

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

**A LEI COMPLEMENTAR N.º 123/2006 À LUZ DAS LICITAÇÕES
PÚBLICAS**

DIOGO MACHADO ULISSES FIGUEIREDO

Florianópolis, Santa Catarina

2009

DIOGO MACHADO ULISSES FIGUEIREDO

A LEI COMPLEMENTAR N.º 123/2006 À LUZ DAS LICITAÇÕES PÚBLICAS

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

Orientador: Prof. Dr. Luis Carlos Cancellier de Olivo

Florianópolis, Santa Catarina

2009



Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
Colegiado do Curso de Graduação em Direito

TERMO DE APROVAÇÃO

A presente monografia, intitulada **A Lei Complementar n.º 123/06 à luz das licitações públicas**, elaborada pelo acadêmico **Diogo Machado Ulisses Figueiredo** e aprovada pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota ____ (____), sendo julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no art. 9º da Portaria nº 1886/94/MEC, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução n. 003/95/CEPE.

Florianópolis, 17/12/2009.

Luis Carlos Cancellier de Olivo
Professor Orientador

Humberto Pereira Vecchio
Membro da Banca

Bruno Condini
Membro da Banca

Dedico este trabalho à minha mãe Deusenia, ao meu pai Waldermar, minha irmã Danielle, meu irmão Danilo, e meu sobrinho Matheus, os quais sempre me deram todo o amor.

Agradecimentos:

*A Deus; à minha família; ao meu orientador,
Dr. Luis Carlos Cancellier de Olivo; ao
Professor Caue Vecchia, pelos sábios
ensinamentos; ao colegas da Guedes Pinto
Advogados & Consultores, a maior escola de
advocacia que qualquer estudante pode ter;
aos meus amigos; aos professores e servidores;
ao Centro Acadêmico XI de Fevereiro no qual
passei as minhas melhores experiências da
Universidade e fiz grandes amizades; aos
colegas de faculdade pelo convívio harmonioso
nesses cinco anos que se passaram.*

“Eis que não pede favor quem procura por Justiça”.

(Padre Antonio Vieira)

RESUMO

A presente monografia, requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, enfoca o estudo a respeito do tratamento diferenciado e favorecido concedido às microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito das licitações públicas. Em seu primeiro capítulo é feita uma descrição acerca do instituto da licitação pública, apresentando conceito, fases, modalidades, tipos e princípios que a regem. No segundo capítulo analisa os institutos da Lei Complementar 123/06, o conceito de micro e pequena empresa, o critério de enquadramento, bem como os benefícios concedidos às MEs e EPPs. Por fim, no terceiro capítulo aborda-se a questão da comparação entre os benefícios concedidos e os princípios da vinculação ao instrumento convocatório, vantajosidade e isonomia.

Palavras chave: licitação – Lei Complementar nº 123

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	Error! Bookmark not defined.
1. LICITAÇÃO EM GERAL.....	11
1.1 Conceito e Finalidade.....	13
1.2 Princípios das Licitações.....	15
1.2.1 Princípio da Legalidade.....	15
1.2.2 Princípio da Impessoalidade.....	16
1.2.3 Princípios da Moralidade e da Probidade Administrativa.....	17
1.2.4 Princípio da Publicidade.....	17
1.2.5 Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório.....	18
1.2.6 Princípio do Julgamento Objetivo.....	21
1.2.7 Princípio da Adjudicação Compulsória.....	23
1.2.8 Princípio da Competitividade.....	24
1.2.9 Princípio Vantajosidade.....	25
1.2.10 Princípio da Isonomia.....	27
1.3 Dispensa e Inexigibilidade da licitação.....	30
1.4 Modalidades de Licitação.....	31
1.4.1 Concorrência.....	31
1.4.2 Tomada de Preço.....	32
1.4.3 Convite.....	32
1.4.4 Concurso.....	33
1.4.5 Leilão.....	34
1.4.6 Pregão.....	35
1.5 Fases da Licitação.....	36
1.5.1 Edital.....	38
1.5.2 Habilitação.....	39
1.5.3 Julgamento das Propostas.....	41
1.5.4 Homologação e Adjudicação.....	42
2. A LEI COMPLEMENTAR Nº 123.....	43
2.1 Política Pública de Tratamento Diferenciado dado às MEs e EPPs.....	43
2.2 Definição de Microempresa e de Empresa de Pequeno Porte.....	45

2.3 Os Benefícios Concedidos às MEs e EPPs pela LC 123	46
2.4 O Tratamento Diferenciado Dispensado às MEs e EPPs nas Licitações	48
2.4.1 O Tratamento Diferenciado e a Regularização Fiscal	49
2.4.2 O Tratamento Diferenciado e o Empate Ficto	52
2.4.3 O Tratamento Diferenciado e os Empenhos Não Pagos	55
2.4.4 Os Privilégios quanto às Licitações Diferenciadas	56
3 A LEI COMPLEMENTAR 123/06 À LUZ DOS PRINCÍPIOS DAS LICITAÇÕES PÚBLICAS	60
3.1 Tratamento Diferenciado e o Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório	60
3.2 Tratamento Diferenciado e o Princípio da Vantajosidade	65
3.3 Panorama dos Princípios da Vinculação ao Instrumento Convocatório, Vantajosidade e Isonomia	68
CONSIDERAÇÕES FINAIS	75
REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS	77

INTRODUÇÃO

A presente monografia tem por objetivo descrever e cotejar os aspectos relativos às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, as quais receberam tratamento diferenciado e privilegiado no âmbito das licitações públicas, a partir da publicação da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.

A Lei Complementar 123/06 institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte. Dentre as mudanças destacam-se aquelas referentes a benefícios de ordem tributária, trabalhista, previdenciária, creditícia e burocrática.

A novidade advinda do Diploma Legal remete à introdução no ordenamento jurídico pátrio dos benefícios concedidos às MEs e EPPs no tocante às aquisições públicas.

Cumpre esclarecer que a Lei Complementar 123/06 tem matriz constitucional, de acordo com os artigos 170, inciso IX, e 179, os quais prevêm o tratamento diferenciado.

A fim de elucidar o procedimento do tratamento diferenciado, faz-se um apanhado geral sobre as licitações públicas. O primeiro capítulo aborda o conceito de licitação, sua finalidade, seu procedimento, modalidades, fases, princípios que a regem e outros assuntos pertinentes.

O segundo capítulo faz uma explanação analítica do Estatuto das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte. Nesse ponto, realiza-se um retrospecto histórico da atuação legislativa quanto ao tratamento diferenciado concedido às MEs e EPPs. Ainda, faz-se uma análise dos conceitos e das hipóteses de tratamento diferenciado trazidos no bojo da Lei Complementar 123/06.

No terceiro capítulo, tem-se um estudo sobre a repercussão dos institutos da Lei referentes às licitações públicas comparando-se estes com os princípios da vinculação ao instrumento convocatório, vantajosidade e isonomia.

Por fim, observa-se a necessidade de um equilíbrio entre os princípios que regem as licitações públicas, a partir de um juízo de ponderação a ser levado a efeito em cada caso concreto.

1. LICITAÇÃO EM GERAL

1.1 Conceito e finalidade

A Administração Pública não tem condições de suprir toda a gama de serviços e compras demandados pela população. Esse entrave se resolve ao passo que a Administração passa a contratar com o setor privado, buscando neste a proposta mais vantajosa, e, concomitantemente, obedecendo a um procedimento chamado licitação.

O artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal Brasileira, dispõe sobre o processo de licitação.

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:

[...]

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.

A Constituição ainda determina, em seu artigo 22, inciso XXVII que compete à privativamente à União legislar sobre *“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, § 1º, III”*.

Desses dispositivos decorre a Lei 8.666/93, a qual regulamenta as licitações em geral, e os contratos administrativos, conforme a letra de seu artigo 3º:

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.

Na doutrina pátria encontram-se diversos entendimentos do que seria licitação, os quais, via de regra, culminam em três pontos básicos: ser um procedimento, ser realizado pela Administração Pública e garantir a maior vantagem possível à administração dentro dos parâmetros legais.

Ensina Marçal Justen Filho:

Licitação é o procedimento administrativo destinado a selecionar, segundo critérios objetivos predeterminados, a proposta de contratação mais vantajosa para a Administração, assegurando-se a ampla participação dos interessados, com observância de todos os requisitos legais exigidos.¹

E complementa:

Além disso, não se pode olvidar que as ideologias contemporâneas pregam a redução do aparato estatal, seguindo a linha de ampliação da eficiência na utilização dos recursos públicos. Revela-se economicamente mais vantajoso que o Estado promova a contratação de particulares para o desempenho de atividades necessárias à satisfação das necessidades coletivas. Ao invés de adquirir a propriedade de bens e instrumentos necessários à execução de serviços e à satisfação de necessidades coletivas, o Estado recorre à iniciativa privada. O contrato administrativo é o instrumento primordial por meio do qual o Estado estabelece relacionamento com os particulares para obter bens e serviços de que necessita.²

Nas palavras de Adilson Abreu Dallari:

“Para saber se a licitação cabe no campo do direito administrativo é necessário perguntar: Para que serve a licitação? Qual é o seu objetivo? Resposta: a seleção de um possível futuro eventual contratante com o poder

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009, p. 11.

² Idem, *ibidem*, p. 12.

público. A licitação está para os contratos assim como o concurso público está para as pessoas. Quando a Administração Pública precisa de gente nos seus quadros funcionais, faz um concurso público, ou seja, adota um procedimento administrativo tendente à seleção de pessoas que serão, depois, nomeadas. Quando a Administração Pública precisa de bens, de serviços, da realização de obras, faz uma licitação para selecionar alguém com quem, posteriormente, irá contratar.

A licitação não leva a despesa nenhuma, não acarreta, ela mesma, qualquer despesa. A licitação é um procedimento preliminar a um contrato. O contrato, sim, é que vai acarretar um comprometimento orçamentário. Dele vai resultar uma movimentação patrimonial, econômica, financeira. Mas da licitação não, pois ela termina com a escolha de alguém com quem se pretende contratar, sendo que em certos casos o contrato pode até não se realizar.”³

“Conforme já ficou demonstrado, a licitação é um instituto de direito administrativo, mas não é um ato-condição, não só porque seu objeto não é o do ato-condição, mas também, simplesmente, porque não é um ato e sim uma série de atos interligados e destinados à produção de um único resultado jurídico.”⁴

O Tribunal de Contas da União assim define:

Licitação é o procedimento administrativo formal em que a Administração Pública convoca, mediante condições estabelecidas em ato próprio (edital ou convite), empresas interessadas na apresentação de propostas para o oferecimento de bens e serviços.

A licitação objetiva garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração, de maneira a assegurar oportunidade igual a todos os interessados e possibilitar o comparecimento ao certame do maior número possível de concorrentes.⁵

Nesse diapasão, conclui-se, perfunctoriamente, que a licitação é o procedimento administrativo, delineado pela Lei 8.666/93, voltado a conseguir a melhor proposta à Administração Pública na aquisição de bens e serviços, tratando-se os concorrentes de modo isonômico.

1.2. Princípios das Licitações

³ DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos Jurídicos da Licitação*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 22 e 23.

⁴ Idem, *ibidem*, p. 32.

⁵ Brasil. Tribunal de Contas da União. *Licitações e contratos : orientações básicas* / Tribunal de Contas da União. – 3. ed, rev. atual. e ampl. Brasília : TCU, Secretaria de Controle Interno, 2006. p. 16.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, o artigo 37, *caput*, da Constituição Federal, além dos cinco princípios expressos, consagrou ainda inúmeros outros:

“o art. 37 reportou de modo expreso à Administração Pública (direta e indireta) apenas cinco princípios: da *legalidade*, da *impeccabilidade*, da *moralidade*, da *publicidade* e da *eficiência* (este último acrescentado pela EC 19/98). Fácil é ver-se, entretanto, que inúmeros outros mereceram igualmente consagração constitucional: uns, por constarem expressamente da Lei Maior, conquanto não mencionados no art. 37, *caput*; outros, por nele estarem abrigados logicamente, isto é, como conseqüências irrefragáveis dos aludidos princípios; outros, finalmente, por serem implicações evidentes do próprio Estado de Direito e, pois, do sistema constitucional como um todo.”⁶

O artigo 3º da Lei Complementar 8.666/93, já supracitado, dispõe sobre alguns dos princípios regentes das licitações públicas, mormente isonomia, vantajosidade, legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório e julgamento objetivo.

Sobre os princípios assevera Professor Doutor de Direito Constitucional da Universidade Católica de Salvador, Dirley da Cunha Júnior:

“Os princípios jurídicos, outrora considerados como meros instrumentos secundários ou auxiliares na função integrativa do direito, são considerados, hodiernamente, em razão do no sopro que oxigena a ciência jurídica contemporânea, chamado *pós-positivismo*, como verdadeiras *normas jurídicas*, as mais importantes de todas, responsável pela harmonia e coerência do sistema jurídico, que condiciona a própria validade desse sistema.”⁷

Não obstante, Gustavo Binbenjy segue em linha similar:

“Consoante a lição clássica de Robert Alexy, princípios jurídicos encerram *mandados de otimização*, no sentido de comandos normativos que apontam para uma finalidade ou estado de coisas a ser alcançado, mas que admitem concretização em graus de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas. Ao contrário das *regras*, que são normas binárias, aplicadas segundo a teoria do “tudo ou nada”, os *princípios* têm uma dimensão de peso, sendo aplicados em maior ou menor grau, conforme juízos de ponderação

⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 15.ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 86

⁷ DA CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Curso de Direito Administrativo*. 4.ed. Salvador: JusPODIVM, 2006. p. 12.

formulados tendo em conta outros princípios concorrentes e eventuais limitações materiais à sua concretização.”⁸

Quanto aos princípios que regem as licitações assegura Joel de Menezes Niebuhr:

Na linguagem comum, princípio significa começo, o início, a base, o ponto de partida. Esse sentido é aproveitado no Direito, já que os princípios jurídicos consubstanciam a base, o ponto de partida, a estrutura sobre a qual se constrói o ordenamento jurídico. Daí a importância deles, porque, para se compreender as leis, é fundamental que se compreenda o que deu origem e serviu de inspiração a elas.

Por conseqüência, para compreender a licitação pública, as leis e os decretos que a disciplinam, é fundamental compreender os princípios que a informam, o que, verdadeiramente, está por trás ou na base destas leis e decretos. Sem recorrer aos princípios, não se alcança a essência da licitação pública e, em razão disso, muitas questões a respeito dela acabam sendo interpretadas de forma equivocada.”⁹

Nota-se, de antemão, a necessidade de um maior aprofundamento no âmbito dos princípios que norteiam as licitações públicas, a fim de alicerçar o objeto deste trabalho, qual seja descrever o tratamento diferenciado dado à microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito das licitações públicas.

1.2.1 Princípio da Legalidade

O princípio da legalidade está exposto no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal, e, no que tange à licitações no artigo 4º da Lei 8.666/93:

Art. 4º Todos quantos participem de licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o art. 1º têm direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido nesta lei, podendo

⁸BINENBOJM, Gustavo. *A Constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos*. Revista Eletrônica sobre Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 13, março/abril/maio, 2008. Disponível na Internet: [HTTP://www.direitodoestado.com.br/rere.asp](http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp). Acesso em 14 de setembro de 2009, p. 10

⁹NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação Pública e Contrato Administrativo*. 1.ed. Curitiba: Zênite, 2008. p. 31.

qualquer cidadão acompanhar o seu desenvolvimento, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos.

Sobre o tema, Niebuhr discorre:

“Para os sujeitos de Direito Privado, estranhos à Administração Pública, o princípio da legalidade, consoante o inciso II do artigo 5º da Constituição Federal, significa que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.” Em razão disso, é reconhecido o adágio segundo o qual o que não é proibido é permitido, isto é, se a lei não proíbe determinada conduta, ela é permitida.

Noutro lado, para a Administração Pública, o princípio da legalidade reveste-se de tonalidade especial, haja vista que, de acordo com as lições de Caio Tácito, “ao contrário da pessoa de direito privado, que, como regra, tem a liberdade de fazer aquilo que a lei não proíbe, o administrador público somente pode fazer aquilo que a lei autoriza expressa ou implicitamente.” Ocorre que os agentes administrativos não atuam com liberdade, para atingir fins que repute convenientes. Ao contrário, eles estão vinculados ao cumprimento do interesse público, uma vez que atuam nos estritos termos da competência que lhes foi atribuída por lei. Em breves palavras, a Administração Pública cumpre as leis; os agentes administrativos exercem competência atribuída por lei, nos termos dela.

