correa dos. *Principio da Eficiência da Administração Pública*. São Paulo:LTr, 2003.p.186
[26] MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.p. 268
[27] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 20ed. São Paulo: Atlas, 2007. p.334

Encontra-se expresso no art. 45 da Lei 8.666 que reza que:

> Art. 45. O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle.

Meirelles[28] assevera que com essa previsão o legislador buscou afastar o discricionarismo na escolha da proposta vencedora e fazer com o julgadores se ativessem aos critérios objetivos prefixados pela Administração, no edital, e reduzissem assim a carga de valoração subjetiva presente em qualquer julgamento.

2.3.8 Princípio da Isonomia

Assegura a igualdade de direitos a todos os interessados em contratar, ou seja, o acesso à competição. Encontra-se expresso no art. 37, inciso XXI da Constituição e veda o estabelecimento de condições extraordinárias que impliquem em preferência em favor de determinado licitante e em detrimento dos demais.

> Art.37
>
> [...]
>
> > XXI - 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, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições

[28] MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.p.269

> efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações

Para Joel de Menezes Niebuhr [29], o princípio da isonomia é a própria causa da licitação pública, já que os contratos administrativos trazem benefícios econômicos ao contratado e como todos os interessados em ter tais benefícios econômicos devem ser tratados com igualdade por força o art. 5º da Constituição, impõe-se à Administração seguir certas formalidades para escolher com quem se deve contratar.

Di Pietro[30] afirma que o tratamento diferenciado e favorecido dado às microempresas e empresas de pequeno porte pela LC 123, não transgride o princípio da isonomia, uma vez que tal tratamento desigual resulta da própria situação desigual dessas empresas em relação a outras que não têm a mesma natureza.

Justen Filho[31] compartilha desse entendimento ao declarar que somente serão válidos os benefícios que visem dirimir as diferenças entre as micro e pequenas empresas em face das grandes. Ressalta que é incabível questionar a validade de medidas legislativas que assegurem tratamento preferencial para pequenas empresas mediante o argumento de infração à isonomia. Isto porque a Constituição já prevê em seu texto que a proteção às micro e pequenas empresas é uma forma de promover a isonomia de condições, ou seja, uma forma de compensar a desigualdade econômica da pequena empresa em face da grande.

---

[29] NIEBHUR,.Joel de Menezes. *Princípio da Isonomia na Licitação Pública.* Florianópolis: Obra Jurídica, 2000.p74

[30] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 20ed. São Paulo: Atlas, 2007. p.331-332

[31] JUSTEN FILHO, Marçal. *O Estatuto da Microempresa e as Licitações Públicas.* São Paulo: Dialética, 2007. p.20.

2.4 Modalidades de Licitação

São modaliddades de licitação: a concorrência, a tomada de preços, o convite, o concurso e o leilão previstas no art. 22 da lei de licitações. Já a modalidade pregão foi instituída com a edição da Lei 10.520 de 2002.

2.4.1 Concorrência

Segundo Hely Lopes Meirelles[32] é a modalidade designada para contratos de grande valor, sendo obrigatória nas contratações de obras, serviços e compras dentro dos limites de valor fixados pelo ato competente, que são diversos para obras e serviços de engenharia e para outros serviços e compras. Está prevista no § 2º do art. 22 da lei 8.666 como segue:

> Art.22
>
> [...]
>
> § 1 Concorrência é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução de seu objeto

Também é obrigatória sua adoção, independente do valor do contrato, na compra ou alienação de bens imóveis e na concessão de direito real de uso. O que se justifica pela

[32] MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003. p.304

vontade de que se participe o maior número de interessados possível. Adota-se também essa modalidade quando da licitação internacional em que se busca atrair interessados de outros países.

Traz ainda o autor como requisitos da concorrência: a universalidade, possibilidade de qualquer interessado participar do certame independente de registro cadastral, a ampla publicidade, a habilitação preliminar e o julgamento por Comissão.

2.4.2 Tomada de Preços

Prevista no § 2º do art. 22 da lei de licitações, a tomada de preços é a licitação organizada entre os interessados já registrados e habilitados, convocados por aviso publicado na imprensa oficial e em jornal particular que contenha as informações essenciais da licitação e o local onde pode ser conseguido o edital. Assim como a concorrênia, também é instrumento nas contratações de obras, serviços e compras dentro dos limites de valor estabelecidos em lei, e por ato administrativo competente. Os valores de seus contratos são imediatamente inferiores aos estabelecido para a concorrência.

> Art. 22
>
> [...]
>
> § 2º Tomada de preços é a modalidade de licitação entre interessados devidamente cadastrados ou que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação.

2.4.3 Convite

Previsto no § 3º do art. 22 é a única modalidade que não exige publicação do edital, uma vez que qa convocação se faz por escrito, com antecedência de 5 dia úteis, por intermedio da carta-convite. É a modalidade indicada para contratos de pequeno valor por ser a mais simples.

Necessita de um mínimo de três interessados, cadastrados ou não, escolhidos e convidados pela unidade administrativa. Contudo, pode qualquer interessado cadastrado participar do certame desde que manifeste seu interesse com até 24 horas de antecedência da apresentação das propostas.

> Art.22
>
> [...]
>
> § 3º Convite é a modalidade de licitação entre interessados do ramo pertinente ao seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de 3 (três) pela unidade administrativa, a qual afixará, em local apropriado, cópia do instrumento convocatório e o estenderá aos demais cadastrados na correspondente especialidade que manifestarem seu interesse com antecedência de até 24 (vinte e quatro) horas da apresentação das propostas.

2.4.4 Concurso

Concurso é a modalidadede licitação entre quaisquer interessados para a escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de de prêmio ou reuneração aos vencedores. Está previsto no § 4º do art. 22 como segue:

> Art.22
>
> [...]
>
> § 4º Concurso é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, conforme critérios constantes de edital publicado na imprensa oficial com antecedência mínima de 45 (quarenta e cinco) dias.

2.4.5 Leilão

Está elencado no § 5º do art. 22 e é utilizado para a alienação de bens móveis inservíveis para Administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados:

> Art.22
>
> [...]
>
> § 5º Leilão é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para a venda de bens móveis inservíveis para a administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou para a alienação de bens imóveis prevista no art. 19, a quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação.

Dispensa a habilitação à medida que o pagamento é efetuado à vista, admitindo-se o depósito prévio quando não o for. São feitos lances verbais, enquanto durar o pregão, e no final o ofertante que oferecer o maior lance, de valor igual ou superior ao avaliado previamente, arremata o objeto da licitação.