A propósito, o procedimento alusivo à licitação é prescrito em lei, bem como todas as exigências que nele podem ser feitas e outros pormenores. Em vista disso, o caput do artigo 4º da Lei 8.666/93 prescreve que todos quantos participem de licitação têm direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido nessa Lei. Isto é, as licitações públicas devem ser processadas em estrita obediência ao princípio da legalidade, uma vez que os agentes administrativos vêem-se compelidos a agir nos termos das normas que lhes são apresentadas, procedendo conforme a lei e exigindo apenas o que nela for admitido. Impede-se que haja intervenção ou a criação de procedimentos estranhos àquele anteriormente definido pelo legislador.”¹⁰

1.2.2 Princípio da Impessoalidade

O princípio da impessoalidade decorre do princípio da igualdade¹¹ e visa repelir juízos de valores no julgamento das licitações, buscando critérios objetivos e isonômicos.

No entendimento de Lúcia Valle Figueiredo:

¹⁰ NIEBUHR, op. cit., p. 34.

¹¹ FAZZIO JUNIOR, Waldo. *Fundamentos de Direito Administrativo*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p.21

“A impessoalidade caracteriza-se, pois, na atividade administrativa, pela valorização objetiva dos interesses públicos e privados envolvidos na relação jurídica a se formar, independentemente de qualquer interesse político.”¹²

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, “Nele se traduz a idéia de que a Administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimenotas. Nem favoritismo nem perseguições são toleráveis. [...] O princípio em causa não é senão o próprio princípio da igualdade ou isonomia.”¹³

1.2.3. Princípio da Moralidade e da Probidade Administrativa

A moralidade e probidade administrativa vinculam-se à obrigatoriedade dos agentes administrativos atuarem de acordo com princípios éticos.

Nos ensinamentos de Hely Lopes Meirelles:

“A moralidade administrativa constitui, hoje, pressuposto de todo ato da Administração Pública (CF, art. 37, caput) e se confunde com o dever de probidade do administrador público, como elemento necessário à legitimidade de seus atos (CF, art. 37, §4º).”¹⁴

Para Waldo Fazzio Júnior a moralidade administrativa “não é a comum, mas a que resulta da observância de regras da melhor administração. Exsurge, pois, do próprio objeto do ato administrativo. Assim, quando este agride a boa-fé e a honestidade, revela-se a improbidade administrativa, ou seja, a afronta à moral administrativa.”¹⁵

1.2.4 Princípio da Publicidade

¹² FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 63.

¹³ BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p. 104.

¹⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e Contrato Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 34.

¹⁵ FAZZIO JÚNIO, op. cit., p.20.

O princípio da publicidade, insito no § 3º, do artigo 3º da Lei n.º 8.666/93, decorre do interesse público e do princípio da igualdade, no fito de obter a maior transparência possível do certame licitatório, bem como possibilitar, a todos os interessados em participar da licitação, o largo acesso à disputa.

Para Joel de Menezes Niebuhr:

“O princípio da publicidade remonta ao próprio princípio republicano, uma das vigas mestras da sistemática constitucional vigente. A palavra **república** provém do latim *res publica*, que significa coisa pública. Portanto, os atos tomados em nome do Estado, inclusive os atos administrativos, são abertos a todos, são públicos, devem ser amplamente franqueados. Trata-se de mais um princípio que visa a legitimar a atividade administrativa, permitindo que todos os membros da sociedade tenham conhecimento dos atos e de quaisquer dados de seu interesse.”¹⁶

Adilson Abreu Dallari, apoiado em Miguel S. Marienhoff, aponta os riscos da ausência de publicidade:

“Marienhoff, que a ao formular sua opinião informa estar apoiado por Sayagues Laso e Laubadère, afirma que o descumprimento do requisito da publicidade, ou o seu cumprimento irregular, constitui um vício de forma - capaz de acarretar a nulidade absoluta ou relativa, conforme o caso -, do mesmo modo que se produz um vício de forma (este gerando nulidade absoluta) quando na licitação ocorre quebra ao princípio da igualdade.”¹⁷

1.2.5 Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório

O princípio da vinculação ao instrumento convocatório está disposto tanto no artigo 3º da Lei n. 8.666/93, quanto art. 41 da referida lei, segundo o qual, “a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.”

¹⁶ NIEBUHR, op. cit., p. 36.

¹⁷ DALLARI, op. cit., p. 118.

Nesse ponto, cabe alimentar o presente trabalho com uma comparação entre os atos discricionários e vinculados da administração:

“A atividade administrativa, ao longo da licitação, reflete o exercício de competências criadas e disciplinadas por lei. Mas a lei pode tanto disciplinar antecipadamente de modo exaustivo o conteúdo e as condições da atividade administrativa (competência vinculada) como atribuir ao agente estatal uma margem de autonomia de escolha em face do caso concreto (competência discricionária).

A competência vinculada significa que a norma legal restringe a autonomia do agente. Nesses casos, a norma legal já contempla uma escolha em abstrato e antecipada sobre a decisão a ser adotada no caso concreto. [...]

Já a competência discricionária envolve uma disciplina legal não exaustiva. **O agente recebe o poder jurídico de escolher entre diversas alternativas, incumbindo-lhe realizar uma avaliação quanto à solução mais satisfatória para o caso concreto.**¹⁸

Mais adiante, o autor retomará o tema no que tange à fase de elaboração do edital, quando a Administração terá maior margem de escolha, uma vez que deverá elaborar um edital de acordo com suas pretensões e o objeto licitado.

Como bem assevera Lúcia Valle Figueiredo, “tem-se entendido por competência discricionária a que possibilita ao administrador, no caso concreto, escolher, dentre as plúrimas soluções sugeridas pela hipótese normativa, a melhor, segundo juízo de oportunidade e conveniência.”¹⁹

Noutra banda, Binenbojm revela, em tom de vanguarda, a faceta inovadora do sistema de graus de vinculação à juridicidade, advindo da incidência dos princípios constitucionais sobre os atos administrativos:

“(iii) a discricionariedade deixa de ser um espaço de livre escolha do administrador para se convolar em um *residuo de legitimidade*, a ser preenchido por procedimentos técnicos e jurídicos prescritos pela Constituição e pela lei com vistas à otimização do grau de legitimidade da decisão administrativa. Com o incremento da incidência direta dos princípios constitucionais sobre a atividade administrativa e a entrada no Brasil da teoria dos conceitos jurídicos indeterminados, abandonando-se a tradicional dicotomia entre ato vinculado e ato discricionário, passando-se a um sistema de *graus de vinculação à juridicidade*.”²⁰

¹⁸ JUSTEN FILHO, op. cit., p. 69. Grifou-se.

¹⁹ FIGUEIREDO, op. cit., p. 228.

²⁰ BINENBOJM, op. cit., p. 8.

Nesse ínterim, Justen Filho discorre sobre a incidência da discricionariedade durante a elaboração do edital:

“É evidente que seria inviável transformar o procedimento licitatório, desde a fase interna, numa atividade integralmente vinculada à lei. [...]

Por isso, a lei ressalva autonomia para a Administração definir as condições da contratação administrativa. Mas, simultaneamente, estrutura o procedimento licitatório de modo a restringir a discricionariedade a determinadas fases ou momentos específicos. [...]

Assim, a Administração tem liberdade para escolher as condições sobre o contrato futuro. Porém, deverá valer-se dessa liberdade com antecedência, indicando exaustivamente suas escolhas. Tais escolhas serão consignadas no ato convocatório da licitação, que passará a reger a conduta futura do administrador. Além da lei, o instrumento convocatório da licitação determina as condições a serem observadas pelos envolvidos na licitação. A vinculação ao instrumento convocatório complementa a vinculação à lei.

A autoridade administrativa dispõe da faculdade de escolha, ao editar o ato convocatório. Porém, nascido tal ato, a própria autoridade fica subordinada ao conteúdo dele. Editado o ato convocatório, o administrado e o interessado submetem-se a um modelo norteador de sua conduta. Tornam-se previsíveis, com segurança, os atos a serem praticados e as regras que os regerão. **Restará margem mínima de liberdade ao administrador, usualmente de extensão irrelevante.**²¹

Pelo mesmo caminho, Adilson Abreu Dallari afirma que “É certo, portanto, que a Administração pode fixar discricionariamente os critérios para aferição da idoneidade, mas, uma vez fixados os critérios, a decisão fica vinculada a eles.” e prossegue “Há discricionariedade (que não é absoluta nem se confunde com a arbitrariedade) na fixação dos critérios de avaliação; há vinculação, no julgamento final, aos critérios discricionariamente estabelecidos.”²²

Observa-se, portanto, uma evolução na elaboração do edital, que gradativamente vincula a Administração, evitando com que o administrador julgue subjetivamente.

Para Hely Lopes Meirelles, “o edital é a lei interna da licitação, e, como tal, vincula aos seus termos tanto os licitantes quanto a Administração que o expediu.”²³

²¹ JUSTEN FILHO, op. cit., p. 69.

²² DALLARI, op. cit, p, 148.

²³ MEIRELLES, op. cit., p. 31.

Inobstante, vale ressaltar que edital não é inalterável, pois “se o edital se revelar falho ou inadequado aos propósitos da Administração, poderá ser corrigido a tempo, através da alteração de itens, aditamento ou novo edital, sempre com republicação e reabertura do prazo, desde que afete a elaboração das propostas.”²⁴

1.2.6 Princípio do Julgamento Objetivo

O Princípio do Julgamento Objetivo, decorrente do Princípio da Igualdade, visa afastar subjetividades no julgamento das propostas nas licitações, estando intimamente próximo ao Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório.

Está consignado no artigo 45 da Lei de Licitações:

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.

Esse julgamento objetivo busca não só tratar igualmente os licitantes, mas também trazer a proposta mais vantajosa à administração, uma vez que “o interesse público não pode servir nem ao aventureirismo nem a experiências de resultado duvidoso.”²⁵

Para Dallari, o julgamento não fica adstrito aos requisitos editalícios, pois “ a comissão de julgamento pode e deve ir além do exame daquilo que consta expressamente dos autos do processo licitatório. [...] Pode e deve buscar esclarecimentos e informações onde isso puder ser obtido, valendo-se inclusive, se necessário, de testes, perícias ou pareceres realizados por terceiros, seja em função de denúncia ou representação de outro licitante ou de terceiros, seja de ofício, promovendo diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo.”²⁶

²⁴ MEIRELLES, op. cit., p. 31.

²⁵ DALLARI, op. cit., p. 152.

²⁶ Idem, ibidem, p. 153.

O autor, citando Miguel Reale, afirma, ainda, que este sistematizou critérios de julgamento da proposta mais vantajosa:

“Critérios quantitativos seriam aqueles passíveis de mensuração objetiva: preço, tempo, peso, dimensões em geral, rendimento dos equipamentos, número de pessoas ou equipamentos aplicados ao serviço, metodologia ou tecnologia aplicada, unidades de bens ou serviços produzidos etc.

Critérios qualitativos seriam aqueles sujeitos apenas, ou predominantemente, a uma valoração subjetiva: experiência ou especialização do proponente no objeto do contrato, gabarito dos técnicos da empresa, qualidade do equipamento a fornecer ou aplicar ao serviço, prestação de melhor assistência técnica, maior facilidade de obtenção de peças de reposição, metodologia adotada, tecnologia aplicada etc.” DALLARI, p. 161

Note-se que os critérios qualitativos possuem uma carga maior de subjetividade, razão pela qual Dallari aponta que estes devem ser evitados, ou, utilizados quando imprescindíveis, e, nesse caso, “o edital deverá fornecer critérios precisos e definidos para a sua aferição, pois uma avaliação totalmente subjetiva acarreta a nulidade da licitação, que, por definição, é um meio técnico objetivo de escolha.”²⁷

O Tribunal de Contas da União também já se posicionou:

“Não é apenas necessário que a comissão de licitação se conduza em coerência com as exigências do mencionado princípio (objetivo), como também é imprescindível [...] que o edital estabeleça, com clareza e precisão, os fatores e correspondentes critérios que serão utilizados em tal julgamento. E mais, é preciso que estes fatores e critérios, conforme Antônio Marcelo da Silva, citado por Hely Lopes Meirelles [...], sejam objetivos, no sentido de pertinentes e adequados ao objeto da licitação”²⁸

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello:

“O julgamento das propostas efetuar-se-á de acordo com o tipo de licitação adotado no edital e far-se-á com o máximo de objetividade, exclusivamente

²⁷ DALLARI, op. cit., p. 161.

²⁸ TCU, TR 02981791, *DOU* de 16/9/92, p. 12.897.

em função dos fatores nele previstos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle (art. 45, *caput*, c/c art. 44).”²⁹

E complementa afirmando que “é vedada a utilização de qualquer elemento, critério ou fator sigiloso, secreto, subjetivo ou reservado, capaz de comprometer a igualdade dos disputantes.”³⁰

De antemão, verifica-se que o julgamento das propostas está estritamente ligado ao edital, o qual deverá ser claro e objetivo em seus critérios, a fim de promover a igualdade entre os licitantes, bem como a busca pela proposta mais vantajosa à administração, independentemente do tipo de licitação utilizado.

1.2.7 Princípio da Adjudicação Compulsória

Uma vez vencida a licitação, aquele que apresentou a melhor proposta, devidamente classificada, terá o direito à adjudicação do objeto. Ou seja, a administração “não pode é contratar com outro que não seja o adjudicatário enquanto válida sua adjudicação”.³¹

Hely Lopes de Meirelles afirma que “O direito do vencedor limita-se à adjudicação, e não ao contrato imediato, visto que, mesmo após a adjudicação, é lícito à Administração revogar ou anular a licitação, ou adiar o contrato, quando sobrevenham motivos de interesse público para essa conduta administrativa.”³²

Não obstante, caso a Administração protele abusivamente a assinatura do contrato, ou invalide arbitrariamente a licitação, estará sujeita à “correção judicial de seu ato ilegítimo e à reparação dos prejuízos causados ao vencedor lesado em seus direitos, conforme o caso.”³³

²⁹ BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p. 549.

³⁰ Idem, *ibidem*.

³¹ MEIRELLES, op. cit., p. 33.

³² Idem, *ibidem*.

³³ Idem, *ibidem*.

Vale ressaltar que a Doutrina majoritária assegura que, caso a Administração queira revogar a licitação, o licitante vencedor deverá ser previamente ouvido, assegurando-se a ampla defesa e o contraditório:

“A revogação ou a anulação pode ocorrer em qualquer fase do procedimento licitatório. Qualquer que seja, o exercício do direito à defesa há de ser garantido previamente à decisão, o que não significa que a inércia dos defendentes, exaurido o prazo da devida e cumprida intimação, paralise o curso regular do processo ou obste o agir estatal.”³⁴

Vê-se, portanto, que a Administração poderá revogar ou anular o procedimento mesmo quando houver a adjudicação do objeto, desde que motivadamente, e, ainda, deverá intimar os vencedores de sua decisão, para que exerçam seu direito de defesa.

1.2.8 Princípio da Competitividade

O Estatuto das Licitações consigna em seu art. 3º, §1º:

“Art. 3º [...]

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato;”

Isso porque, dentre os princípios licitatórios destaca-se a competitividade, sem a qual não existiria licitação.

Para Marçal Justen Filho, a inviabilidade de competição pode ser separada em dois grandes grupos, quais sejam:

³⁴ PEREIRA, JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 531.

“Na primeira categoria, encontram-se os casos de inviabilidade de competição por ausência de pluralidade de sujeitos em condição de contratação. São as hipóteses em que é irrelevante a natureza do objeto, eis que a inviabilidade de competição não decorre diretamente disso. Não é possível a competição porque existe um único sujeito a ser contratado.

Na segunda categoria, podem existir diversos sujeitos desempenhando a atividade que satisfaz a necessidade estatal. O problema da inviabilidade de competição não é de natureza *numérica*, mas se relaciona com a natureza da atividade a ser desenvolvida ou de peculiaridade quanto à própria profissão desempenhada. Não é viável a competição porque características do objeto funcionam como causas impeditivas.”³⁵

Havendo impossibilidade de competição, o caminho será o da inexigibilidade de licitação, ínsita no artigo 25 da Lei n. 8.666/93, uma vez que “o conceito de inviabilidade de competição tem de ser interpretado amplamente, inclusive para abranger os casos de impossibilidade de julgamento objetivo.”³⁶

A competitividade é tão importante em uma licitação, que caso seja frustrada mediante algum artifício dos licitantes ou da administração, poderá configurar crime, na forma do artigo 90 do Estatuto das Licitações:

Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação:

Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

1.2.9 Princípio da Vantajosidade

O Princípio da Vantajosidade também está inserido no artigo 3º da Lei de Licitações, e decorre do Princípio Administrativo da Eficiência, o qual está explícito no artigo 37 da Constituição Federal, no qual este último princípio foi inserto pela Emenda Constitucional n.º 19, de 4 de junho de 1998, também conhecida como Emenda da Reforma Administrativa.

³⁵ JUSTEN FILHO, op. cit., p. 346.

³⁶ Idem, ibidem, p. 348.

Para Lucia Valle Figueiredo, pode-se analisar a entrada desse Princípio à luz do artigo 70 da Constituição Federal, que trata do controle exercido pelos Tribunais de Contas:

“Deveras, tal controle deverá ser exercido não apenas sobre a legalidade, mas também sobre a legitimidade e economicidade; portanto, praticamente chegando-se ao cerne, ao núcleo, dos atos praticados pela Administração Pública, para verificação se foram úteis o suficiente ao fim a que se preordenavam, se foram eficientes.”³⁷

Para Waldo Fazzio Júnior, administrar de modo eficiente “é maximizar o resultado social colimado pela lei”³⁸ e prossegue afirmando que o princípio da eficiência objetiva a eficácia da lei, identificando-se com figuras superiores, quais sejam a cidadania e a dignidade humana.

Joel de Menezes Niebuhr assegura que a eficiência nas licitações públicas está subdividida em três frentes, quais sejam “preço, qualidade e celeridade.” Para o ilustre doutrinador, da eficiência decorrem três outros princípios, mormente “o do justo preço, o da seletividade e o da celeridade.”

“O princípio do justo preço demanda que a Administração não assuma compromissos com preços fora de mercado, especialmente com preços elevados. O princípio da seletividade requer cuidados com a seleção do contratante e da proposta, relacionando-se diretamente com a qualidade do objeto contratado. O princípio da celeridade envolve o tempo necessário para realizar a licitação, que deve ser o mais breve possível. [...] Ora, a observância de todos eles, em conjunto, revela a tão almejada eficiência.”³⁹

³⁷ FIGUEIREDO, op. cit., p. 65.

³⁸ FAZZIO, op. cit., p. 24.

³⁹ NIEBUHR, op. cit., p. 33.

Nos dizeres do sábio Professor Marçal Justen Filho, é de se anotar que a “licitação destina-se a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração Pública, o que configura uma manifestação direta do princípio da República.”⁴⁰

Em suma, pode-se afirmar que a maior vantagem é notável no momento em que a Administração Pública “assumir o dever de realizar a prestação menos onerosa e o particular se obrigar a realizar a melhor e mais completa prestação.”. Esse conjunto de fatores acarretaria em uma “relação custo-benefício”.⁴¹

1.2.10 Princípio da Isonomia

O Princípio da Isonomia está contido em diversos dispositivos da Constituição Federal, mormente no *caput* de seu artigo 5º:

“Art. 5º **Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza**, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.”⁴²

Não menos importante, o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal cita explicitamente o referido Princípio:

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:

[...]

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

⁴⁰ JUSTEN FILHO, op. cit., p. 64.

⁴¹ Idem, *ibidem*.

⁴² Grifou-se.

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.

Não obstante, o princípio é novamente carreado no artigo 3º, *caput* e §1º, da Lei de Licitações, supracitado. Cabe ressaltar que o parágrafo 1º da Lei n. 8.666/93 veda que o edital contenha cláusulas ou condições capazes de frustrar ou diminuir o caráter competitivo do certame, bem como proíbe a inclusão de preferências ou distinções em virtude de naturalidade, sede ou domicílio dos licitantes, assim como empresas brasileiras ou estrangeiras.

E, ainda, o artigo 44, §1º, do Estatuto das Licitações proíbe no julgamento das propostas, “a utilização de qualquer elemento, critério ou fator sigiloso, secreto, subjetivo ou reservado que possa ainda que indiretamente elidir o princípio da igualdade entre os licitantes.”

É de se anotar que o referido princípio norteia as licitações desde os tempos em que o procedimento era disciplinado pelo Código de Contabilidade da União e normas gerais de Direito Financeiro:

“Por meio da licitação se assegura a igualdade jurídica entre os particulares, no concernente aos contratos e negócios do interesse do Governo, e também a eficiência dos serviços que se tencionem levar a efeito, dada a possibilidade da obtenção, pelo Governo, de vantagens técnicas e econômicas, através da competição que a licitação estabelece.”⁴³

Celso Antônio Bandeira de Mello em seu Curso de Direito Administrativo impõe que “O princípio da *igualdade* implica o dever não apenas de tratar isonomicamente todos os que afluírem ao certame, mas também o de ensejar oportunidade de disputá-lo a quaisquer interessados que, desejando dele participar, podem oferecer as indispensáveis condições de garantia.”⁴⁴

Para Hely Lopes Meirelles, “a *igualdade entre os licitantes* é o princípio primordial da licitação”. O autor aduz ainda que não se pode realizar procedimento licitatório “com discriminação entre participantes, ou com cláusulas do instrumento

⁴³ PONTES, Valmir. Programa de Direito Administrativo. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Sugestões Literárias, 1968. p. 113

⁴⁴ BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p. 487.

convocatório que afastem eventuais proponentes qualificados ou os desnivelem no julgamento (art. 3º, § 1º).”⁴⁵

É de se frisar, no entanto, que o princípio da igualdade impede que sejam lançadas no edital as “exigências mínimas de capacidade econômico-financeira, de equipamento, de experiência e de técnica da empresa, compatíveis com o valor e complexidade das obras, serviços ou compras em licitação.”⁴⁶

Cumpra esclarecer, todavia, forte nos ensinamentos de Marçal Justen Filho que “há equívoco em supor que a isonomia veda diferenciação entre os particulares para contratação com a Administração.” Segundo o autor “É da essência da licitação a adoção de tratamento diferenciado entre os particulares. Assim se impõe porque a licitação conduz à seleção de um ou de alguns dos potenciais interessados.”⁴⁷

Ou seja, existe uma diferenciação dos licitantes quando do julgamento, vez que aquele que possuir as melhores condições à administração, obedecidos os princípios regentes do Direito Administrativo, será declarado vencedor.

Brilhantemente, o Professor Marçal seguindo o raciocínio de Celso Antônio Bandeira de Mello, aduz que a discriminação pode e existir, e ser válida desde que presentes os seguintes elementos:

“a) existência de diferenças nas próprias situações de fato que serão reguladas pelo Direito;

b) correspondência (adequação) entre tratamento discriminatório e as diferenças existentes entre as situações de fato;

c) correspondência (adequação) entre os fins visados pelo tratamento discriminatório e os valores jurídicos consagrados pelo ordenamento jurídico.

Em virtude do contido na letra (a), será inválida a discriminação que não retrate uma diferença efetiva no mundo real. Sob esse ângulo, o Direito não cria a diferença, mas a reflete. O Direito apenas pode criar o tratamento jurídico diferenciado. Mas a diferença, em si mesma, tem de existir antes e fora do Direito.

Segundo o exposto na letra (b), não se admite que o Direito adote tratamento jurídico dissociado da diferença. O tratamento jurídico diferenciado se justifica pela existência da diferença. Logo, esse tratamento jurídico deve ser compatível com essa diferença.

Além disso, segundo exposto na letra (c), deve haver compatibilidade entre a diferenciação jurídica e os valores jurídicos consagrados no ordenamento.

⁴⁵ MEIRELLES, op. cit., p. 28.

⁴⁶ Idem, ibidem, p. 30.

⁴⁷ JUSTEN FILHO, op. cit., p. 67.

Um tratamento jurídico diferenciado conduz a certos fins e produz a concretização de certos valores. Se tais valores e fins forem incompatíveis com os valores jurídicos (consagrados no ordenamento jurídico), haverá invalidade.”⁴⁸

O entendimento supracitado reflete justamente o tema do presente trabalho, qual seja o tratamento diferenciado concedido às microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito das licitações públicas, a ser tratado no segundo capítulo.

1.3 Dispensa e Inexigibilidade de Licitação

A licitação pública tem cunho obrigatório disposto no artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, visando proteger o princípio da supremacia do interesse público, vetando atos imorais e ímprobos, e velando pelo princípio da isonomia.

Entretanto, a própria redação do inciso supra, afirma que poderá haver exceções previstas em lei. Sendo assim, tem-se como regra a obrigatoriedade de licitação pública, e como exceção a contratação direta, mormente quando a licitação for inexigível, dispensada ou dispensável.

A licitação inexigível está prevista no artigo 25 da Lei de Licitações prescrevendo que “é inexigível a licitação quando **houver inviabilidade de competição**, em especial: [...]”⁴⁹. Vale ressaltar, que a expressão “em especial” permite a contratação direta por via de inexigibilidade, desde que comprovada a inviabilidade de competição.

A licitação dispensada é fundada no artigo 17, incisos I e II, da Lei n. 8.666/93, para os casos em que, tratando-se de bens da Administração Pública, houver “alienação, mas também sobre concessão de direito real de uso, locação e permissão de uso, cujos efeitos não implicam transferência de domínio, somente da posse direta do bem.”⁵⁰

⁴⁸ JUSTEN FILHO, op. cit., p. 68.

⁴⁹ Grifou-se.

⁵⁰ NIEBUHR, op. cit., p. 63.

Já o artigo 24 da Lei de Licitações prevê as hipóteses em que a licitação é dispensável, em vinte e sete incisos. Segundo Joel de Menezes Niebuhr, é possível agrupar as categorias das licitações dispensáveis em:

“(a) pelo valor do contrato; (b) por situações contingenciais; (c) em razão de licitação fracassada ou de rescisão contratual ; (d) em virtude de contratos interadministrativos; (e) em razão do objeto; (f) em decorrência de atributos pessoais do contratado; e (g) por força de acordo internacional.”⁵¹

1.4 Modalidades de Licitação

Considerando-se que a licitação é um procedimento, as características deste podem ser alteradas de acordo com o objeto a ser licitado, a fim de obter o máximo aproveitamento possível na contratação.

Por isso, Marçal Justen Filho afirma que “As diversas “modalidades” representam, na verdade, diversas formas de regular o procedimento.”⁵²

O artigo 22 da Lei n. 8.666/93 cinco modalidades de licitação, *in verbis*:

“Art. 22. São modalidades de licitação:

I - concorrência;

II - tomada de preços;

III - convite;

IV - concurso;

V - leilão.”

Não obstante, existe também a modalidade pregão, inserida no ordenamento jurídico pátrio pela Lei 10.520/02.

1.4.1 Concorrência

⁵¹ NIEBUHR, op. cit., p. 64.

⁵² JUSTEN FILHO, op. cit., p. 251.

Segundo o artigo 22, §1º, do Estatuto das Licitações, a 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.”

Essa é a modalidade que possui o maior prazo entre a publicação do edital e a data da apresentação das propostas: quarenta e cinco dias, caso a licitação seja por regime de empreitada integral, ou do tipo “melhor técnica” ou do tipo “melhor técnica e preço” (art.21, §2º, I, b). Para os casos excedentes o prazo será de 30 dias (art. 21, §2º, II, a).

Vale lembrar que a concorrência é exigida para obras e serviços de engenharia em valor acima de R\$1.500.000,00, bem como nas compras e serviços acima de R\$650.000,00, na forma dos incisos I e II, do artigo 23, não obstante os casos previstos em lei que a modalidade é obrigatória (art. 23 §3º).

1.4.2 Tomada de Preço

A tomada de preço é modalidade de relevância menor que a concorrência, utilizada para obras ou serviços de engenharia cujo valor não ultrapasse R\$1.500.000,00 (art. 23, inc. I, b), bem como nas compras e serviços nos quais o valor não exceda R\$650.000,00 (art. 23, inc. II, b), e nas licitações internacionais quando o órgão da Administração possuir cadastro internacional de fornecedores, tudo dentro dos parâmetros da tomada de preço.

O prazo entre a última publicação e a apresentação das propostas, na tomada de preço é mais curto que o da concorrência, sendo de para licitações de melhor técnica, ou técnica e preço, o prazo é de 30 dias, e de 15 nos demais casos.

Nessa modalidade participam fornecedores cadastrados, todavia é lícito aos interessados apresentarem os documentos necessários ao cadastramento em até 3 dias antes da data do recebimento dos envelopes (art. 22, §2º).

1.4.3 Convite

Na modalidade convite as formas de procedimento são mais brandas, principalmente pelo fato de que ela serve para obras e serviços de engenharia até o valor de R\$150.000,00 (art. 23, I, a), e nas demais contratações até R\$80.000,00 (art. 23, II, a), e nas licitações internacionais quando não houver fornecedor do serviço ou do bem no País, desde que nos parâmetros do convite (art. 23, §3º).

Nessa modalidade são expedidas cartas convite a, no mínimo, três empresas do ramo do objeto licitado, para que estas apresentem seus envelopes com propostas. Além disso, a Administração deve fixar cópia da carta convite no quadro de avisos do órgão que promove a licitação, pois o convite pode ser estendido a outros possíveis licitantes interessados, que manifestem seu interesse com até 24 horas de antecedência da entrega das propostas (art. 22., §3º).

Cumpra esclarecer que na modalidade convite a publicidade pode ser mais restrita, pois a Lei 8.666/93 não dispõe a obrigatoriedade da publicação do resumo do edital na imprensa oficial e jornal de grande circulação, ao contrário de outras modalidades como preceitua o artigo 21, *caput* e incisos I, II e III, da Lei de Licitações.

1.4.4 Concurso

Segundo o artigo 22, § 4º, do Estatuto das Licitações, “o 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.”

No concurso, a administração deverá estabelecer no ato convocatório todos os critérios de participação e de julgamento. Poderão ser permitidas distinções, desde que de acordo com o princípio da isonomia.

Segundo Marçal Justen Filho “no concurso, é usual que a habilitação seja remetida a momento posterior ao julgamento.”⁵³

Outrossim, vale transcrever a Súmula 157 do Tribunal de Contas da União:

“A elaboração de projeto de engenharia e arquitetura está sujeita, em princípio, ao concurso ou ao procedimento licitatório adequado e obediente a critério seletivo de melhor qualidade ou de melhor técnica, que é o escopo do julgamento, independentemente da consideração do preço, que há de vir balizado no Edital.”

É de se ressaltar, que as Súmulas do TCU não se aplicam apenas à órbita federal, como bem preceitua a Súmula 222 daquela Corte:

“As decisões do Tribunal de Contas da União, relativas à aplicação de normas gerais de licitação, sobre as quais cabe privativamente à União legislar, devem ser acatadas pelos administradores dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.”

1.4.5 Leilão

A lei de licitações não explicita exatamente o procedimento do leilão, razão pela qual “a omissão da Lei remete à aplicação das regras pertinentes a outros ramos.”⁵⁴

O art. 22, § 5º da Lei de Licitações assim dispõe sobre o leilão:

“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.”

O leilão tem uma prática mais célere e menos formal. Nele as propostas podem ser verbais, e, é lícito aos concorrentes elaborarem diversas propostas, ao contrário de outras modalidades, sendo que estas não serão sigilosas.

Nessa modalidade haverá uma sequência de propostas, vencendo aquela mais elevada, afinal o leilão objetiva alienar bens pelo maior preço possível.

⁵³ JUSTEN FILHO, op. cit., p. 259.

⁵⁴ Idem, ibidem, p. 260.

Vale ressaltar que segundo Marçal Justen Filho, houve um equívoco evidente na redação do art. 22, §5º, pois “a administração não pode alienar bens “penhorados”, atividade privativa do Poder Judiciário [...] Possivelmente, a Lei pretendia indicar bens “empenhados” (ou seja, objeto de contrato de penhor).”⁵⁵

1.4.6 Pregão

A modalidade pregão pode ser processada de duas formas: o pregão comum, ou presencial, e o pregão eletrônico.

Para Jorge Ulisses Jacoby Fernandes pregão é:

“o procedimento administrativo por meio do qual a Administração Pública, garantindo a isonomia, seleciona fornecedor ou prestador de serviço, visando à execução de objeto comum no mercado, permitindo aos licitantes, em sessão pública presencial ou virtual, reduzir o valor da proposta por meio de lances verbais e sucessivos.”⁵⁶

No pregão comum, as propostas são entregues pessoalmente, enquanto no pregão eletrônico as propostas, bem como os lances subsequentes, são todos remetidos via internet.