2.4.6 Pregão

Regulado pela Lei 10.520 de 2002 é a modalidade de licitação para a aquisição de bens e serviços comuns, independente do valor estimado para a contratação, em que a disputa pelo fornecimento é feita por meio de propostas e lances em sessão pública.

São considerados bens e serviços comuns, conforme art.1º, parágrafo único da referida lei, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.

2.4.7 Dispensa e inexigibildade da licitação

Os institutos da dispensa e da inexigibilidade da licitaão estão previstos na Constituição em seu art. 37, inciso XXI ao mencionar que a licitação é exigida para os contratos ali mencionados ressalvados *os casos especificados em legislação.*

Maria Sylvia Zanella di Pietro[33] salienta que a diferença entre as duas hipóteses está no fato de que , na dispensa há a possibilidade de competição que justifique a licitação, de modo que a lei faculta a dispensa, ou seja, entra na competência discricionária da Administração.

Os casos de dispensa estão previstos no art. 17, incisos I e II e no art,.24 da Lei 8.666/93. Por constituirem uma exceção à regra geral de licitação, os casos de dispensa não podem ser ampliados. Já os casos de inexigibilidade, previstos no art. 25 do mesmo diploma, podem ser ampliados à medida tratam da inviabilidade da competição, o que não descarta que

[33] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 20ed. São Paulo: Atlas, 2007. p.339

surja uma nova hipótese que a obste.

2.5 Do Procedimento Licitatório

O procedimento licitatório divide-se em duas fase: a interna e a externa. A interna consiste nos atos que definem a necessidade e o objeto da licitação, bem como os recursos disponíveis para tanto. Está prevista no art.38 da lei 8.666/93 que reza que:

> Art. 38. O procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa, e ao qual serão juntados oportunamente:

Já a fase externa da licitação é o seu lançamento para o público em geral, através de seu edital ou convite. Nele a Administração chama os interessados a participar da licitação para que tomem parte na habilitação, classificação, julgamento, homologação e adjudicação.

Ressalte-se que existem ocasiões em que o valor estimado do contrato ultrapassa o limite de cem vezes o estipulado para a concorrência, o que exige nesse caso, que se proceda uma audiência pública antes da divulgação do edital.

Edital é o instrumento convocatório através do qual a Administrção divulga a abertura da concorrência, fixa os requisitos para a participação, define objeto e as condições básicas do contrato e convida todos os interessados para que apresentem suas propostas. Vincula a todos: a Administração e aos licitantes. Segundo Di Pietro[34] mais do que a lei da

---

[34] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 20ed. São Paulo: Atlas, 2007. p.360

licitação é preferível denominá-la como a lei da licitação e do contrato, pois o que nele estiver contido deve ser rigorosamente cumprido sob pena de nulidade.

Com a abertura dos envelopes contendo a documentação dos participantes do certame licitatório tem início a segunda fase da licitação: a habilitação. Abrem-se somente os envelopes contendo os documentos exigidos no art. 27 da lei 8.666/93 que são aqueles que tratam da habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira, regularidade fiscal e cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição. Essa última exigência, inserida pela lei 9.854/99, visa impedir que participem de licitações empresas que descumpram a proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito anos e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo sob condição de aprendiz, a partir dos quatorze anos.

Saliente-se que em qualquer modalidade de licitação, o certificado de registro cadastral, previsto no art. 36, § 1º, substitui os documentos necessários à habilitação quanto às informações disponibilizadas em sistema informatizado de consulta direta indicado no edital, Di Pietro[35] afirma que a parte é obrigada a declarar qualquer, sob as penalidades legais, a superveniência de fato impeditivo da habilitação.

Na terceira fase do procedimento tem-se a abertura dos envelopes com as propostas, em público, dos participantes habilitados. É o momento no qual a Administração fará o julgamento das propostas, classificando-as de acordo com critérios já previstos no edital. Critérios esses utilizados para escolher a proposta mais vantajosa para a Administração e que podem ser de três tipos: menor preço, melhor técnica e técnica e preço. O mais utilizado pela administração é o de menor preço, devido ao seu caráter objetivo de julgamento.

[35] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 20ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 363

Por fim vem a aprovação do procedimento, com a análise dos atos que o integram, pela autoridade superior: a homologação. Se o procedimento estiver em ordem, será homologado se não, se existir algum vício de legalidade, a autoridade o anulará ou determinará seu saneamento.

Contudo, o ato final do procedimento é o ato da adjudicação, que consiste no ato da Administração atribuir ao vencedor o objeto da licitação. Di Pietr[36] ressalta que a adjudicação não se confunde com a celebração do contrato, visto que é ato declaratório que antecede a convocação do vencedor para a assinatura do contrato.

[36] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 20ed. São Paulo: Atlas, 2007. p.370

CAPITULO 3 – A LEI GERAL DA MICROEMPRESA E AS LICITAÇÕES

3.1 Da experiência legislativa estrangeira

O Brasil não é o primeiro país a implementar uma política de incentivo às microempresas e empresas de pequeno porte. Segundo Gladston Mamede[37] os Estados Unidos foi o primeiro país que, em 1953, com o intuito de fomentar os pequenos negócios, *small business*, editou a Lei de Apoio às Pequenas Empresas, *o Small Business Act*, que vige até hoje com algumas poucas alterações.

Políticas semelhantes também foram adotadas pelo Japão do pós-guerra, em 1948, com sua Agência da Pequena e Média Empresa, e mais tarde, já na década de oitenta, países como a França, Alemanha e Itália passaram a integrar o grupo de paises que aposta na proteção às microempresas como forma de crescimento econômico e social.

A grande diferença que se nota entre tais políticas e a implantada no Brasil reside na definição de microempresa. No Brasil as microempreseas e empresas de pequeno porte são assim denominadas em virtude de sua receita anual. Já nos países acima citados o enquadramento se dá pelo número de empregados. Nos Estados Unidos, na Alemanha e na França para ser classificada como microempresa é preciso ter menos de 500 empregados e no Japão menos de 300.

No Brasil, com a implementação da LC 123/06, optou-se pelo critério da aferição de receita anual, sendo classificadas como microempresas as que aufiram até R$ 240.000,00 e como pequenas empresas as que aufiram entre R$ 240.000,00 e R$ 2.400.000,00.