A modalidade pregão foi criada pela Lei n. 9.472/97, para que fosse aplicada somente à ANATEL (Agência Nacional de Telecomunicações. Após, pelo artigo 37 da Lei n. 9.986/00, seu uso foi alongado às demais agências reguladoras nacionais. Não obstante, a Medida Provisória n. 2.026 determinou que o pregão abrangesse a Administração Pública Federal. Com o mesmo objetivo surgiu a MP n. 2.108/00, a qual prosseguida pela Lei n. 10.520/02, a qual instaurou a possibilidade de utilização do pregão em toda a Administração Pública. Ainda, no ano de 2005 surgiu o Decreto Federal 5.450/05, o qual regulamentou o procedimento para o pregão eletrônico.

⁵⁵ JUSTEN FILHO, op. cit., p. 260.

⁵⁶ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Sistema de registro de preços e pregão presencial e eletrônico*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 455.

Esta modalidade é utilizada na aquisição de bens e serviços comuns, e o pregão não depende do valor da licitação, podendo ser aplicado em qualquer preço, desde que atendidos os requisitos legais.

Outro ponto a destacar-se na modalidade pregão, é que nela existe a fase das propostas vem antes da fase de habilitação, visando sempre o menor preço.

Leia-se por bens e serviços comuns, embora esse seja um conceito indeterminado, “aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.” (artigo 1º, §1º, da Lei n. 10.520/02).

Não obstante, o pregão se alastrou de tal maneira pela Administração Pública nacional, que, atualmente tramita no Senado Federal o Projeto de Lei da Câmara n.º 32/2007, originado pelo Projeto de Lei 7.709/07, de autoria do Poder Executivo, o qual já foi aprovado pela Câmara dos Deputados.

O referido projeto introduz, dentre outras alterações na Lei de Licitações, algumas mudanças como: a) **estabelece a obrigatoriedade da modalidade pregão para a aquisição de bens e serviços comuns**; b) institui o Cadastro Nacional de Registro de Preços; c) atribui eficácia às publicações nos sítios oficiais certificados por autoridade certificadora credenciada no âmbito da Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileiras, ICP - Brasil; d) **estabelece a possibilidade de utilização do meio eletrônico em todas as modalidades de licitação**; e) inclusão da modalidade pregão na hipótese de licitações internacionais visando a contratação de bens e serviços comuns; f) **possibilidade da inversão de fases em todas as modalidades de licitação**; g) diminuição dos prazos recursais e a inclusão da fase saneadora no processo recursal.

1.5 Fases da Licitação - Interna e Externa

A licitação corresponde a um procedimento, e, como tal, deve submeter-se a algumas fases em que Administração e concorrentes realizam atos específicos e tornados ao certame.

A fase interna do certame consiste naquela em que a Administração realiza todos os atos inerentes à elaboração do certame, antes da convocação dos concorrentes.

Nessa fase, embora não haja a participação de licitantes, a Administração pode valer da utilização de orçamentos fornecidos por pessoas do ramo do objeto (inclusive possíveis licitantes), a fim de elaborar planilha de custos unitários.

Segundo o Professor Niebuhr:

“A licitação pública inicia-se numa fase preparatória ou interna, em que a Administração Pública **empreende planejamento e estudos prévios para definir o objeto da licitação pública e todas as condições para participar dela, elaborando o instrumento convocatório**. Ou seja, a fase interna da licitação é destinada à elaboração desse instrumento. Nela a Administração empreende estudos e segue procedimento, que, no final das contas, redonda no instrumento convocatório. [...] Cumpre afirmar que **o sucesso da licitação, qualquer que seja a modalidade utilizada, depende da fase interna, da elaboração do instrumento convocatório**, porque é nele que a Administração define todas as condições determinantes do processo licitatório”⁵⁷

Uma compra ou aquisição no serviço público geralmente se inicia por um pedido direcionado à autoridade competente, realizado por determinado setor do órgão, o qual necessita de uma contratação específica.

Em regra não existe uma formalidade para esse pedido, entretanto o mesmo deverá conter a especificação exata do que se deseja, evitando, assim, uma contratação mal feita.

Em razão disso, na modalidade pregão no âmbito federal, o Decreto n. 3.555/00, art. 8º, II e III, alínea a), dispõe acerca da obrigatoriedade da utilização do termo de referência.

“Art. 8º A fase preparatória do pregão observará as seguintes regras: [...]

II - o termo de referência é o documento que deverá conter elementos capazes de propiciar a avaliação do custo pela Administração, diante de orçamento detalhado, considerando os preços praticados no mercado, a definição dos métodos, a estratégia de suprimento e o prazo de execução do contrato;

III - a autoridade competente ou, por delegação de competência, o ordenador de despesa ou, ainda, o agente encarregado da compra no âmbito da Administração, deverá:

⁵⁷ NIEBUHR, op. cit., p. 157. Grifou-se.

- a) definir o objeto do certame e o seu valor estimado em planilhas, de forma clara, concisa e objetiva, de acordo com termo de referência elaborado pelo requisitante, em conjunto com a área de compras, obedecidas as especificações praticadas no mercado;”

Já a fase externa se inicia logo após a elaboração do edital, com a seguinte ordem, conforme os ensinamentos de Hely Lopes Meirelles: “a) *audiência pública*; b) *edital ou convite de convocação dos interessados*; c) *recebimento da documentação e propostas*; d) *habilitação dos licitantes*; e) *julgamento das propostas*; f) *adjudicação e homologação*.”⁵⁸

Cabe esclarecer, primeiramente, que a audiência pública é requisito ínsito no artigo 39 da Lei de Licitações, todavia só será obrigatória quando o valor estimado para a licitação for superior a 100 (cem) vezes o valor imposto para concorrência em serviços de obra e engenharia (art. 23, I, c).

Outrossim, quando da modalidade pregão, as letras d) e e) da definição supratranscrita invertem-se.

1.5.1 Edital

O edital já foi amplamente discutido no item 1.2.5, e, conforme a lição de Hely Lopes Meirelles “vincula inteiramente a Administração e os proponentes às suas cláusulas. [...] O *edital* é a matriz da licitação e do contrato, mas não é exaustivo, porque as normas superiores e anteriores do órgão licitante o complementam, embora não reproduzidas no seu texto.”⁵⁹

É de se ressaltar que os vícios do edital podem ser combatidos por meio da impugnação a qual poderá ser feita por qualquer cidadão, e protocolada em até 5 (cinco) dias úteis antes da entrega das propostas. Os licitantes poderão fazê-lo até o segundo dia útil antes da entrega das propostas, sob pena de decadência (art. 41, §§ 1º e 2º da Lei 8.666/93).

⁵⁸ MEIRELLES, op. cit., p. 100.

⁵⁹ Idem, ibidem, p. 102.

O prazo mínimo entre a publicação do edital e a entrega das propostas será de 30 dias para a concorrência, 45 dias para o concurso, 15 dias para tomada de preço e leilão, e 8 dias úteis no pregão presencial ou eletrônico (art. 4º, V, da Lei 10.520/02).

No artigo 40 e incisos da Lei de Licitações, observam-se alguns requisitos que o edital deverá possuir. Para Marçal Justen Filho, o artigo 40 divide o edital em duas partes “Há o “preâmbulo” e o “corpo”. No corpo, encontram-se as regras fundamentais e que constituem sua própria razão de existir. No preâmbulo, há um sumário do edital, contendo as principais informações que possam ser relevantes para interessar terceiros”⁶⁰

1.5.2 Habilitação

A habilitação é a fase do processo licitatório em que a Administração Pública verifica a “capacidade e a idoneidade” dos participantes do certame, a fim de efetuar o contrato. Nesta fase não são averiguadas as propostas, mas sim os possíveis contratantes⁶¹.

Esta fase está subdividida pelo art. 27 da Lei de Licitações em: habilitação jurídica; qualificação técnica; qualificação econômico-financeira; regularidade fiscal; cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.

A habilitação jurídica, disposta no art. 28 da Lei 8.666/93. Nela os licitantes apresentarão documentos de acordo com a sua natureza jurídica, quer sejam pessoa física, firma individual, sociedade comercial, sociedade anônima, sociedade civil ou empresa estrangeira⁶². É de se ressaltar que na habilitação jurídica, os concorrentes deverão provar a sua “*aptidão efetiva* para exercer direitos e contrair obrigações, com responsabilidade absoluta e relativa por seus atos.”⁶³

Já os documentos comprobatórios da regularidade fiscal, são exigidos pelo artigo 29 da Lei, e segundo Hely Lopes de Meirelles, “como indica o próprio nome, é o atendimento das exigências do Fisco (quitação ou discussão dos tributos pelo

⁶⁰ JUSTEN FILHO, op. cit., p. 516.

⁶¹ NIERBUHR, op. cit., p. 221.

⁶² Idem, ibidem.

⁶³ MEIRELLES, op. cit., p. 115.

contribuinte).”⁶⁴ E, não obstante, a Lei ainda exige a regularidade perante a Previdência Social, obedecendo-se ao disposto no artigo 195, §3º, da Constituição Federal.

A documentação relativa à habilitação técnica está prevista no artigo 30 do Estatuto das Licitações e refere-se a:

I - registro ou inscrição na entidade profissional competente;

II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;

III - comprovação, fornecida pelo órgão licitante, de que recebeu os documentos, e, quando exigido, de que tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação;

IV - prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso.

Esse artigo condensa uma série de requisitos que abonem a capacidade profissional do licitante. Para Hely Lopes Meirelles, essa capacidade divide-se em genérica, específica e operativa:

“Comprova-se a capacidade técnica *genérica* pelo registro profissional; a capacidade técnica *específica*, por atestados de desempenho anterior e pela existência de aparelhamento pessoal *adequados* para a execução do objeto da licitação; a capacidade técnica *operativa*, pela demonstração da existência de aparelhamento e pessoal *disponíveis* para a execução do objeto da licitação constante do edital.”⁶⁵

Por derradeiro, a qualificação econômico-financeira, a qual tem seus requisitos dispostos no artigo 31 da Lei, visa demonstrar a capacidade do licitante de suportar os encargos decorrentes do contrato, e é “aferida, em princípio, pela boa situação financeira da empresa e pela inexistência de ações que possam afetar seu

⁶⁴ MEIRELLES, op. cit., p. 116.

⁶⁵ Idem, ibidem, p. 117.

patrimônio.”⁶⁶. Ela pode ser medida pelos balanços, ou balancetes da empresa, bem como pela prestação das garantias dispostas no art. 56 da Lei, entre outros.

Em regra, a fase de habilitação precede a das propostas, entretanto, na modalidade pregão ocorre o contrário, quando as propostas são avaliadas em primeiro lugar.

Por fim, faz-se necessário importar para este trabalho o entendimento do Ilustre Doutrinador Adilson Abreu Dallari, num pensamento menos formalista, para ele “não se exige senão o necessário e quando necessário, dispensando-se requisitos inúteis, meramente burocráticos ou indevidamente restritivos da participação ou habilitação.”⁶⁷

1.5.3 Julgamento das Propostas

Segundo Adilson Abreu Dallari, as propostas serão julgadas de acordo com dois aspectos, quais sejam: o da viabilidade da proposta e as vantagens que podem ser proporcionadas à Administração.⁶⁸

Para Marcello Caetano as propostas devem ser sérias, firmes e concretas.⁶⁹

A proposta séria, “é aquela que é feita com o propósito de ser mantida, e, quando necessário, pode a Administração exigir uma caução provisória para garantir sua seriedade. Firme é a proposta que não apresenta cláusulas restritivas, resolutivas ou excepcionais. Proposta concreta é aquela que não apresenta preços indeterminados, tais como “o mais favorável” ou “dez por cento menos que o melhor preço oferecido”.⁷⁰

De acordo com o art. 43 da Lei 8.666/93, primeiramente haverá a abertura do envelope de habilitação, e sua apreciação. Depois, devolver-se-ão os envelopes das propostas daqueles licitantes inabilitados. Ato seguinte serão abertos os envelopes das propostas, caso tenha transcorrido o prazo para recurso, ou caso haja renúncia expressa daqueles inabilitados. Sendo assim, será observado se as propostas estão de acordo com edital, desclassificando-se aquelas que não estiverem. E, por fim, será procedido o

⁶⁶ MEIRELLES, op. cit., p. 119.

⁶⁷ DALLARI, op. cit., p. 141.

⁶⁸ Idem, ibidem, p. 151.

⁶⁹ CAETANO, Marcelo. *Manual de Direito Administrativo*. 1.ed. Rio de Janeiro: Forense. P. 539

⁷⁰ DALLARI, op. cit., p. 151.

juízo e classificação das propostas, de acordo com o edital e seus critérios, mormente o tipo escolhido para o certame.

1.5.4 Homologação e Adjudicação

A palavra adjudicação vem do latim *ad judicare*, o qual procede de *jus dicere*, que significa dizer o direito. Portanto conclui-se que adjudicar é “dizer o direito” em favor de alguma pessoa.⁷¹

Após a adjudicação que, em outras palavras, significa declarar quem seria o vencedor, a Administração poderá, de acordo com Lucia Valle Figueiredo “1) *homologar* a licitação, dado, destarte, eficácia ao ato adjudicatório; 2) *anular* a licitação, por ter havido vício insanável em seu procedimento; 3) *revogar* a licitação, por ser inconveniente ou inoportuna a contratação.”⁷²

Entretanto, existe uma discussão doutrinária quanto qual ato seria anterior, a homologação ou a adjudicação.

Para Marçal Justen Filho, contrariamente a Lucia Valle Figueiredo, supracitada, “A Lei nº 8.666 determina que a autoridade superior realize, primeiramente, a homologação do resultado da licitação. Em momento logicamente posterior, promoverá a adjudicação.”⁷³ Isso por que o art. 43, VI, da Lei, apontou que após o juízo e classificação das propostas, haverá a “deliberação da autoridade competente quanto à **homologação e adjudicação** do objeto da licitação.”

A homologação trata-se de ato realizado pela autoridade superior (art.43, VI), em que são considerados dois aspectos: um para efeitos de legalidade, e outro quanto à conveniência. Quanto à legalidade, não há discricionariedade, pois, ocorrendo qualquer nulidade, o vício deve ser sanado de acordo com sua natureza e extensão. Após será realizado um juízo de conveniência acerca da licitação, em que fundamentadamente, a autoridade poderá revogar a licitação.⁷⁴

⁷¹ FIGUEIREDO, op. cit., p. 512.

⁷² Idem, ibidem, p. 513.

⁷³ JUSTEN FILHO, op. cit., p. 576.

⁷⁴ Idem, ibidem, p. 577.

É, ainda, patente, lembrar, conforme o item 1.2.7, do Princípio da Adjudicação Compulsória, que a adjudicação, embora não confira o direito de contratação ao adjudicatário, impede que a Administração efetue contrato de mesmo objeto com outro que não o vencedor.

Feita essa análise geral das licitações, far-se-á uma descrição da Lei 123/06 e seus institutos.

2. A LEI COMPLEMENTAR N. 123/06

2.1 Política pública de tratamento diferenciado dado às MEs e EPPs

Em 15 de dezembro de 2006 foi publicada a Lei Complementar n. 123/06, conhecida como o Estatuto da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte, a qual ingressou no ordenamento jurídico no fito de facilitar a operação e manutenção das microempresas e empresas de pequeno porte, especificamente gerando um tratamento diferenciado, favorecido e simplificado às mesmas no que tange ao recolhimento e apuração de impostos e contribuições federais, estaduais e municipais, por via de arrecadação em guia única; obrigações trabalhistas e previdenciárias; acesso ao crédito e ao mercado, preferência nas aquisições realizadas pelos entes públicos, entre outros.

De acordo com Julpiano Chaves Cortez⁷⁵ os diplomas básicos sobre Estatuto da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte seguiram a seguinte ordem: Lei n. 7.256/84, Lei n. 8.864/94, Lei n. 9.317/96, Lei n. 9.841/99, Lei Complementar 123/06.

A Constituição Federal de 1988, em sua redação original, assentou em seu art. 179:

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

⁷⁵ AMADOR PAES DE ALMEIDA (COORDENADOR); JULPIANO CHAVES CORTEZ. *Comentários ao Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 128.

pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.

Seguidamente, a Emenda Constitucional nº 6 de 1995, incluiu nos Princípios Gerais da Atividade Econômica, no art. 170, inciso IX, da Constituição Federal, o “tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.”

Em 19 de dezembro de 2003, a Emenda Constitucional nº 42 introduziu no texto Constitucional, por meio do artigo 94 da Constituição Federal, a cessação dos regimes especiais de tributação das MEs e EPPs próprios da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, quando entrasse em vigor o regime disposto no artigo 146, inciso III, alínea d, também inserto pela EC n. 42:

Art. 146. Cabe à lei complementar: [...]

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre: [...]

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.

De antemão, nota-se que o legislador teve a intenção de solidificar o tratamento diferenciado dado às MEs e EPPs ao estabelecer gradualmente essas normas, o que redundou na formulação da Lei Complementar n. 123/06.

De acordo com José Anacleto Abduch Santos “Na esteira do comando constitucional, trata a lei complementar de instituir diversos mecanismos jurídicos orientados a efetivar a opção constitucional pelo favorecimento das empresas de pequeno porte.”⁷⁶

Para James Marins e Marcelo M. Bertoldi ao passo que a Lei 123 foi implementada, houve maior efetividade ao princípio do tratamento diferenciado das MEs e EPPs, insito no capítulo constitucional da Ordem Econômica.

⁷⁶ SANTOS, José Anacleto Abduch. As licitações e o estatuto da microempresa. *Revista Brasileira de Direito Público - RBDP*, Belo Horizonte, ano 5, n. 16, p. 39-75, jan./mar. 2007. p. 43

Mais que mera reforma de parcela do sistema, cremos que esse regime o reconfigura ou mesmo o reprojeta para importante fração da atividade econômica brasileira, promovendo inclusão social e incentivando a formalização de pequenas atividades econômicas.⁷⁷

2.2 A definição de microempresa e empresa de pequeno porte e a sujeição aos benefícios da Lei.

Segundo James Marins e Marcelo M. Bertoldi, o legislador criou dois critérios para aferir quem se enquadraria no conceito de microempresa e empresa de pequeno porte:

“Para os efeitos da presente lei, o legislador utiliza-se de duplo critério para caracterizar o sujeito favorecido pelo tratamento diferenciado que institui. O primeiro critério, de ordem objetiva, diz respeito aos níveis de faturamento do agente [...]”⁷⁸

O art. 3º da Lei Complementar 123/06 dispõe, de acordo com esse critério, que microempresa será aquela que obtiver receita bruta anual igual ou inferior a R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais). Já a empresa de pequeno porte será aquela que obtiver receita bruta anual acima de R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais) e menor igual ou inferior a R\$ 2.400.000,00 (dois milhões e quatrocentos mil reais).

Para James Marins e Marcelo M. Bertoldi, o conceito de receita bruta é o seguinte:

“Para efeito desse enquadramento, entende-se como receita bruta o produto da venda de bens e serviços nas operações de conta própria, o preço dos serviços prestados e o resultado nas operações em conta alheia, não incluídas as vendas canceladas e os descontos incondicionais concedidos; ou seja, trata-se tão somente das receitas decorrentes das vendas de produtos, vendas de serviços ou decorrentes da locação de bens móveis.”⁷⁹

⁷⁷ MARINS, James. *Simples Nacional: Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 24

⁷⁸ Idem, *ibidem*, p. 35.

⁷⁹ Idem, *ibidem*, p. 41.

Já o segundo critério para enquadramento da Lei Complementar 123/06, seria de ordem subjetiva, e “refere-se às características pessoais do favorecido, devendo o mesmo enquadrar-se nos conceitos de *empresário*, *sociedade empresária* ou *sociedade simples*.”⁸⁰

Para aferição do segundo critério, necessária se faz uma análise do Código Civil o qual dispõe em seu artigo 966 que empresário trata-se daquela pessoa que “exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.”.

Não obstante, extrai-se do artigo 3º da Lei 123 que o empresário, o qual desejar beneficiar-se dos institutos da Lei 123/06 deverá estar registrado no Registro Público das Empresas Mercantis, conhecidos como Juntas Comerciais Estaduais, e as sociedades simples deverão estar registradas no Cartório de Registro Civil das Pessoas Jurídicas.

Outrossim, vale ressaltar que nem todas aquelas microempresas e empresas de pequeno porte que se encaixem nos parâmetros de receita bruta anual estipulada pelos incisos I e II, do art. 3º, da Lei 123/06, poderão usufruir dos benefícios estipulados na Lei, pois o §4º, incisos I a X, do art.3º, estipulam as hipóteses de não inclusão no regime diferenciado, bem como seu artigo 17 e incisos.

Além disso, os parágrafos 6º, 9º e 10º do art. 3º, art. 28 a 31, da Lei Complementar 123/06 dispõem as hipóteses de exclusão das empresas do regime diferenciado.

2.3 Os benefícios concedidos às MEs e EPPs pela Lei Complementar n.º 123/06

A Lei Complementar 123/06 estipula uma série de benefícios concedidos às microempresas e empresas de pequeno porte, e, segundo Julpiano Chávez Cortez, tem como “objetivo propiciar forma de proteção e incentivo às atividades empresariais de pequeno porte, por meio da simplificação da tributação, do estímulo ao crédito e da

⁸⁰ MARINS, op. cit., p. 36.

redução da burocracia.” Aponta ainda, que a norma tem “por finalidade a regularização das empresas que atuam na informalidade, criando condições para uma possível e desejada inserção social dos trabalhadores, que passarão a ser registrados, com Carteira de Trabalho assinada, gozando dos direitos trabalhistas e previdenciários.”⁸¹

Dentre os benefícios tributários destaca-se a criação do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, chamado de Simples Nacional, ora conhecido como SUPERSIMPLES. Basicamente, nesse sistema, que é facultativo, as empresas efetuam o recolhimento de impostos e contribuições sociais em uma guia única, com alíquotas progressivas, incidentes sobre a receita bruta, estando incluídos: IRPJ, IPI, CSLL, COFINS, PIS/PASEP, Contribuição para a Seguridade Social a cargo da pessoa jurídica, ICMS e ISS, de acordo com a atividade objeto da tributação.⁸²

Além disso, figuram benefícios na seara trabalhista, descritos no artigo 51 do Estatuto das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte, estando as MEs e EPPs dispensadas: “I – da afixação de Quadro de Trabalho em suas dependências; II – da anotação das férias dos empregados nos respectivos livros ou fichas de registro; III – de empregar e matricular seus aprendizes nos cursos dos Serviços Nacionais de Aprendizagem; IV – da posse do livro intitulado “Inspeção do Trabalho”; e V – de comunicar ao Ministério do Trabalho e Emprego a concessão de férias coletivas.”

Também, para a inscrição e baixa das MEs e EPPs foi estipulado tratamento especial, inclusive quanto à isenção de emolumentos e taxas (art. 4º, §3º, da Lei 123/06).

Quanto ao acesso aos mercados, há estímulo ao associativismo das MEs e EPPs, para a venda de produtos para o mercado nacional e internacional, como dispõe o art. 56 da Lei 123/06. Não obstante, a Lei estipula que serão realizadas linhas de crédito específicas para as pequenas empresas (art. 58, Lei 123/06). Há, também, estímulo à inovação tecnológica disposto nos artigos 64 a 67 a do Estatuto da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte.

Não obstante, existe ainda uma série de benefícios da Lei, como regras civis e empresariais mais benéficas, acesso facilitado à Justiça, todavia, por não ser o foco

⁸¹ AMADOR PAES DE ALMEIDA, op. cit., p. 129.

⁸² Idem, ibidem, p. 36-39.

deste trabalho, a partir de agora será feita uma análise detalhada do tratamento diferenciado concedido às MEs e EPPs no âmbito das licitações públicas, e as suas implicações no ordenamento jurídico nacional.

2.4 O Tratamento Diferenciado Dispensado às MEs e EPPs nas Licitações Públicas.

Como já bem assentado no item 2.1 do presente trabalho, o tratamento privilegiado concedido às microempresas e empresas de pequeno porte possui uma matriz constitucional, a qual, gradativamente, foi implementada, e redundou na publicação da Lei Complementar nº 123/06, também conhecida como o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte.

Observou-se, também, que o tratamento diferenciado é Princípio Constitucional da Ordem Econômica, incluso pela Emenda Constitucional n.º 6 de 1995, a qual acrescentou o inciso IX, ao artigo 170, *in verbis*:

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.

Nessa esteira, nos artigos 42 a 49, a Lei Complementar 123/06 tratou de normas que afetam as licitações públicas, firmando privilégios que se resumem em possibilidade de regularização fiscal tardia, criação do empate ficto, possibilidade de emissão de título de crédito quanto a empenhos não pagos e possibilidade realização de licitações diferenciadas.

Marçal Justen Filho, em sua obra *O Estatuto da Microempresa e as Licitações Públicas*, aduz que a Lei Complementar 123/06 foi inovadora, pois, até então, eram tímidas as tentativas de conceder tratamento diferenciado às MEs e EPPs no âmbito das licitações públicas, a exemplo do artigo 23, §1º, da Lei 8.666/93, que

permite a divisão do objeto da licitação em parcelas, viabilizando a participação de empresas de menor porte.⁸³

2.4.1 O Tratamento Diferenciado e a Regularização Fiscal

A regularidade fiscal, apontada no artigo 29 da Lei 8.666/93, já tratada no item 1.5.2.1, é um dos requisitos para a habilitação, e, na lição de Marçal Justen Filho “representa forma indireta de reprovar a infração às leis fiscais.”⁸⁴

Para José Anacleto Abduch Santos, “a exigência de regularidade fiscal, a par de legal, importa atenção ao princípio da isonomia em relação às obrigações para com a coletividade.”⁸⁵

Os artigos 42, *caput*, e 43, *caput*, da LC 123/06 dispõem:

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.

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.

Da redação legislativa do artigo 43 infere-se que, no momento da habilitação, toda a documentação exigida para a regularidade fiscal deverá ser apresentada, independentemente de apresentar alguma restrição, uma vez que, forte na redação do artigo 42, a regularidade fiscal deverá ser comprovada apenas quando houver a assinatura do contrato.

Nesse sentido José Anacleto Abduch Santos ensina que “O que foi remetido ao momento da assinatura do contrato foi a prova de regularidade fiscal. A participação

⁸³ JUSTEN FILHO, Marçal. O Estatuto da Microempresa e as Licitações Públicas. São Paulo: Dialética, 2007. p. 12.

⁸⁴ Idem, *ibidem*, p. 400.

⁸⁵ SANTOS, op. cit., p. 55.

no certame permanece vinculada à apresentação dos documentos previstos no edital e na lei.”⁸⁶

Sendo assim, caso a documentação apresentada na etapa de habilitação apresente alguma restrição, a microempresa ou empresa de pequeno porte vencedora do certame deverá efetuar a regularização da documentação, conforme prevê o §1º do artigo 43:

§ 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.

Segundo José Anacleto Abduch Santos, o termo inicial para a contagem do prazo de regularização é a intimação do licitante vencedor do certame, devendo ser registrado na ata, e deverá constar expressamente caso o vencedor tenha se dado por intimado.⁸⁷

Para Marçal Justen Filho, a solução formulada pela Lei Complementar 123 é “adequada e satisfatória”. Isso porque, para o autor figura-se totalmente razoável a verificação da regularidade fiscal apenas quando da assinatura do contrato, pois isso possibilitaria à Administração a obtenção de propostas mais vantajosas.⁸⁸

Todavia, cabe ressaltar que de acordo com Justen Filho, esse benefício não deveria estender-se somente às pequenas empresas, pois isso feriria o princípio da isonomia:

“Logo, a solução de remeter a avaliação dos requisitos de regularidade fiscal ao momento da contratação traduziria a disciplina mais compatível com as exigências constitucionais. A sua adoção por parte da LC nº 123 comportaria interpretação ampliativa e conforme à Constituição no sentido de que ter sido instaurada disciplina destinada a ser aplicada a toda e qualquer licitação, em face de qualquer licitante. Não haveria acréscimo normativo sob o argumento da isonomia, mas a interpretação ampliativa do benefício,

⁸⁶ SANTOS, op. cit., p. 56.

⁸⁷ Idem, ibidem, p. 57.

⁸⁸ JUSTEN FILHO, op. cit., p. 88-90.

fundada no pressuposto de ser a exigência de absoluta e antecipada regularidade fiscal uma exigência superior ao mínimo necessário à garantia dos interesses da Administração Pública.” P 91

Por fim, o §2º do artigo 43 da Lei Complementar 123/06 dispõe:

§ 2º 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 do contrato, ou revogar a licitação.

Para Jose Anacleto Abduch Santos, a redação deste parágrafo é equivocada porquanto “em primeira vista induz à conclusão no sentido de que há direito à contratação, o que não é correto. [...] Assim, sob rigor técnico não se haveria de falar de decadência do direito de contratar, eis que não há direito à contratação, mas do direito de não ser preterido se a contratação vier a se perfazer.”⁸⁹

Não sendo cumprida a regularização no prazo previsto, a administração poderá convocar os licitantes remanescentes na ordem classificatória, ou revogar a licitação.

Ainda, por fim, a Administração poderá efetuar a punição do licitante vencedor que não regularize a documentação, na forma do artigo 81, que dispõe sobre aquele licitante que se recusar injustificadamente a assinar o contrato. Para Abduch, o legislador, quis dizer que a não-regularização equivale à recusa para assinar, independentemente da justificativa para a não regularização, isso porque o participante deve antever a sua possibilidade de regularização ou não, antes mesmo de entrar na disputa do certame, devendo, portanto, ser punido, forte no princípio da boa-fé.⁹⁰

Marçal Justen Filho, em linha similar, ensina que caso o licitante invoque o benefício da Lei 123, e vença o certame, entretanto não efetue a regularização da documentação, este estará infringindo o seu dever ético, sendo passível de punição nos termos do art. 81 da Lei 8.666/93.⁹¹

⁸⁹ SANTOS, op. cit., p. 57-59.

⁹⁰ Idem, ibidem, p. 59.

⁹¹ JUSTEN FILHO, op. cit., p. 42.

O autor também invoca um questionamento, quanto ao credenciamento no pregão comum, pois, nesta modalidade, os licitantes deverão apresentar declaração de que cumprem os requisitos de habilitação (art. 4º, VII, Lei n.º 10.520) , todavia, nesse caso, as empresas que utilizarem-se da faculdade disposta nos artigos 42 e 43 da Lei 123, deverão firmar declaração de acordo com as suas condições.⁹²

Quanto ao pregão eletrônico no âmbito federal (Decreto Federal 5.450/05), Justen Filho levanta a hipótese da necessidade de apresentação do cadastro no SICAF - Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores, quando a licitação for promovida por ente integrante do SISG. É que a ausência de regularidade fiscal impede o cadastramento no SICAF. Nos ensinamentos do autor, esse entrave se resolve entendendo-se que a Lei Complementar 123 alterou o regime do SICAF, uma vez que o mesmo é gerido por norma inferior, qual seja o Decreto Federal nº 3.722/01. Nesse norte, as MEs e EPPs com pendências de regularização fiscal poderiam obter o seu cadastro no SICAF.⁹³

2.4.2 O Tratamento Diferenciado e o Empate Ficto

O empate nas licitações públicas, em regra, é decidido na forma do artigo 3º, §2º, da Lei 8.666/93, o qual privilegia as empresas nacionais, e do artigo 45, §2º, da mesma Lei, ou seja, por sorteio em público, convocados todos os licitantes.

O Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte trouxe uma novidade ousada. O privilégio das microempresas e das empresas de pequeno porte no que tange ao empate. Leia-se o artigo 44 da Lei:

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.

⁹² JUSTEN FILHO, op. cit., p. 80.

⁹³ Idem, ibidem, p. 81.

Vê-se, portanto, que a Lei 123/06 criou um novo critério para estabelecer o que seria empate, tratando-se de MEs e EPPs. Esse critério é um empate fictício, mais conhecido como *empate ficto*. Para as modalidades de licitação em geral, se a empresa sujeita ao regime diferenciado apresentar uma proposta superior em até 10% àquela considerada vencedora, poderá oferecer um preço inferior, consagrando-se a vencedora do embate. Na modalidade pregão essa diferença será de até 5%, dado o caráter mais competitivo dessa modalidade.

O procedimento para o desempate está disposto no artigo 45:

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.

§ 1º Na hipótese da não-contratação nos termos previstos no caput deste artigo, o objeto licitado será adjudicado em favor da proposta originalmente vencedora do certame.

§ 2º O disposto neste artigo somente se aplicará quando a melhor oferta inicial não tiver sido apresentada por microempresa ou empresa de pequeno porte.

§ 3º No caso de pregão, a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada será convocada para apresentar nova proposta no prazo máximo de 5 (cinco) minutos após o encerramento dos lances, sob pena de preclusão.