---

[37] MAMEDE, Gladston [et al.] *Comentários ao Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte.* São Paulo: Atlas, 2007, p.272

Cabe ressaltar que, com o advento da Lei 11.488/07, art. 34 as cooperativas que aufiram até o limite do inciso II do art. 3º da LC 123/06 foram equiparadas às microempresas e empresas de pequeno porte no que tange às licitações.

3.2 Da técnica legislativa adotada

O tratamento favorecido e diferenciado dispensado àquele que exerce atividade definida como micro ou pequena empresa expresso na Lei Geral da Microempresa nada mais é do que a positivação de um preceito constitucional encontrado em seu título VII, que trata Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica, no art. 170, inciso IX e no art. 179 como segue:

> 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.

> Art. 179. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.

Marçal Justen Filho[38] explica que essa previsão constitucional é uma tentativa de fazer com que a ordem jurídica proteja e compense os economicamente hipossuficientes. Salienta que essas providências não se fazem somente no interesse individual de seus titulares, mas também na promoção de interesses coletivos e difusos ao ampliar a competição e a minimizar os efeitos indesejáveis de monopólios e oligopólios.

Quanto à escolha do legislador pelo uso de lei complementar e não por lei ordinária explica-se pela diversidade de assuntos que se buscava disciplinar com a edição do Estatuto Nacional da Microempresa, com dispositivos de direito tributário, trabalhista, previdenciário e administrativo. Como as normas de caráter tributário - por imposição constitucional – devem ser objeto exclusivamente de lei complementar, optou-se pelo seu uso.Tal obrigatoriedade encontra-se elencada no art. 146 da Constituição :

> Art. 146. Cabe à lei complementar:
>
> [...]
>
> d) definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, inclusive regimes especiais ou simplificados no caso do imposto previsto no art. 155, II, das contribuições previstas no art. 195, I e §§ 12 e 13, e
>
> da contribuição a que se refere o art. 239.

Contudo, Justen Filho avalia que, apesar da exigência de determinação constitucional expressa parao uso de lei complementar, essa não atribui a ela hierarquia superior a lei ordinária. Afirma que ambas, lei ordinária e lei complementar, divergem apenas no quorum

[38] JUSTEN FILHO, Marçal. *O Estatuto da Microempresa e as Licitações Públicas.* São Paulo: Dialética, 2007. p.20

de aprovação (que para leis complementares é exigida maioria absoluta e para ordinária maioria relativa). Destaca ainda que, quanto ao quórum, a aprovação de uma lei ordinária por maioria absoluta não acresce nenhum efeito jurídico diferenciado para a mesma. Salienta que não é inválido que uma lei complementar veicule normas próprias de lei ordinária, que, embora contidas formalmente numa lei complementar são classificadas como ordinárias. Sobre a prevalência das normas de licitação contidas na LC 123/06 comenta o autor:

> [...] as normas de licitação contidas na LC 123 apresentam natureza de lei ordinária e sua prevalência em face das regras da Lei nº8.666 derivaria do princípio da posteridade ("a lei posterior revoga a anterior") não em vista do princípio da superioridade ("lei superior prevalece sobre a inferior) nem o da especialidade ("a lei complementar prevalece sobre a lei ordinária, em matéria a ela reservada constitucionalmente").(JUSTEN FILHO, 2007.p.17-18)

Com vistas a corroborar sua posição doutrinária quanto à inexistência de hierarquia entre as normas complementares e ordinárias, cita orientação do Supremo Tribunal Federal-STF:

> Informativo 436 (RE 381.964) "o min. Gilmar Mendes, relator, negou provimento aos recursos, por entender legpitima a revogação. Considerou a orientação fixada pelo STF no julgamento da ADC 1/DF (DJU de 16.06.95), no sentido de que: a) inexiste hierarquia constitucional entre lei complementar e lei ordinária, espécies normativas formalmente distintasexclusivamente tendo em vista matéria eventualmente reservada à primeira pela própria CF"(JUSTEN FILHO, 2007.p.13)

3.3 Do tratamento privilegiado e diferenciado

Como já mencionado anteriormente a LC 123/06, Estatuto Nacional da Microempresa, traz em seu Capítulo V - Do Acesso aos Mercados - proposições referentes ao regime diferenciado e favorcido concedido às sociedades civis e/ou empresariais que exerçam atividades microempresariais - MEs, ou atividades empresariais de pequeno porte - EPPs e às cooperativas no que se refere à sua participação em aquisições públicas mediante processo de licitação.

O regime diferenciado e favorecido consiste em: regime distinto quanto à regularidade fiscal; preferência de contratação em caso de empate e de empate ficto; possibilidade de emissão de cédula de crédito microempresarial, licitações específicas para MEs e EPPs (até o limite de R$ 80.000,00), exigência que licitantes subcontratatem MEs ou EPPs e o estabelecimento de cota de até 25% do objeto para contratação de MEs ou EPPs em caso de objeto divisível.

Cabe lembrar que, para que possam usufruir dos benefícios mencionados acima, as MEs e EPPs precisam preencher certos requisitos para que sejam assim enquadradas, nos moldes do seu art. 3º incisos I e II da LC 123, que define como microempresa “o empresário, a pessoa jurídica, ou a ela equiparada, aufira, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R$ 240.000,00” e como empresa de pequeno porte “o empresário, a pessoa jurídica, ou a ela equiparada, aufira, em cada ano-calendário, receita bruta superior a ou a pessoa jurdica a ela equiparada, que aufira receita bruta anual superior a R$ 240.000,00 e igual ou inferior a R$ 2.400.000,00.”

Importante ressaltar que a participação das cooperativas em certames licitatótios, antes polêmica devido a não submissão ao pagamento de certos tributos, agora foi

normatizada com a implementação da Lei 11.488 de 2007. Essa lei atribuiu às cooperativas os mesmos benefícios concedidos às microempresas e às empresas de pequeno porte.

> Art. 34. Aplica-se às sociedades cooperativas que tenham auferido, no ano-calendário anterior, receita bruta até o limite definido no inciso II do caput do art. 3º da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, nela incluídos os atos cooperados e não-cooperados, o disposto nos Capítulos V a X, na Seção IV do Capítulo XI, e no Capítulo XII da referida Lei Complementar.

Sociedade cooperativa, segundo Jorge Shiguemitsu Fujita[39], é uma sociedade simples, em que as pessoas reciprocamente se obrigam a contribuir com bens ou serviços, para o exercício de uma atividade econômica, de proveito comum a todas elas, sem fito de lucro.

O legislador no art. 72 da LC 123 ressalta que a condição de microempresa ou empresa de pequeno porte deve-se traduzir na própria edição redação do nome empresarial:

> Art. 72. As microempresas e as empresas de pequeno porte, nos termos da legislação civil, acrescentarão à sua firma ou denominação as expressões “Microempresa” ou “Empresa de Pequeno Porte”, ou suas respectivas abreviações, “ME” ou “EPP”, conforme o caso, sendo facultativa a inclusão do objeto da sociedade.

Marçal Justen Filho[40] afirma que, diante dessa obrigatoriedade de incluir ME ou EPP no nome empresarial, deduz-se que ao extrapolar os limites de receita permitidos por ano deve

---

HERKENHOFF, Henrique Geaquinto, Coord. *Direito de Empresas*. São Paulo:Revista dos Tribunais, 2008, p.128

[40] JUSTEN FILHO, Marçal. *O Estatuto da Microempresa e as Licitações Públicas*. São Paulo: Dialética, 2007. p.30

ser alterado o nome empresarial para que terceiros não se confundam.

Aduz ainda que essa prática deve ser adotada também quando deixar de existir um dos requisitos que a qualificam como ME ou EPP. Além da alteração do nome empresarial, quando do extrapolamento do teto de receita bruta anual permitido pela LC 123, fica a empresa de pequeno porte impedida de usufruir dos benefícios dessa lei no ano seguinte, conforme § 9 do art. 3º

> Art.3º
>
> [...]
>
> § 9º A empresa de pequeno porte que, no ano-calendário, exceder o limite de receita bruta anual previsto no inciso II do caput deste artigo fica excluída, no ano-calendário seguinte, do regime diferenciado e favorecido previsto por esta Lei Complementar para todos os efeitos legais.

3.3.1 Das vedações ao enquadramento como ME ou EPP

Com o intuito de evitar que grandes sociedades empresariais utilizem-se de artifícios para burlar o limite máximo de receita auferida por ano e possam assim usufruir do regime dispensado às MEs e EPPs pela LC 123, o legislador previu algumas vedações para além da receita auferida, elencados nos dez incisos do § 4º do art. 3º do mesmo diploma.

Gladston Mamede [41] destaca que o §4º do art. 3º obsta o acesso aos benefícios da LC 123 em seus incisos a pessoa jurídica: “I - de cujo capital participe outra pessoa jurídica”, e “II -que seja filial, sucursal, agência ou representação, no País” Para o autor com o inciso I o

[41] MAMEDE, Gladston [et al.] *Comentários ao Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte.* São Paulo: Atlas, 2007, p.28-29

legislador quis assegurar que a sociedade tenha somente sócios naturais (pessoas físicas), sendo indiferente tratar-se de nacional ou estrangeiro. A simples existência de pessoa jurídica como sócio inviabilizaria a inclusão no regime diferenciado e favorecido instituido pela LC 123. Acresce ainda que é indiferente a natureza jurídica dessa pessoa jurídica: associação, sociedade (simples ou empresária), fundação ou mesmo pessoa jurídica de Direito Público.

Em relação ao inciso II, o autor lembra que não existe impedimento para que uma sociedade estrangeira seja qualificada como microempresa ou empresa de pequeno porte, desde que nacionalizada nos moldes do Código Civil (com a transferência de sua sede e autorização do Poder Executivo, conforme art. 1.141) e que atenda também aos demais requisitos da LC 123 para tanto.

Justen Filho[42] ressalva que não se trata de qualificar como ilícita a participação de uma pessoa jurídica no capital de outra pessoa jurídica, que o dispositivo simplesmente desqualifica, nessas hipóteses, a fruição dos benefícios reservados às micro e pequenas empresas.

Já os incisos III e IV tem em comum o tratamento jurídico que impões o somatório do valor da receita bruta da pessoa jurídica e de seus sócios (ou de pessoas jurídicas de que participem seus sócios) para fins de enquadramento no referido regime de benefícios. O inciso III trata de duas empresas sujeitas ao mesmo regime da LC 123, MEs ou EPPs. Já o inciso IV remete a uma situação em que apenas uma delas pretende submeter-se a esse regime.

Justen Filho [43] alude que o objetivo da vedação do inciso III, que é o de tentar evitar que, ultrapassado o teto para a receita bruta (o que conduziria à desqualificação da entidade

[42] JUSTEN FILHO, Marçal. *O Estatuto da Microempresa e as Licitações Públicas.* São Paulo: Dialética, 2007. p.32
[43] JUSTEN FILHO, Marçal. *O Estatuto da Microempresa e as Licitações Públicas.* São Paulo: Dialética, 2007. p.33

para receber benefícios) o interessado promova a dissociação das atividades entre diversos sujeitos. Sintetiza que "o que se busca é evitar que a sociedade de cujo sócio pessoa física é qualificado como beneficiário do regime de pequena empresa, também faça jus a benefícios equivalentes (quando receita bruta superar o limite.)"

O que não impede, segundo Mamede[44], que um empresário tenha sua atividade qualificada como microempresa ou empresa de pequeno porte e seja, simultaneamente, sócio de uma sociedade simples ou empresária. Mesmo que essa sociedade também seja qualificada como ME ou EPP. Desde que ambas as atividades negociais não superem, quando somadas as suas receitas, o teto de R$ 2,4 milhões de reais.

O inciso IV apresenta situação similar ao prever a desqualificação para o benefício quando o titular ou sócio participar com mais de 10% (dez por cento) do capital de outra empresa não beneficiada pela LC 123, desde que a receita bruta supere o limite previsto.

O inciso V também disciplina uma hipótese de somatório de receita, ao estabelecer que é vedado o acesso ao regime diferenciado e favorecido à pessoa jurídica "cujo sócio ou titular seja administrador ou equiparado de outra pessoa jurídica com fins lucrativos, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite que trata o inciso II do caput deste artigo". Justen Filho[45] esclarece que por administrador ou equiparado o legislador quis indicar os exercentes de função de gerência das sociedades. Salienta que o inciso em questão faz referência unicamente à sociedade com fins lucrativos, e que é irrelevante o desempenho de administrador de associações civis sem fins lucrativos e de fundações.