O inciso I do artigo 45 leva aduz que, havendo o empate, seja ele ficto ou não, a ME ou EPP melhor classificada no certame, ou seja, empatada de fato ou fictamente, poderá apresentar preço inferior, sendo-lhe adjudicado o objeto nessa ocasião. O questionamento que surge nesse caso é: qual seria o preço inferior?

Para José Anacleto Abduch Santos:

“Como a lei não estabelece qualquer parâmetro para esta nova proposta, qualquer valor menor do que a proposta original deve ser reputado suficiente para que o desempate se efetive (proposta apenas R\$1,00 menor do que a original, por exemplo).”⁹⁴

Todavia, a Justiça Federal de Santa Catarina já decidiu de modo contrário nos autos do mandado de segurança n.º 2008.72.00.001150-7, manejado por empresa de serviços terceirizados em face de ato do Pregoeiro dos Correios, sendo, que, atualmente, a causa encontra-se em reexame necessário no Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

Feita a ressalva legislativa, tem-se que no Pregão Eletrônico n.º 7000087/07, relativo à contratação de serviços de vigilância armada/desarmada para as agências da Diretoria Regional da ECT de Santa Catarina, houve o empate nos termos do artigo 44, da Lei Complementar n.º 123/06, das propostas oferecidas pela empresa [...], ora impetrante, e pela empresa [...]. Foi possibilitado à [...], então, a apresentação de proposta com menor preço, de acordo com o disposto na LC n.º 123/06.

Ocorre, porém, que a proposta apresentada pela [...] e declarada vencedora pelo pregoeiro diferenciava em apenas R\$ 0,1 (um centavo) da melhor oferta: proposta da impetrante => R\$ 344.700,00; proposta da [...] => R\$ 344.699,99 (fl. 91).

Trata-se de diferença ínfima, irrisória e completamente irrelevante, que não tem o condão de configurar o "preço inferior" mencionado no artigo 45, inciso I, da LC n.º 123/06.

Importante frisar que a prerrogativa concedida pela Lei Complementar n.º 123/06 às micro empresas e empresas de pequeno porte, objetiva, além do tratamento diferenciado a tais empresas, oportunidade de a Administração obter o melhoramento da proposta até então vencedora. Embora a LC n.º 123/06 não estabeleça parâmetros, **é evidente que a contraposta oferecida pelas empresas beneficiadas pela referida Lei Complementar precisa conter diferença palpável, que efetivamente favoreça ao Poder Público, sob pena de deturpação do privilégio legal e de grave ofensa ao princípio da isonomia.**

Ilegal, assim, a decisão do pregoeiro no sentido de validar a contraproposta da [...], declarando-a vencedora do Pregão Eletrônico em questão.

Por fim, nota-se do inciso II, do artigo 45, que, não havendo a contratação da ME ou EPP melhor classificada, enquadrada nos parâmetros do empate estabelecidos no parágrafo 44, independentemente da causa da não contratação, aquelas empresas sujeitas ao regime diferenciado, que tenham efetuado propostas dentro dos parâmetros do empate de fato, ou ficto, serão chamadas, de acordo com a ordem classificatória, para “cobrir” o preço até então considerado vencedor.

⁹⁴ SANTOS, op. cit. p. 61.

Além disso, em havendo empate de fato entre as propostas de MEs ou EPPs, estabelecidas dentro dos parâmetros indicados nos §§ 1º e 2º do art. 44, essa pendência será resolvida pelo sorteio, conforme preceitua o artigo 45, III.

Cabe esclarecer que, não havendo a contratação por meio do benefício explicitado nos artigos 44 e 45, a proposta originalmente melhor será declarada a vencedora (art. 45, §1º, da Lei 123/06).

Quanto ao prazo para a elaboração de proposta inferior à “vencedora”, este será de 5 minutos, tanto no pregão presencial quanto eletrônico (art. 45, §3º, da Lei 123/06), sendo a lei omissa quanto ao prazo das outras modalidades, cabendo ao ato convocatório prever o prazo.⁹⁵

Cumprе ressaltar que, no pregão, não sendo a proposta inferior apresentada no prazo do art. 45, §3º, haverá a preclusão do direito, convocando-se “o autor da segunda melhor proposta (no âmbito das pequenas empresas) [...] Assim se passará sucessivamente até que se obtenha uma proposta mais vantajosa ou que se exauram os licitantes aptos a se beneficiarem do regime da LC nº 123.”⁹⁶

2.4.3 O Tratamento Diferenciado e os Empenhos Não Pagos

A Lei Complementar 123/06 criou um novo título de crédito, denominado “cédula de crédito microempresarial”, insito em seu artigo 46:

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.

⁹⁵ JUSTEN FILHO, op. cit., p. 98.

⁹⁶ Idem, ibidem.

Na lição de Cláudio Carneiro, as despesas públicas possuem um procedimento formal, realizado nas etapas desde a Fixação da Despesa, ou seja, sua dotação orçamentária na LOA. Depois passa-se à Programação da Despesa, prevista no artigo 8º da Lei de Responsabilidade Fiscal. A terceira etapa é o Empenho da Despesa:

Considerado o ato emanado da autoridade administrativa que confirma a relação jurídica com o contratado, antecedendo a despesa (art. 58, Lei n.º 4.320/64). Cria para o Estado a obrigação de pagamento, com o objetivo de garantir seus diferentes credores, não podendo, contudo, exceder o limite de créditos concedidos⁹⁷

A quarta etapa é trata da Liquidação da Despesa, no qual se objetiva verificar a efetiva prestação do objeto, bem como anotar qual será a quantia correta a ser paga. A quinta é a Ordem de Pagamento, na qual a autoridade competente, após a liquidação, autoriza o pagamento. E, por último, há o Pagamento.

De acordo com o artigo 46 da Lei Complementar 123/06, seria facultado à microempresa ou empresa de pequeno porte, a qual não recebesse uma determinada quantia da Administração Pública, decorrente de um empenho emitido, e já liquidado, emitir a cédula de crédito microempresarial. Para José Anacleto Abduch, a norma foi criada pois não é incomum que a Administração efetue a liquidação, mas deixe de realizar o pagamento da despesa, restando ao credor “diligenciar administrativa ou politicamente para receber seus haveres, ou, a adoção da via judicial.”⁹⁸

Os efeitos da emissão do título seriam a possibilidade do credor realizar execução contra a Fazenda Pública, ou sua negociação no mercado financeiro. Todavia, até então o Poder Executivo não efetuou a regulamentação do título, conforme preceitua o §1º do artigo 46.⁹⁹

2.4.4 Os Privilégios quanto às Licitações Diferenciadas

⁹⁷ CARNEIRO, Claudio. *Curso de Direito Tributário e Financeiro*. Vol.1. Atualizada com a LC 128/08 e as MPs 449/08 e 451/08. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 15.

⁹⁸ SANTOS, op. cit., p. 66-67.

⁹⁹ Idem, ibidem.

Além de todos os privilégios já elencados, a Lei Complementar n. 123/06 assentou, em seu artigo 47, que os entes da Federação poderão implementar, em seus ordenamentos próprios, tratamento privilegiado e simplificado às MEs e EPPs:

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.

Para José Marins e Marcelo M. Bertoldi, esse artigo visa à consecução de alguns objetivos do Estado, mormente o desenvolvimento econômico e social regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e a inovação tecnológica.¹⁰⁰

Pode-se notar a ausência da estipulação do Distrito Federal, quanto a sua faculdade de editar legislação a respeito, todavia a doutrina é majoritária no sentido de que, por isonomia, o dispositivo também se aplica ao Distrito Federal.¹⁰¹

Marçal Justen Filho, sobre a solução assegurada pelo artigo 47, assevera que “reflete a determinação constitucional no sentido da titularidade pela União da competência privativa para legislar sobre normas gerais em matéria de licitação. [...] Assim sendo, o art. 47 simplesmente veiculou normas gerais e amplas, que estabelecem parâmetros bastante imprecisos e destinados a fundar a competência legislativa dos entes federativos para dispor sobre normas específicas” Todavia, o autor alerta que os artigos 47 e 48 da LC 123/06, pelo caráter restritivo, merecem verificação ante a Constituição Federal.¹⁰²

O artigo 48 amealhou algumas hipóteses de tratamento diferenciado a serem cumpridos nos termos do artigo 47:

Art. 48. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública poderá realizar processo licitatório:

I – destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nas contratações cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais);

¹⁰⁰ MARINS, op. cit., p. 217.

¹⁰¹ SANTOS, op. cit., p. 67.

¹⁰² JUSTEN FILHO, op. cit., p. 16-17.

II – em que seja exigida dos licitantes a subcontratação de microempresa ou de empresa de pequeno porte, desde que o percentual máximo do objeto a ser subcontratado não exceda a 30% (trinta por cento) do total licitado;

III – em que se estabeleça cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte, em certames para a aquisição de bens e serviços de natureza divisível.

§ 1º O valor licitado por meio do disposto neste artigo não poderá exceder a 25% (vinte e cinco por cento) do total licitado em cada ano civil.

§ 2º Na hipótese do inciso II do caput deste artigo, os empenhos e pagamentos do órgão ou entidade da administração pública poderão ser destinados diretamente às microempresas e empresas de pequeno porte subcontratadas.

O artigo 48 introduz três espécies de licitações diferenciadas para as MEs e EPPs, sendo elas: as contratações reservadas até R\$80.000,00 (oitenta mil reais), a subcontratação obrigatória, e o fracionamento obrigatório.

A hipótese do inciso primeiro do artigo 48 foi regulamentada no âmbito federal pelo Decreto 6.204/07, o qual dispõe que os órgãos da administração pública federal direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, deverão realizar procedimentos licitatórios destinados exclusivamente às MEs e EPPs, nas contratações de até R\$80.000,00 (artigo 6º do Decreto 6.204/07).

O inciso II do artigo 48 dispõe sobre a possibilidade da Administração realizar certames licitatórios com a exigência da subcontratação de até 30% do objeto licitado à uma ME ou EPP. José Anacleto Abduch Santos afirma que tal exigência pode trazer restrição à competitividade, vez que todas as empresas licitantes deverão ter parcerias firmadas com microempresas ou empresas de pequeno porte.

Justen Filho alerta que subcontratação não deve ser confundida com cessão de contrato, pois o licitante contratado será o único obrigado junto à Administração, e que a escolha do subcontratado deverá ser feita pelo contratado, pois aquele será responsável pela execução defeituosa perante o contratado. Todavia existe um risco a ser suportado, qual seja a criação de uma ME ou EPP artificial, suprindo-se a exigência legal.¹⁰³

¹⁰³ JUSTEN FILHO, op. cit., p. 117.

Abduch Santos entende em sentido contrário quanto à responsabilidade do subcontratado perante a Administração, afirmando que “esta relação contratual importa em responsabilidade solidária perante a Administração no tocante à execução do objeto do contrato principal.”¹⁰⁴

O Estado do Espírito Santo já implantou a faculdade do inciso segundo do artigo 48, no artigo 18 do Decreto Estadual n. 2060-R/2008, o qual dispõe que “nas licitações realizadas pelos órgãos e entidades que integram a Administração Pública Direta e Indireta do Estado do Espírito Santo poderá constar do instrumento convocatório dispositivo que determine que a contratada realize subcontratação de até 30% (trinta por cento) do objeto licitado a microempresa, empresa de pequeno porte ou equiparada.”

Além disso, o §2º do artigo 48 permite que a Administração efetue os empenhos diretamente às empresas subcontratadas no caso do inciso II.

Já o inciso III estabelece uma possibilidade do edital impor uma cota de 25% do objeto, destinado às MEs e EPPs naquelas licitações de bens e serviços, em que o objeto seja divisível.

O artigo 23, §1º da Lei de Licitações já impõe que “As obras, serviços e compras [...] serão divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis.” visando à consecução do princípio da vantajosidade. A novidade é por conta da obrigatoriedade da reserva de 25% do objeto exclusivamente destinado às MEs e EPPs, o que também já foi implantado pelo Estado do Espírito Santo no artigo 19 do Decreto Estadual n. 2060-R/2008.

Além disso, o §1º do artigo 48 impõe que as licitações diferenciadas, nos termos dos artigos 47 e 48, somente poderão chegar a 25% do total licitado em um ano. Marçal Justen Filho interpreta o dispositivo de modo que o limite de 25% caberia a cada categoria de objetos licitados, evitando-se, dessa maneira, um monopólio das MEs e EPPs em certos ramos.¹⁰⁵

Por fim, é de se ressaltar que caso haja uma licitação diferenciada nos termos do artigo 48, essa deverá ser devidamente fundamentada, para que cumpra os seus fins, ínsitos no artigo 47, sob pena de invalidade.

¹⁰⁴ SANTOS, op. cit., p. 71.

¹⁰⁵ JUSTEN FILHO, op. cit., p. 122.

3. A LEI COMPLEMENTAR 123/06 À LUZ DOS PRINCÍPIOS DAS LICITAÇÕES PÚBLICAS

O tema do tratamento diferenciado, simplificado e privilegiado concedido às microempresas e empresas de pequeno porte, no âmbito das licitações públicas, envolve uma discussão sobre a ponderação dos princípios que regem a Administração Pública, e, nesse caso, as licitações públicas, especialmente a vinculação ao instrumento convocatório, a vantajosidade e a isonomia, bem como princípios correlatos.

Sob esse prisma, faz-se necessária uma análise apurada dos reflexos da Lei Complementar 123/06 no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente no que tange à repercussão da Lei perante os princípios e normas estatuídos na Constituição Federal de 1988.

3.1 O Tratamento Diferenciado e o Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório.

O artigo 40 da Lei de Licitações dispõe sobre as cláusulas que o edital de licitação deverá conter, *in verbis*:

Art. 40. O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

[...]

VI - condições para participação na licitação, em conformidade com os arts. 27 a 31 desta Lei, e forma de apresentação das propostas;

VII - critério para julgamento, com disposições claras e parâmetros objetivos;

[...]

XVII - outras indicações específicas ou peculiares da licitação.

[...]

Da redação legislativa do artigo 40, *caput* e incisos, infere-se que o edital deverá conter todas as normas às quais o licitante estará sujeito, e, nelas, deverão estar prescritas as condições para participação no certame, a forma de apresentação das propostas, os critérios objetivos de julgamento, bem como outras indicações que se fizerem pertinentes.

Nesse norte, deve se recordar que a Lei Complementar n.º 123/06 trouxe em seu bojo mudanças as quais afetaram diretamente a formulação do instrumento convocatório, bem como as etapas seguintes, e, principalmente, o julgamento das propostas.

Por exemplo, tem-se a possibilidade de regularização fiscal tardia introduzida pelos artigos 42 e 43 do Estatuto das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, já abordada e explanada no item 2.4.1. Essa modificação altera a etapa de habilitação, vez que permite a regularização dos documentos fiscais quando da assinatura do contrato. Pela análise do artigo 40 da Lei de Licitações, tal benefício deveria estar necessariamente disposto no ato convocatório, conforme o posicionamento de José Anacleto Abduch Santos:

“Primeiramente, de ordem procedimental, no sentido de que deverão ser revistos e adequados os procedimentos preliminares da fase interna do certame, inclusive os instrumentos convocatórios, para contemplar expressamente os direitos subjetivos públicos de titularidade das microempresas e empresas de pequeno porte.

Portanto, a partir da vigência da lei o ente da Administração está obrigado a fazer constar dos instrumentos convocatórios os critérios e procedimentos destinados à efetivação dos benefícios da lei.

Esta assertiva decorre da interpretação sistemática do artigo 40 da Lei n.º 8.666/93. Já se disse que o edital é a lei interna da licitação. Com efeito, este dispositivo legal determina que obrigatoriamente deverão constar do instrumento convocatório todas as regras necessárias ao deslinde juridicamente válido do certame (em homenagem ao princípio da publicidade e ao princípio da transparência administrativa, inclusive). Os direitos e procedimentos instituídos pela Lei Complementar n.º 123/2006 são nucleares e integram a categoria de regras necessárias ao deslinde juridicamente válido do certame, especialmente no tocante ao julgamento.

Não basta, portanto, a previsão legal do tratamento diferenciado e favorecido no tocante às aquisições públicas. Deve haver (o que parece óbvio) previsão expressa desse tratamento, prerrogativas e procedimentos, no edital do certame.