Também não podem ser enquadradas como MEs e EPPs as pessoas jurídicas que: participem do capital de outra pessoa jurídica; aquelas remanescentes de cisão ou qualquer

---

[44] MAMEDE, Gladston [et al.] *Comentários ao Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte*. São Paulo: Atlas, 2007, p.29

[45] JUSTEN FILHO, Marçal. *O Estatuto da Microempresa e as Licitações Públicas.* São Paulo: Dialética, 2007. p.34

outra forma de desmembramento de pessoa jurídica que tenha ocorrido em um dos 5 (cinco)

anos-calendário anteriores; aquelas que exerçam atividade de banco comercial, de investimentos e de desenvolvimento, de caixa econômica, de sociedade de crédito, financiamento e investimento ou de crédito imobiliário, de corretora ou de distribuidora de títulos, valores mobiliários e câmbio, de empresa de arrendamento mercantil, de seguros privados e de capitalização ou de previdência complementar; que exerça atividade de banco comercial, de investimentos e de desenvolvimento, de caixa econômica, de sociedade de crédito, financiamento e investimento ou de crédito imobiliário, de corretora ou de distribuidora de títulos, valores mobiliários e câmbio, de empresa

de arrendamento mercantil, de seguros privados e de capitalização ou de previdência complementar; e aquelas constituidas constituída sob a forma de sociedade por ações.

3.3.2 Da comprovação da regularidade fiscal

A LC 123, em seu art. 42, prevê que das microempresas e das empresas de pequeno porte será exigida a comprovação da regularidade fiscal no ato da assinatura do contrato. Isto é, num momento posterior ao da habilitação, quando é exigida a apresentação dos documentos dos demais licitantes.

> Art. 42. Nas licitações públicas, a comprovação de regularidade fiscal das microempresas e empresas de pequeno porte somente será exigida para efeito de assinatura do contrato.

Irene Patricia Nohara[46] salienta que regularidade é diferente de quitação. Já que a primeira significa ausência de débitos e a segunda pode abranger a existência de débito consentido e sob controle do credor. Ou seja, pode ser considerada regular na situação de parcelamento de débito fiscal ou mesmo qualquer outra causa de suspensão de exigibilidade do crédito tributário encontrada no art. 151 do Código Tributário Nacional, CTN : como a moratória, o depósito de seu montante integral, as reclamaçõs e os recursos, nos termos das leis reguladoras; a concessão de liminar em mandado de segurança; a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial e o parcelamento.

A prova das quitação dos tributos é feita por meio de certidão negativa de débito, expedida à requerimento do interessado, conforme art. 205 do CTN. Já nos casos em que se quer comprovar a regularidade e não a quitação, demanda-se a expedição de certidão positiva com efeitos de negativa, nos termos do art. 206 do CTN que reza que "tem os mesmos efeitos previstos no artigo anterior a certidão de que conste a existência de créditos não vencidos, em curso de cobrança executiva em que tenha sido efetivada a penhora, ou cuja exexigibilidade esteja suspensa."

Marçal Justen Filho[47] acrescenta que o art. 42 não dispensa o licitante de apresentar toda a documentação exigida logo na fase de habilitação. Diz o autor que isso fica claro ao se ler o art. 42 em conjunto com o art. 43, que deve ser apresentada toda a documentação logo do início do certame, mas havendo alguma restrição, o licitante não será excluído. Terá prazo de dois dias, a contar da sua comunicação do resultado da licitação, que podem ser prorrogados por mais dois, ou a critério da Administração, para suprir tal falta sob pena de exclusão.

---

[46] MAMEDE, Gladston [et al.] *Comentários ao Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte.* São Paulo: Atlas, 2007, p.282

[47] JUSTEN FILHO, Marçal. *O Estatuto da Microempresa e as Licitações Públicas.* São Paulo: Dialética, 2007. p.42

> Art. 43. As microempresas e empresas de pequeno porte, por ocasião da participação em certames licitatórios, deverão apresentar toda a documentação exigida para efeito de comprovação de regularidade fiscal, mesmo que esta apresente alguma restrição.
>
> § 1º Havendo alguma restrição na comprovação da regularidade fiscal, será assegurado o prazo de 2 (dois) dias úteis, cujo termo inicial corresponderá ao momento em que o proponente for declarado o vencedor do certame, prorrogáveis por igual período, a critério da Administração Pública, para a regularização da documentação, pagamento ou parcelamento do débito, e emissão de eventuais certidões negativas ou positivas com efeito de certidão negativa.

Justen Filho[48] esclarece que o momento em que a ME ou EPP de apresentar documento de regularização fazendária é logo depois da adjudicação do objeto e da homologação, quando já estaria exaurida a fase de recursos e consolidada a classificação definitiva. Explica então o autor que, no art.43, § 2º fala-se em *decadência do direito à contratação*, direito esse que só pode existir depois de findo o certame licitatório, ou seja, depois de já promovidas a homologação e adjudicação por autoridade superior.

> Art.43
>
> [...]
>
> § 2 A não-regularização da documentação, no prazo previsto no § 1o deste artigo, implicará decadência do direito à contratação, sem prejuízo das sanções previstas no art. 81 da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, sendo facultado à Administração convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para a assinatura

[48] JUSTEN FILHO, Marçal. *O Estatuto da Microempresa e as Licitações Públicas.* São Paulo: Dialética, 2007. p.45

> do contrato, ou revogar a licitação.

Para o autor, isso muda as etapas da licitação previstas na Lei 8.666/93, uma vez que permitiria que fossem realizados atos após a licitação encerrada: “(...) a licitação se encerra, mas continua com um ato decisório posterior, destinado a verificar o suprimento de defeitos apurados anteriormente.”

Há que se fazer uma ressalva quanto à fruição do benefício de apresentação de regularidade fazendária posteriormente quando se tratar da modalidade pregão. Isto porque, de acordo com o art. 4º , inciso VII da Lei 10.520/02 depois de realizado o credenciamento, os licitantes devem entregar ao pregoeiro uma declaração de que cumprem todos os requisitos de habilitação;

> Art. 4º
>
> [...]
>
> VII - aberta a sessão, os interessados ou seus representantes, apresentarão declaração dando ciência de que cumprem plenamente os requisitos de habilitação e entregarão os envelopes contendo a indicação do objeto e do preço oferecidos, procedendo-se à sua imediata abertura e à verificação da conformidade das propostas com os requisitos estabelecidos no instrumento convocatório;

Sendo assim, as microempresas e empresas de pequeno porte devem fazer tal declaração, mas opor reserva quanto à regularidade fiscal, aludindo na mesma os arts. 42 e 43 da LC 123 e firmando compromisso de que, se vencedora do certame, promoverá a regularização.