Aos destinatários particulares das normas compete exigir a previsão editalícia delas, o que pode ser feito pela impugnação do instrumento convocatório na forma prevista no artigo 41 da Lei nº 8.666/93, ou pela via judicial.”¹⁰⁶

Não obstante, os artigos 44 e 45 da Lei Complementar 123/06, introduziram a figura do empate ficto, o qual modificou os critérios de julgamento das propostas, beneficiando as MEs e EPPs, conforme tratado no item 2.4.2.

Para Jair Eduardo Santana e Edgar Guimarães, a implementação das condições conferidas às MEs e EPPs, dispostas nos artigos 42 a 45 deverão constar do instrumento convocatório. Segundo os autores, tal assertiva decorre do princípio da vinculação ao instrumento convocatório:

“O supedâneo para tal entendimento encontra-se fundado no princípio da vinculação ao instrumento convocatório que determina à entidade licitadora e aos licitantes o estrito cumprimento dos termos do edital. Em outras palavras, sendo o edital a lei interna da licitação, afigura-se indispensável que este instrumento faça previsão de todas as regras e condições que regerão a competição, impossibilitando qualquer espécie de surpresa no curso do procedimento.” PÁGINAS 23 E 24

José Anacleto Abduch explicita de forma clara a necessidade da inserção das regras de tratamento diferenciado no edital do certame, utilizando-se do seguinte exemplo: “Da mesma forma que não basta a previsão legal do regime de cotas em concursos públicos para provimento de cargo público, eis que as condições e procedimentos relativos ao benefício legal devem estar previstos no edital correspondente.”¹⁰⁷

¹⁰⁶ SANTOS, op. cit., p. 47-48. Grifou-se.

¹⁰⁷ Idem, ibidem.

Em sentido oposto, o Tribunal de Contas do Estado do Paraná, em consulta formulada pelo Município de Toledo/PR, firmou entendimento de que não é necessária a previsão editalícia dos benefícios previstos na Lei Complementar 123 *in verbis*:

A permissão para participação nos procedimentos licitatórios das micro e pequenas empresas, bem como, a aplicação do tratamento diferenciado instituído na Lei Complementar não é um poder, mas um dever da administração pública, considerando a vigência da Lei Complementar e a sua auto-aplicabilidade. (ACÓRDÃO Nº 13/08 - Tribunal Pleno Processo nº : 335454/07; Origem: Município de Toledo; Assunto : Consulta; Relator : Conselheiro Hermas Eurides Brandão ; Publicado em 01/02/2008)

O Tribunal de Contas da União também já decidiu nesse mesmo sentido, de que, embora se deva sempre primar pelo detalhamento do edital, os benefícios insertos na Lei Complementar 123/06, constantes dos artigos 44 e 45 (empate ficto), não dependem da previsão no instrumento convocatório:

REPRESENTAÇÃO DE LICITANTE. PRIVILÉGIOS ESTABELECIDOS PELO ESTATUTO DA MICROEMPRESA E EMPRESA DE PEQUENO PORTE. LEI COMPLEMENTAR 123/2006. REVOGAÇÃO DE CAUTELAR. DETERMINAÇÕES.

1. Os privilégios concedidos às microempresas e empresas de pequeno porte pelos arts. 44 e 45 da Lei Complementar 123/2006 independem da existência de previsão editalícia.(Tribunal de Contas da União ; Acórdão 2144/2007 - Plenário ; Entidade: Fundação Universidade Federal da Grande Dourados/MS ; Ministro Relator AROLDO CEDRAZ ; Unidade Técnica SECEX-MS - Secretaria de Controle Externo - MS ; Sessão 10/10/2007)

Marçal Justen Filho segue o entendimento do Tribunal de Contas da União, asseverando que:

“Os referidos benefícios são de observância obrigatória por todas as entidades administrativas que promoverem licitações. A fruição dos benefícios por parte das ME e das EPP não se subordina a alguma decisão discricionária da Administração Pública. Trata-se de determinação legal imperativa, derivada do exercício pela União de sua competência legislativa privativa para editar normas gerais sobre licitação (CF/88, art. 22, inc. XXXVI). [...] Portanto, não caberá negar a uma ME ou a uma EPP a possibilidade de beneficiar-se das regras previstas nos arts. 42 a 45 da LC n.º 123, nem mesmo sob o argumento da ausência de regulamentação. Também não caberá afirmar que o ato convocatório não forneceu a solução cabível para o exercício e para o deferimento dos benefícios. [...] não obstante o silêncio do edital, os benefícios previstos na LC n.º 123 deverão ser

reconhecidos, deferidos e aplicados - sob pena de configuração de nulidade da decisão denegatória.”¹⁰⁸

Outra inovação introduzida pela Lei Complementar 123/06 trata-se da possibilidade da realização de licitações diferenciadas, previstas nos artigos 47 e 48 do diploma legal, já amplamente tratadas no item 2.4.4.

Quanto aos tipos diferenciados de licitações, o Estatuto das MEs e EPPs tratou de determinar a sua disposição obrigatória em edital, caso a Administração se utilize dessas prerrogativas:

Art. 49. Não se aplica o disposto nos arts. 47 e 48 desta Lei Complementar quando:

I – os critérios de tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte não forem expressamente previstos no instrumento convocatório;

Sobre o artigo 49, inciso I, Marçal Justen Filho sustenta que existe um erro técnico-jurídico em sua redação, pois, na verdade, “a exigência de previsão dos critérios de participação e julgamento no ato convocatório não configura limitação à adoção da licitação diferenciada. O que o dispositivo pretende é determinar que todo o ato convocatório de uma licitação diferenciada explicitamente os critérios e requisitos de participação e de julgamento. [...] Não se trata de um pressuposto de aplicação ou de exclusão da licitação diferenciada, mas de um requisito de sua validade.”¹⁰⁹

Destarte, observa-se nesse quesito uma mitigação do princípio da vinculação do instrumento convocatório, por conta dos entendimentos dos Tribunais de Contas Pátrios, em que pese a discordância de parte da Doutrina.

Para Adilson Abreu Dallari, “Em termos práticos, deve-se considerar que, quando mera formalidade burocrática for um empecilho à realização do interesse público, o formalismo deve ceder diante da eficiência.”¹¹⁰

¹⁰⁸ JUSTEN FILHO, op. cit., p. 21.

¹⁰⁹ JUSTEN FILHO, op. cit., p. 126-127.

¹¹⁰ DALLARI, op. cit., p. 42.

3.2 O Tratamento Diferenciado e o Princípio da Vantajosidade

O princípio da vantajosidade, decorrente do princípio da eficiência, está assegurado pelo artigo 3º da Lei de Licitações, e foi já tratado no item 1.2.9 deste trabalho. Em suma, tal princípio objetiva obter a melhor relação custo-benefício para a Administração.

Tratando-se da Lei Complementar nº 123/06, em específico, do benefício contido quanto à criação do empate ficto, observa-se que a Lei foi cautelosa a fim de não ferir o princípio da vantajosidade, porquanto o seu artigo 45 dispôs que as MEs e EPPs para se consagrarem vencedoras do certame deveriam apresentar proposta inferior àquela considerada vencedora:

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;

Embora haja controvérsia (item 2.4.2) quanto ao *quantum* configuraria um preço inferior à Administração, há de se afirmar que houve preocupação do legislador quanto ao princípio da vantajosidade nesse aspecto.

Dos ensinamentos de Marçal Justen Filho extrai-se a interpretação de como funciona o sistema do empate ficto à luz do princípio da vantajosidade:

Ou seja, a preferência assegurada à pequena não se traduz em se reputar como vencedora a proposta por ela formulada, ainda que apresente valor superior ao das propostas dos demais licitantes. Em caso de empate (ficto, inclusive), surge uma faculdade para a pequena empresa, consistente no poder de *alterar* a proposta apresentada, reduzindo o seu valor para montante inferior àquele constante da proposta do licitante *normal*.

Logo, a Administração Pública não é autorizada a contratar com a pequena empresa quando a proposta por ela apresentada não for a mais vantajosa. O benefício consiste em facultar à pequena empresa a possibilidade de introduzir benefícios não existentes originalmente em sua proposta, de modo a torná-la a mais vantajosa dentre as diversas apresentadas no certame.¹¹¹

¹¹¹ JUSTEN FILHO, op. cit., p. 94-95.

Jonas Lima segue no mesmo sentido ao afirmar que existe a necessidade de apresentação de uma proposta de menor valor, caso haja empate, “em respeito à finalidade legal da licitação de selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração.”¹¹²

Justen Filho alerta para a possibilidade de oferecimento de preços inexequíveis quando do desempate, afirmando que não se admite o “reconhecimento da validade de contratações desastrosas [...] Suponha-se que, encerrado um certame em que tenha ocorrido o exercício da preferência em caso de empate ficto, a Administração Pública constate que os preços de mercado são muito inferiores aos obtidos na licitação. É evidente que não será admissível a homologação do certame.”¹¹³

Todavia, não se pode deixar de lado a natureza do objeto da licitação quando for elaborado o edital de acordo com os preceitos da Lei Complementar 123/06.

Isso significa afirmar que, muito embora a ME ou EPP possa oferecer um preço mais vantajoso à Administração quando da utilização da faculdade do empate ficto, o edital deverá conter disposições de qualificação econômico-financeira, e técnicas de acordo com o objeto licitado, para que o próprio princípio da vantajosidade não seja ferido.

José Anacleto Abduch Santos leciona que:

A natureza peculiar do objeto da licitação pode demandar requisitos de habilitação econômico-financeira incompatíveis com a estrutura financeira das microempresas e das empresas de pequeno porte.

Indicadores como o patrimônio líquido ou como o capital social mínimos, bem como índices contábeis [...] mínimos ou máximos podem ser exigidos por necessários para aferição da capacidade econômico-financeira dos licitantes, sendo certo que a partir de determinados limites tais índices são inatingíveis pelas microempresas ou pelas empresas de pequeno porte - afastando-as do tratamento diferenciado.

Essa prerrogativa administrativa de fixar as condições de participação no certame permanece inalterada, sem que se possa cogitar de violação do espírito da norma complementar, desde que coerentes com os princípios da proporcionalidade, razoabilidade e motivação.¹¹⁴

¹¹² LIMA, Jonas. Licitações para pequenas empresas: novidade da década de 40. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1364, 27mar.2007. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9655>. Acesso em: 15 dez. 2009.

¹¹³ JUSTEN FILHO, op. cit., p. 104.

¹¹⁴ SANTOS, op. cit., p. 53.

Demais disso, quanto à habilitação técnica, o autor novamente dispõe que o edital deverá conter os requisitos necessários à execução do objeto, porquanto isso se reflete no princípio da vantajosidade:

Alías, por força do princípio da supremacia do interesse público e da vantajosidade, a definição acerca dos requisitos de qualificação técnica não devem ser ponderados com vistas a qualquer tipo de favorecimento ou tratamento diferenciado. Devem ser publicados única e exclusivamente para que seja possível a melhor contratação pública. Esta decisão administrativa é, pois, uma daquelas em relação às quais o princípio insculpido no artigo 170, IX da Constituição Federal deve ceder lugar (em juízo de ponderação valorativa) a outros valores jurídico/constitucionais que deve a Administração proteger.¹¹⁵

Outrossim, quanto às licitações diferenciadas, dispostas nos artigos 47 e 48 do Estatuto das MEs e EPPs, cabe ressaltar que o artigo 49, incisos II e III, dispõe sobre a vantajosidade à Administração:

Art. 49. Não se aplica o disposto nos arts. 47 e 48 desta Lei Complementar quando:

[...]

II – não houver um mínimo de 3 (três) fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório;

III – o tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte não for vantajoso para a administração pública ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado;

Nota-se, novamente, a atenção do legislador quanto à vantajosidade da disputa, vez que, comprovado o possível prejuízo à Administração, não se podem realizar as ditas licitações diferenciadas, quais sejam a licitação exclusiva para MEs e EPPs em valor até R\$ 80.000,00, a subcontratação obrigatória de até 30% do objeto do certame, e cotas de até 25% do objeto do certame direcionadas exclusivamente às MEs ou EPPs.

¹¹⁵ SANTOS, op. cit., p. 54. Grifou-se.

Joel de Menezes Niebuhr assevera quanto ao dispositivo legal que “a Administração deve analisar as especificidades de cada caso para avaliar se deve ou não conceder o tratamento diferenciado e simplificado, que somente se justifica, repita-se, se for vantajoso para o interesse público.”¹¹⁶

Jair Eduardo Santana e Edgar Guimarães aduzem que tal disposição legal decorre do princípio da supremacia do interesse público:

O inciso III cuida de tema que soa óbvio porque não havendo vantajosidade para a Administração Pública certamente não haverá de se aplicar não apenas a solução da LC nº 123/06, mas qualquer outra que seja porque o interesse público deve mesmo ser sobreposto ao das MEs/EPPs. JAIR SANTANA P. 136

No entendimento de José Anacleto Abduch Santos, as prerrogativas estatuídas quanto às licitações diferenciadas, lavradas nos artigos 47 e 48, por si só, exceptuam o princípio da vantajosidade, porquanto “implicam em limitação à competitividade. Limitar a competitividade importa diminuir a possibilidade de obtenção da proposta mais vantajosa. Evidente. Reduzido o universo dos competidores há redução do potencial de efetivar-se o propósito da licitação concernente à busca da vantajosidade da contratação.”¹¹⁷

Nesse norte, vislumbra-se que a Lei Complementar 123/2006 visou, por meio de seus dispositivos, privilegiar o princípio da vantajosidade, seja por meio da obrigação de elaboração de proposta inferior para o caso do empate ficto, seja nas licitações diferenciadas, somente permitidas quando não gerarem uma posição desvantajosa à Administração.

3.3 Um Panorama dos Princípios da Vinculação ao Instrumento Convocatório, Vantajosidade e Isonomia

O primeiro Estatuto da Microempresa, qual seja a Lei nº 7.256/84, trazia benefícios fiscais, trabalhistas, previdenciários, dentre outros. No entanto, o referido

¹¹⁶ MARINS, op. cit., p. 218.

¹¹⁷ SANTOS, op. cit., p. 53.

diploma não adentrou no mérito dos benefícios concedidos às microempresas e empresas de pequeno porte quanto às aquisições públicas.

Tal tarefa, foi sendo pouco a pouco implementada no ordenamento jurídico pátrio, conforme tratado no item 2.1 desta monografia, até ensejar a aprovação, do, até então Projeto de Lei Complementar nº 123/2004, de autoria do Deputado Jutahy Junior, tornando-se uma realidade por meio da Lei Complementar nº 123/2006.

A principal novidade inserta por esta Lei tratava-se do tratamento diferenciado e favorecido quanto às aquisições públicas, conforme seu artigo 1º, inciso III.

Segundo Marçal Justen Filho, o objetivo dessa mudança seria “permitir que as empresas destituídas de porte relevante saíam-se vencedoras em licitações promovidas pela Administração Pública.”¹¹⁸

A Lei de Licitações impõe em seu artigo 3º, que um dos princípios norteadores das licitações públicas é o da isonomia:

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.¹¹⁹

Quanto à isonomia, Marçal Justen Filho assegura que “É da essência da licitação a adoção de tratamento diferenciado entre os particulares. Assim se impõe porque a licitação conduz à seleção de um ou de alguns potenciais interessados. [...] Não se admite, porém a discriminação arbitrária, produto de preferências pessoais e subjetivas do ocupante do cargo público. [...] A isonomia significa um tratamento uniforme para situações uniformes, distinguindo-se-as na medida em que exista diferença.”¹²⁰

Tal fato, como descrito pelo ilustre doutrinador, é o que se passa quando são aplicados os preceitos da Lei Complementar 123/2006. Considerando-se a

¹¹⁸ JUSTEN FILHO, op. cit., p. 12.

¹¹⁹ Grifou-se.

¹²⁰ JUSTEN FILHO, op. cit., p. 67-68.

hipossuficiência das microempresas e empresas de pequeno porte, o Estado passa a realizar um papel chamado de Estado Social ou Prestador, como bem leciona José Anacleto Abduch Santos:

A esse respeito a doutrina é uniforme. Tratar da atuação estatal contemporânea implica rediscussão de um paradigma. Qual paradigma? O paradigma do Estado Social ou Prestador. Na medida em que o Estado constata a insuficiência de recursos financeiros para o atendimento direto das necessidades públicas, se aproxima da gestão administrativa em parceria com os particulares, mediante meios jurídicos alternativos de conduta e de financiamento das políticas públicas. Agrega-se a esta posição o conjunto de meios e instrumentos jurídicos estabelecidos pelo Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, favorecendo entidades que detenham esta condição nas relações contratuais com o Poder Público.

Inobstante, não se pode privilegiar apenas o tratamento diferenciado, forte no princípio da isonomia, em detrimento dos outros princípios regentes dos procedimentos licitatórios, porquanto esses devem guardar um grau de compatibilidade entre si quando aplicados na prática.

Justen Filho assevera que “Não se admite que a Administração Pública produza liberalidades na transferência de recursos para entidades privadas, visando pura e simplesmente a redistribuição 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 existência de benefícios aos interesses coletivos. [...] Aliás e justamente por isso, o art. 49, inc. III, da LC nº 123 *veda* a utilização da figura prevista nos arts. 47 e 48 quando “o tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte não for vantajoso para a administração pública.”¹²¹

Pelo princípio da supremacia do interesse público, não pode o Estado passar a efetuar benesses em desacordo, por exemplo, com o princípio da vantajosidade, como assegura Justen Filho:

Em vista de tais pressupostos, deve-se entender que não se admitirá que a Administração Pública desembolse valores incompatíveis com os preços disponíveis no mercado. Se o resultado da licitação diferenciada conduzir a

¹²¹ JUSTEN FILHO, op. cit., p. 116.

preços superiores aos usuais de mercado, caberá à Administração Pública promover a revogação da licitação.¹²²

Nesse ínterim, surgem discussões acerca da aplicabilidade de determinados dispositivos da Lei Complementar 123/06, à luz dos princípios das licitações.

Por exemplo, tem-se o artigo 48, I, o qual prevê a realização de licitação destinada exclusivamente à participação de MEs e EPPs, quando o objeto licitado for de até R\$80.000,00 reais, como ocorre no Decreto Federal 6.204/07, em seu artigo 6º, para as licitações em âmbito federal.

A despeito desse tipo de licitação diferenciada, o doutrinador catarinense Joel de Menezes Niebuhr rechaça qualquer possibilidade de realização de licitação cujo número de participantes seja limitado, uma vez que se fere o princípio da isonomia, bem como o da vantajosidade:

O inciso I do artigo 48 da Lei Complementar nº 123/06 é flagrantemente inconstitucional.

Em primeiro lugar, ele opõe-se ao princípio da isonomia, pois impede pessoas não qualificadas como microempresas ou empresas de pequeno porte de participarem da licitação.

É sabido que o princípio da isonomia não significa igualdade absoluta, que os iguais devem ser tratados com igualdade e que os desiguais devem ser tratados com desigualdade. [...]

Entretanto, favorecer microempresas e empresas de pequeno porte não significa impedir que outras pessoas participem de licitação. [...]

O problema é que o inciso I do artigo 48 da Lei Complementar nº 123/06 recusa a competição, ferindo de morte o direito das pessoas que não sejam microempresas ou empresas de pequeno porte de participarem da licitação, que se funda no princípio da isonomia, encartado no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal.¹²³

Outrossim, atualmente tem sido muito comum no âmbito das licitações públicas, a utilização dos benefícios concedidos quanto às aquisições públicas arditosamente, porquanto empresas que não fazem jus ao benefício, por não mais se enquadrarem na condição de ME ou EPP, têm participado de certames declarando-se MEs ou EPPs, quando na verdade já são de médio, ou até de grande porte, o que,

¹²² Idem, *Ibidem*, p. 123-124.

¹²³ NIEBUHR, *op. cit.*, p. 196.

certamente, fere de morte o princípio da isomia, e até mesmo espírito da Lei Complementar 123/06 de fomentar a participação das MEs e EPPs no mercado.

Sobre tal situação, Jonas Lima detalha o que vem ocorrendo na prática:

Diversas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte conseguiram êxito em licitações, em razão dos benefícios da Lei Complementar 123/06, que até chegaram a assumir contratos de mais de R\$ 10 milhões, o que é uma aberração no sentido de se permitir que essas empresas continuem participando de outras licitações com os benefícios de acesso quando, na prática, elas já extrapolaram em muito o limite legal. [...]

Desvirtuou-se o verdadeiro sentido da Lei, que era de dar a primeira chance ao pequeno empresário. Mas agora que um pequeno já ganhou contas anuais que em muito ultrapassam R\$ 2,4 milhões porque ele continua, por exemplo, tendo direito ao chamado benefício de desempate? Porque não dar agora a vez a um outro pequeno empresário?

A respeito desse assunto, frise-se, apesar dos parágrafos finais do artigo 30 da Lei Complementar 123/2006, terem trazido normas de exclusão da empresa do regime beneficiado, quando ela se torna grande. O fato é que a redação foi falha e, agora, nada está sendo acompanhado ou proibido quando deveria sim, haver um controle dos contratos vigentes para evitar excessos como os que vêm ocorrendo.

É absolutamente inaceitável continuar aplicando o Estatuto da Microempresa ou da Empresa de Pequeno Porte a uma empresa que somente em 2007 já ultrapassou em muito o limite de enquadramento.

Nesse particular, tanto a Lei Complementar 127/07 [...] tanto o Decreto 6.204/07, perderam a oportunidade de corrigir essa situação, com uma mudança legislativa, mudança nos sistemas, ainda mais integração de dados, ou seja, a oficialização do acompanhamento do crescimento da empresa nas licitações e contratos públicos, a exemplo do que fazem os norte-americanos, que passam a monitorar sempre os contratos que vão sendo assumidos pelas empresas enquadradas no conceito de small business.¹²⁴

Sobre o tema também já se manifestou Adilson Abreu Dallari, o qual também assegura que não há disciplina legislativa quanto ao uso de empresas frias com o propósito de burla, *in verbis*:

“Criar uma empresa grande ou diversas empresas menores é uma opção empresarial garantida pela Constituição Federal e, em princípio, “qui jure suo utitur neminem laedit” (quem usa o seu direito não lesa ninguém). O que não se pode admitir é a criação fictícia de empresas “frias”, com o propósito de burla. Isso deveria ter sido disciplinado pela lei, mas não o foi.”¹²⁵

¹²⁴ LIMA, Jonas. *Lei Complementar 123/06 - Aplicações*. Curitiba: Negócios Públicos, 2008. p. 31.

¹²⁵ DALLARI, op. cit., p. 11.

José Anacleto Abduch Santos alerta sobre a possibilidade de argüir o desenquadramento da empresa em sede de impugnação administrativa:

Não constituiria exagero supor que, em determinado certame um licitante pode vir a impugnar a condição de microempresa [...] Em tese, portanto, entende-se possível a não aplicação dos benefícios legais em caso de comprovada perda superveniente, no curso da licitação, das condições jurídicas para usufruir as benesses legais.¹²⁶

Inobstante o tratamento diferenciado e favorecido concedido às MEs e EPPs ser um princípio constitucional, disposto no artigo 170, inciso IX, da Carta Magna, deve-se ressaltar a necessidade de não se desprender dos deveres legais e constitucionais. É o que se depreende dos ensinamentos de Josecleto Abduch dos Santos:

Não obstante o tratamento diferenciado e favorecido de que trata a lei complementar não implica que o Administrador está autorizado a descurar dos demais deveres jurídicos legal e constitucionalmente previstos. Assim, uma das finalidades precípua da licitação, qual seja, a obtenção da proposta mais vantajosa ainda permanece hígida e objetivo principal a ser perseguido pelo Administrador (ao lado da isonomia). Desta feita, o Administrador deve atender o princípio que orienta no sentido de favorecer as microempresas e empresas de pequeno porte, porém, na estrita medida em que não seja posto em risco a obtenção da proposta mais vantajosa.¹²⁷

De mesmo norte, Marçal Justen Filho leciona a necessidade de haver um balanceamento entre os preceitos constitucionais, desde a isonomia, a vantajosidade e o tratamento diferenciado:

“A realização do princípio da isonomia deve dar-se simultânea e conjuntamente com a seleção da proposta mais vantajosa. Não é possível privilegiar um desses dois fins como absoluto em si mesmo. A pretexto de dar tratamento equivalente a todos integrantes da comunidade, não é possível sacrificar a seleção de proposta mais vantajosa. A recíproca também é verdadeira.

A licitação busca realizar diversos fins, igualmente relevantes. Busca-se assegurar a seleção da proposta mais vantajosa, com observância do princípio da isonomia. Mas a licitação também é instrumento de controle da regularidade dos gastos públicos, da regularidade ética das condutas dos agentes públicos e particulares. Também se pode apontar a licitação como

¹²⁶ SANTOS, op. cit., p. 46-47.

¹²⁷ Idem, ibidem.

meio para a realização de políticas públicas, tal como acentuado a partir da vigência da Lei Complementar nº 123.

Todos esses princípios se conjugam e limitam entre si. Se prevalecesse exclusivamente a ideia da “vantajosidade”, a busca da “vantagem” poderia conduzir a Administração a opções arbitrárias ou abusivas. Enfim, poderia verificar-se confusão entre interesses primários e secundários da administração.

É certo que a Administração deverá obter a proposta mais vantajosa. Mas selecionar a proposta mais vantajosa não é suficiente para validar a licitação. A obtenção da vantagem não autoriza violar direitos e garantias individuais. Portanto, deverá ser selecionada a proposta mais vantajosa mas, além disso, têm de respeitar-se os princípios norteadores do sistema jurídico, em especial o da isonomia. Por mais vantajosa que fosse a proposta selecionada, não seria válida licitação que violasse direitos e garantias individuais.¹²⁸

Para que haja uma conexão adequada entre os princípios, Jose Anacleto Abduch Santos ensina que se deve ponderar, buscando-se o efetivo sentido normativo:

Interpretar importa buscar o sentido mais correto da norma dentre todos aqueles possíveis, em processo de ponderação axiológica entre normas, princípios e valores. Todas as normas relativas ao tema das decisões administrativas no processo licitatório e a qualquer outro tema correlato à análise terão o sentido extraído de acordo com esta ponderação, partindo sempre do vetor hermenêutico supremo, que é a Constituição Federal.¹²⁹

Destarte, face aos princípios que regem a Administração Pública, considerando a necessidade de convivência harmoniosa entre esses princípios, é de se afirmar que deve haver um estudo, para cada caso, por parte, tanto da Administração Pública, quanto dos licitantes, visando uma aplicação correta dos preceitos legais.

¹²⁸ JUSTEN FILHO, op. cit., p. 62-63.

¹²⁹ SANTOS, op. cit., p. 53.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei Complementar 123/06, conhecida como Estatuto das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte, trouxe uma inovação legislativa ao ordenamento jurídico nacional.

Embora já houvesse iniciativas anteriores referentes ao tratamento diferenciado concedido às MEs e EPPs, a legislação mais antiga jamais previu e regulamentou a possibilidade da concessão de privilégios no que tange às aquisições públicas.

Dentre os privilégios neste aspecto destaca-se, em primeiro lugar, a possibilidade de regularização fiscal tardia, ou seja, quando da assinatura do contrato. Essa mudança teve repercussão direta na fase de habilitação dos licitantes, porquanto permitiu às empresas sujeitas ao regime da Lei 123/06 a apresentação de documentação irregular por ocasião de habilitação fiscal, autorizando-se a sua regularização até o momento da lavratura do instrumento contratual. Acerca deste tema parte da doutrina sustentou que tal benefício deveria se estender a todas as empresas, uma vez que privilegiou a competitividade e, logo, a vantajosidade.

Em segundo lugar, a Lei criou a figura do empate ficto, consistente em uma hipótese de empate virtual, ou seja, a proposta apresentada por empresa sujeita ao regime desta Lei considera-se empatada com uma proposta de preço melhor, desde que seja até 10% superior para as modalidades de licitação em geral, e até 5% para a modalidade pregão, tanto presencial, quanto eletrônico. Essa alteração previu, ainda, que a ME ou EPP empatada de fato ou de modo fictício dentro dos parâmetros supra estipulados pode oferecer preço inferior à melhor proposta, ocasião em que o objeto seria adjudicado.

Em terceiro lugar, foi criada pela Lei a possibilidade de emissão de cédula de crédito microempresarial, a qual se trata de um novo título de crédito que pode ser emitido pela empresa sujeita ao regime da Lei 123/06 em casos de empenhos liquidados e não pagos. Todavia, esta mudança depende de regulamentação ainda não realizada.

O quarto benefício consiste na possibilidade de realização de licitações diferenciadas por parte das três esferas da federação, dependendo de lei específica, da União, estadual ou municipal, conforme o caso. São três tipos: licitações de participação exclusiva de MEs e EPPs para contratações de até R\$ 80.000,00; licitações em que seja obrigatória a subcontratação de até 30% do objeto contratual por parte de empresas não sujeitas ao regime da Lei 123/06; obrigatoriedade de reserva de cota de até 25% do objeto licitado para MEs e EPPs.

No terceiro capítulo tratou-se de apontar a repercussão da Lei quanto aos princípios da vinculação ao instrumento convocatório, da vantajosidade e da isonomia.

Quanto à vinculação ao edital observou-se que os Tribunais de Contas pátrios, bem como parte da doutrina, têm afirmado ser desnecessária a previsão editalícia quanto aos benefícios dispostos nos artigos 42 a 45 (regularização fiscal tardia e empate ficto). Entretanto, quanto às licitações diferenciadas previstas nos artigos 47 e 48, o artigo 49, inciso I, dispôs ser obrigatória a previsão em edital.

No que tange à vantajosidade viu-se a cautela do legislador ao exigir, no caso de empate ficto, a apresentação de proposta inferior, logo, mais vantajosa. Outrossim, o artigo 49, inciso III, determinou que as licitações diferenciadas (artigos 47 e 48) só poderiam ser realizadas caso não importassem em prejuízo ao erário.

O princípio da isonomia, disposto no artigo 5º da Constituição Federal, é a base do tratamento diferenciado em razão de se tratar desigualmente os desiguais, quais sejam, as MEs e EPPs e as empresas de médio e grande porte. Em verdade, todos os benefícios dispostos na Lei 123/06 guardam relação com o princípio da isonomia.

Não obstante, em que pese a elevação do tratamento diferenciado a princípio constitucional, há de se analisar a aplicabilidade do referido princípio, bem como das normas estatuídas pela Lei em questão, em um todo composto por uma cadeia de princípios.

Nesse contexto, deve-se fazer uma interpretação sistemática dos preceitos constitucionais, a fim de sopesar a incidência das normas e princípios no caso concreto, evitando-se, assim, injustiças.

REFERÊNCIAS

AMADOR PAES DE ALMEIDA (COORDENADOR); JUPIANO CHAVES CORTEZ. *Comentários ao Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 128.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 15.ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 86

BINENBOJM, Gustavo. *A Constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos*. Revista Eletrônica sobre Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 13, março/abril/maio, 2008. Disponível na Internet: [HTTP://www.direitodoestado.com.br/rere.asp](http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp). Acesso em 14 de setembro de 2009, p. 10

Brasil. Tribunal de Contas da União. *Licitações e contratos : orientações básicas / Tribunal de Contas da União*. – 3. ed, rev. atual. e ampl. Brasília : TCU, Secretaria de Controle Interno, 2006. p. 16.

CAETANO, Marcelo. *Manual de Direito Administrativo*. 1.ed. Rio de Janeiro: Forense. P. 539

CARNEIRO, Claudio. *Curso de Direito Tributário e Financeiro*. Vol.1. Atualizada com a LC 128/08 e as MPs 449/08 e 451/08. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 15.

DA CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Curso de Direito Administrativo*. 4.ed. Salvador: JusPODIVM,2006. p. 12.

DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos Jurídicos da Licitação*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 22 e 23.

FAZZIO JUNIOR, Waldo. *Fundamentos de Direito Administrativo*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p.21

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Sistema de registro de preços e pregão presencial e eletrônico*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 455.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 63.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009, p. 11.

_____. O Estatuto da Microempresa e as Licitações Públicas. São Paulo: Dialética, 2007. p. 12.

LIMA, Jonas. Licitações para pequenas empresas: novidade da década de 40. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1364, 27mar.2007. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9655>. Acesso em: 15 dez. 2009.

_____. *Lei Complementar 123/06 - Aplicações*. Curitiba: Negócios Públicos, 2008. p. 31.

PEREIRA, JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 531.

PONTES, Valmir. Programa de Direito Administrativo. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Sugestões Literárias, 1968. p. 113

MARINS, James. *Simples Nacional: Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 24

MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e Contrato Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 34.

NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação Pública e Contrato Administrativo*. 1.ed. Curitiba: Zênite, 2008. p. 31.

SANTOS, José Anacleto Abduch. As licitações e o estatuto da microempresa. *Revista Brasileira de Direito Público - RBDP*, Belo Horizonte, ano 5, n. 16, p. 39-75, jan./mar. 2007. p. 43