Justen Filho[49] aponta que, segundo o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal os requisitos de habilitação deverão ser os mínimos possíveis, apenas legitimando aqueles que sejam necessários à garantia dos interesses da Administração Pública. Sendo assim, argúi que se é possível reduzir a exigência para um licitante, uma vez que não intefere nos interesses da Administração a sua flexibilização, deve-se reduzir tal exigência para os demais também. Sob pena de criar dois regimes jurpidicos distintos para a habilitação:

> Em suma, se a idoneidade do licitante não é afetada pela existência de dívida azendária na data da apresentação dos documentos (ou na data de seu exame) , essa solução
>
> jurídica deve ser generalizada para todos os licitantes. (JUSTEN FILHO, 2007.p. 56)

Por fim, se não for comprovada dentro do prazo a regularidade fiscal, fica facultado à Administração convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para a assinatura do contrato, ou revogar a licitação.

3.3.3 Do empate e do empate ficto

Por empate entende-se duas ou mais propostas com o mesmo valor. Porém o legislador previu também a figura do empate ficto, que nos termos da LC 123, consiste em considerar como empate a situação em que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam até 10% superiores à proposta mais bem qualificada. Sendo,

[49] JUSTEN FILHO, Marçal. *O Estatuto da Microempresa e as Licitações Públicas.* São Paulo: Dialética, 2007. p.56

na modalidade pregão considerado empate ficto proposta até 5% superior à proposta vencedora.

> Art. 44. Nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte.
>
> § 1º Entende-se por empate aquelas situações em que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 10% (dez por cento) superiores à proposta mais bem classificada.
>
> § 2º Na modalidade de pregão, o intervalo percentual estabelecido no § 1o deste artigo será de até 5% (cinco por cento) superior ao melhor preço.

Nohara entende, assim como Marçal Justen Filho, que esse mecanismo, disposto nos arts. 44 e 45, não é aplicável a todos os tipos de licitação, devendo restringir-se àquelas de menor preço. Isto porque nas licitações dos tipos melhor técnica e técnica e preço a Administração Pública não avalia unicamente o critério econômico mas também o técnico para escoher a melhor proposta.

Sobre a participação de microempresas e de empresas de pequeno porte na modalidade pregão, Nohara[50] explica que somente será aplicado o favorecimento na etapa dos lances verbais. Ou seja, depois de selecionada a melhor proposta cumpre ao pregoeiro e a sua equipe de apoio verificar se houve um lance de pequena empresa que seja até 5% superior à melhor proposta, sendo - lhe facultado, no prazo de cinco minutos, sob pena de preclusão, após o encerramento dos lances, oferecer lance inferior e vencer a licitação conforme art. 45, § 3º do mesmo diploma.

---

[50] MAMEDE, Gladston [et al.] Comentários ao Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte. São Paulo: Atlas, 2007, p.297.

Logo, quis o legislador com o instituto do empate ficto permitir que a micro ou pequena empresa melhore sua proposta, conforme procedimento elencado no art. 45 e seus incisos:

> Art. 45. Para efeito do disposto no art. 44 desta Lei Complementar, ocorrendo o empate, proceder-se-á da seguinte forma:
>
> I – a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada poderá apresentar proposta de preço inferior àquela considerada vencedora do certame, situação em que será adjudicado em seu favor o objeto licitado;
>
> II – não ocorrendo a contratação da microempresa ou empresa de pequeno porte, na forma do inciso I do caput deste artigo, serão convocadas as remanescentes que porventura se enquadrem na hipótese dos §§ 1º e 2º do art. 44 desta Lei Complementar, na ordem classificatória, para o exercício do mesmo direito;
>
> III no caso de equivalência dos valores apresentados pelas microempresas e empresas de pequeno porte que se encontrem nos intervalos estabelecidos nos §§ 1º e 2º do art. 44 desta Lei Complementar, será realizado sorteio entre elas para que se identifique aquela que primeiro poderá apresentar melhor oferta.

Nohara esclarece ainda que essa faculdade é dada somente às micro e pequenas empresas que se encontram na faixa considerada de empate ficto e que elas a exercem, uma de cada vez, em ordem de classificação, pois em caso de propostas iguais ocorrerá o sorteio entre elas para que se defina quem poderá primeiro apresentar a melhor oferta.

O que o legislador já havia feito anteriormente, quando da edição da lei 8.666/93 ao tratar da licitação do tipo melhor técnica, conforme art. 46,§1º, II e III:

> Art. 46.
>
> [...]
>
> § 1º Nas licitações do tipo "melhor técnica" será adotado o seguinte procedimento claramente explicitado no instrumento convocatório, o qual fixará o preço máximo que a Administração se propõe a pagar:
>
> I - serão abertos os envelopes contendo as propostas técnicas exclusivamente dos licitantes previamente qualificados e feita então a avaliação e classificação destas propostas de acordo com os critérios pertinentes e adequados ao objeto licitado, definidos com clareza e objetividade no instrumento convocatório e que considerem a capacitação e a experiência do proponente, a qualidade técnica da proposta, compreendendo metodologia, organização, tecnologias e recursos materiais a serem utilizados nos trabalhos, e a qualificação das equipes técnicas a serem mobilizadas para a sua execução;
>
> II - uma vez classificadas as propostas técnicas, proceder-se-á à abertura das propostas de preço dos licitantes que tenham atingido a valorização mínima estabelecida no instrumento convocatório e à negociação das condições propostas, com a proponente melhor classificada, com base nos orçamentos detalhados apresentados e respectivos preços unitários e tendo como referência o limite representado pela proposta de menor preço entre os licitantes que obtiveram a valorização mínima;
>
> III - no caso de impasse na negociação anterior, procedimento idêntico será adotado, sucessivamente, com os demais proponentes, pela ordem de classificação, até a consecução de acordo para a contratação;

Sem esquecer da possibilidade de todos os licitantes oferecerem novas proposta no caso de licitação fracassada, na qual todos os licitantes foram inabilitados ou todas as propostas foram desclassificadas, conforme art.48, §3º da Lei 8.666/93.

> Art. 48
>
> [...]
>
> § 3º Quando todos os licitantes forem inabilitados ou todas as propostas forem desclassificadas, a administração poderá fixar aos licitantes o prazo de oito dias úteis para a apresentação de nova documentação ou de outras propostas escoimadas das causas referidas neste artigo, facultada, no caso de convite, a redução deste prazo para três dias úteis.

Salienta ainda a autora Irene Patrícia Nohara[51] que, com a possibilidade da microempresa ou empresa de pequeno porte melhor qualificada dentro do empate ficto saber o valor da proposta vencedora antes de fazer sua nova proposta possibilita que ela reduza somente o mínimo necessário para que assegure sua vitória, fazendo assim com que a Administração Pública não consiga os melhores contratos possíveis.

3.3.4 Da cédula de crédito microempresarial

Um dos problemas enfrentados pelos pequenos empresários ao contratar com a Administração reside na demora dessa em adimplí-los. Isto porque diante do contrato o empresário, como ressalta Irene Patrícia Nohara[52], não tem como recusar-se a entregar mercadoria nem cancelar o empenho devido a natureza do contrato com a Administração. O máximo que se podia fazer, até a edição da LC123, era tomar alguma medida mas só depois de decorridos 90 dias do atraso do pagamento pela Administração com fulcro no art. 78 da lei

[51] MAMEDE, Gladston [et al.] *Comentários ao Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte*. São Paulo: Atlas, 2007, p298.
[52] MAMEDE, Gladston [et al.] *Comentários ao Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte*. São Paulo: Atlas, 2007, p.299

8.666/93, lei de licitação:

> Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:
>
> [...]
>
> XV - o atraso superior a 90 (noventa) dias dos pagamentos devidos pela Administração decorrentes de obras, serviços ou fornecimento, ou parcelas destes, já recebidos ou executados, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, assegurado ao contratado o direito de optar pela suspensão do cumprimento de suas obrigações até que seja normalizada a situação;

Ciente dessa situação, e do desinteresse que ela gera nos micro e pequenos empresários em contratar com a Administração Pública (pois esses não tinham como arcar com esse ônus) o legislador previu no art. 46 da LC 123/06 a figura da cédula de crédito microempresarial:

> Art. 46. A microempresa e a empresa de pequeno porte titular de direitos creditórios decorrentes de empenhos liquidados por órgãos e entidades da União, Estados, Distrito Federal e Município não pagos em até 30 (trinta) dias contados da data de liquidação poderão emitir cédula de crédito microempresarial.
>
> Parágrafo único. A cédula de crédito microempresarial é título de crédito regido, subsidiariamente, pela legislação prevista para as cédulas de crédito comercial, tendo como lastro o empenho do poder público, cabendo ao Poder Executivo sua regulamentação no prazo de 180 (cento e oitenta) dias a contar da publicação desta Lei Complementar.

Trata-se de título executivo extra-judicial, assim seu sacador ou quem com ele tenha negociado o papel, mediante o endosso, poderá mover ação de execução de título extra-judicial contra o Estado, ou seja não necessita de uma prévia ação de conhecimento.

Contudo, Nohara[53] ressalta que essa regra não tem aplicabilidade imediata, pois cabe ao Poder Executivo a sua regulamentação.

3.3.5 Das licitações diferenciadas

Nohara[54] afirma que o intuito do legislador ao redigir o art. 47 a LC 123/06 foi incentivar os demais entes federativos a legislar, por intermédio de normas específicas, sobre um tratamento diferenciado e simplificado para as micro e pequenas empresas.

> Art. 47. Nas contratações públicas da União, dos Estados e dos Municípios, poderá ser concedido tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte objetivando 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, desde que previsto e regulamentado na legislação do respectivo ente.

Marçal Justen Filho[55] questiona a constitucionalidade e a finalidade da criação das licitações diferenciadas, da forma como estão previstas nos arts. 48 e 49 da LC123/06. O autor afirma que com a criação de um certame exclusivo para microempesas, o Estado incorreu num grave desvio de finalidade. Argumenta que a finalidade dos arts. 47 e 48 não é o

---

[53] MAMEDE, Gladston [et al.] *Comentários ao Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte*. São Paulo: Atlas, 2007, p.300

[54] MAMEDE, Gladston [et al.] *Comentários ao Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte*. São Paulo: Atlas, 2007, p.301

[55] JUSTEN FILHO, Marçal. *O Estatuto da Microempresa e as Licitações Públicas*. São Paulo: Dialética, 2007. p.81-83

fomento à microatividade, mas sim outros, como desenvolvimento econômico e social, a ampliação da eficácia das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica. O que, sob o ponto de vista do autor, gerou uma incompatibilidade entre os meios utilizados e os fins buscados.

Assevera que somente são válidos os benefícios que tenham por objetivo dirimir as diferenças entre as micro e pequenas empresas em face das grandes, ou seja, assegurar a isonomia constitucional. Destaca que ao criar o dispositivo de contratação privilegiada para as MEs e EPPs o Poder Público não agiu de forma a atenuar as exigências do certame licitatório, mas sim feriu o princípio da proporcionalidade e o instituto está eivado de inconstitucionalidade. Nas palavras do autor:

> Não se admite que a Administração Pública produza liberalidades na transferência de recursos para entidades privadas, visando pura e simplesmente a distribuição de riqueza.
>
> Transferir dinheiro do Estado para entidade privada (seja ela microempresa, empresa de pequeno porte ou macroempresa) somente é admissível quando se configurar a exist^ncia de benefícios ao interesss coletivos. (...) Essa solução corresponderia à destruiçãoda função do contrato administrativo. Não se trataria de *função social*, mas de *abuso de poder* por parte do Estado. (JUSTEN FILHO, 2007.p. 83)

Apesar da polêmica em torno da constitucionalidade ou não de tais licitações diferenciadas, em 5 de setembro de 2007 foi instituído o Decreto nº 6.204 que veio regulamentar o tratamento favorecido, diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte nas contratações públicas de bens, serviços e obras, no âmbito da administração pública federal.

Nesse Decreto 6.204/2007 as licitações diferenciadas, elencadas anteriormente pelo legislador nos artigos 47, 48 e 49 da LC 123/06, estão explicitadas nos artigos 6º, 7º e 8º nos

quais a Administração Pública Federal reitera a realização de processo licitatório exclusivo para MEs e EPPs - cujo valor não exceda R$ 80.000,00 (oitenta mil reais); regulamenta o instituto da subcontratação de MEs e EPPs além de operacionalizar o instituto da cota reservada às MEs e EPPs quando da licitação de aquisição de bens serviços e obras divisíveis.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não há dúvidas de que desde a sua implementação a Lei Complementar 123/06 contribuiu para o aumento da participação das sociedades civis ou empresariais que exercem atividades econômicas microempresariais e empresariais de pequeno porte tanto pelo nas compras governamentais.

Apesar da polêmica em torno da questão da lesão ao princípio da isonomia, constatou-se que a maioria dos doutrinadores consultados para o desenvolvimento deste trabalho, entre eles Marçal Justen Filho, Maria Sylvia Zanella di Pietro e Irene Patricia Nohara, aponta como acertada a opção do legislador em prever tais benefícios para as MEs e EPPs – sem esquecer que, agora com o advento da Lei 11.488/07 também foram estendidos esses benefícios para as cooperativas – com intuito de incentivar a participação das mesmas nas licitações da Administração Pública. E dessa forma, ao diminuir as diferenças de condições entre as micro, pequenas e grandes empresas promover então a isonomia.

Dos autores estudados, somente Joel de Menezes Niebuhr[56] se opôs de forma veemente à estratégia do legislador de proteger e flexibilizar requisitos para uma maior participação das MEs e EPPs nos certames licitatórios: "Licitação Pública é instrumento para a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública e ponto final. Afora isso, as normas enfeixadas na Lei Complementar nº 123/06 são péssimas, completamente equivocadas, causam perplexidade."

Marçal Justen Filho admite a implementação de tais dispositivos com vistas a dirimir as diferenças entre a grande empresa e as micro e pequenas, contudo não coaduna com as licitações diferenciadas (previstas nos arts 47, 48 e 49 do referido diploma) por acreditar que

---

[56] NIEBHUR ,Joel de Menezes. *Pregão Presencial e Eletrônico*. Curitiba: Zenite, 2008.p.30

tais dispositivos desviam a Administração de sua finalidade, que no caso do instituto da licitação é escolher sempre a proposta mais vantajosa. Diverge apenas nesse ponto, mas também vê como acertada a implementação dos demais dispositivos.

Em meio a debates às vezes doutrinários, às vezes apenas ideológicos um recente estudo do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão[57] demonstrou que a participação das MEs e EPPS nas conpras governamentais efetivamente aumentou. Segundo esse estudo, em 2005 as MES e EPPs foram responsáveis por fornecer 14% das aquisições do governo (cerca de R$ 3 bilhões de reais), enquanto que de janeiro a junho de 2008 - após a edição da LC 123/06 - as MEs e EPPS foram responsáveis pelo fornecimento de por 27% das compras de bens e serviços realizadas nesse período (ou seja, R$ 10,1 bilhões de reais).

Dada a importância na econômia brasileira, repise-se, onde as MEs e EPPs representam 4,633 milhões de empreendimentos - 99,2% das empresas brasileiras - e respondem por 57,4% da mão-de-obra empregada formalmente e por 26,5% da massa salarial, já estava na hora do legislador atentar para esse ramo da econômia e fomentar o seu crescimento e o consequente desenvolvimento social de quem delas depende.

[57] STROPPA, Christianne. *O que você pode fazer para omprar mais das micro e pequenas empresas* Disponível em: < http://www.comprasnet.gov.br/ajuda/Cartilha_MPEs_setembro2008.pdf> Acesso em : 31 set, 2009

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. *Constituição da Republica Federativa do Brasil. Disponível em:* http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm.>

_____. Lei Complementar n.º 123/06, de 14.12.06. *Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte; altera dispositivos das Leis nos 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 nos 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>

_____.Lei n.º 8.666/93, de 21.06.93. *Regulamenta o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administraçãp pública e dá outras providências.* Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>.

_____.Lei n.º 11.488/07, de 15.06.2007. *Cria o Regime Especial de Incentivos para o Desenvolvimento da Infra-Estrutura - REIDI; reduz para 24 (vinte e quatro) meses o prazo mínimo para utilização dos créditos da Contribuição para o PIS/Pasep e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS decorrentes da aquisição de edificações; amplia o prazo para pagamento de impostos e contribuições; altera a Medida Provisória no 2.158-35, de 24 de agosto de 2001, e as Leis nos 9.779, de 19 de janeiro de 1999, 8.212, de 24 de julho de 1991, 10.666, de 8 de maio de 2003, 10.637, de 30 de dezembro de 2002, 4.502, de 30 de novembro de 1964, 9.430, de 27 de dezembro de 1996, 10.426, de 24 de abril de 2002, 10.833, de 29 de dezembro de 2003, 10.892, de 13 de julho de 2004, 9.074, de 7 de julho de 1995, 9.427, de 26 de dezembro de 1996, 10.438, de 26 de abril de 2002, 10.848, de 15 de março de 2004, 10.865, de 30 de abril de 2004, 10.925, de 23 de julho de 2004, 11.196, de 21 de novembro de 2005; revoga dispositivos das Leis nos 4.502, de 30 de novembro de 1964, 9.430, de 27 de dezembro de 1996, e do Decreto-Lei no 1.593, de 21 de dezembro de 1977; e dá outras providências.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11488.htm>

BRITTO, Carlos Ayres.*O Perfil Constitucional da Licitação*. Curitiba: ZNT, 1997.

BULGARELLI, Waldirio. *Sociedades Comerciais*. 9 .ed. São Paulo: Atlas, 2000.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*: Direito de Empresa.12 ed.rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Manual de Direito Comercial*:*Direito de empresa*. São Paulo: Saraiva, 2007,

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

GONÇALVES, Claudio Cairo. *Contrato Administrativo*: tendências e exigencias atuais. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

HERKENHOFF, Henrique Geaquinto, Coord. *Direito de Empresas*. São Paulo:Revista dos Tribunais, 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal.*O Estatuto da Microempresa e as Licitações Públicas*. São Paulo: Dialética, 2007

MAMEDE, Gladston [et al.] *Comentários ao Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte.* São Paulo: Atlas, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

MORAES, Alexandre de.Direito *Constitucional Administrativo*. 4.ed. São Paulo: Atlas. 2007.

NIEBHUR ,Joel de Menezes. *Pregão Presencial e Eletrônico*. Curitiba: Zenite, 2008

_____. *Princípio da Isonomia na Licitação Pública.* Florinópolis: Obra Jurídica, 2000.

QUICK, Bruno. Coord. *Guia do Prefeito empreendedor*. Diesponível em: <http://biblioteca.sebrae.com.br/bds/BDS.nsf/D6A56CED2D24D458832572C800504609/$File/NT000351EE.pdf>

SANTOS. Alvacir Correa dos. *Principio da Eficiência da Administração Pública*. São Paulo: LTr, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo.* 29. ed . São Paulo: Malheiros, 2007.

SPINOLA, André Silva. *Oportunidades nas compras governamentais de acordo com a lei geral da MPE*. Disponível em: <http://www.ba.agenciasebrae.com.br/download_anexo.kmf?cod=js85nlhioo>

STROPPA, Christianne. *O que você pode fazer para omprar mais das micro e pequenas empresas* Disponível em: <http://www.comprasnet.gov.br/ajuda/Cartilha_MPEs_setembro2008.pdf>