

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

DEPARTAMENTO DE DIREITO

**O TRATAMENTO DIFERENCIADO E FAVORECIDO
CONCEDIDO ÀS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE
PEQUENO PORTE NAS LICITAÇÕES PÚBLICAS**

MIGUEL ARMANDO PEREIRA JÚNIOR

Florianópolis, julho de 2009

MIGUEL ARMANDO PEREIRA JÚNIOR

**O TRATAMENTO DIFERENCIADO E FAVORECIDO
CONCEDIDO ÀS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE
PEQUENO PORTE NAS 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, julho de 2009



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

TERMO DE APROVAÇÃO

A presente monografia, intitulada **O tratamento diferenciado e favorecido concedido às microempresas e empresas de pequeno porte nas licitações públicas**, elaborada pelo acadêmico **Miguel Armando Pereira Júnior** e aprovada pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 9,5 (nove e meio), 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, 10/07/2009.

Luis Carlos Cancellier de Olivo
Professor Orientador

Leilane Mendonça Zavarizi da Rosa
Membro da Banca

Alexandre Trichez
Membro da Banca

Dedico este trabalho aos meus pais, que desde cedo investiram na minha educação e construíram a estrutura necessária para que chegasse até aqui.

Agradecimentos:

A Deus; ao meu orientador, Dr. Luis Carlos Cancellier de Olivo; à minha família; à Aurineide, minha companheira de sempre; aos meus amigos pela força e momentos de descontração, em especial ao meu primo Rafael; ao pessoal do futebol; aos professores, servidores e colegas de faculdade pelo convívio harmonioso nesses últimos anos; aos demais colegas e amigos, que deixo de citar nomes para não cometer injustiças.

*“Não siga cegamente o que os outros lhe dizem.
Conheça o que lhe dá serenidade, clareza e
paz interior. Esse é o caminho a seguir”.*

(Buda)

RESUMO

A presente monografia, requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, enfoca a problemática a respeito do tratamento diferenciado e favorecido concedido às microempresas e empresas de pequeno porte nas licitações públicas. Para tanto é feita uma abordagem acerca do instituto da licitação pública, apresentando seu conceito, fases, modalidades, tipos e princípios que a regem, partindo da premissa de que a Administração deve promover a defesa do interesse público, em que o procedimento licitatório é um instrumento identificador da proposta mais vantajosa e garantidor de segurança e licitude para a própria Administração e para os licitantes do certame. A seguir passa-se à apreciação dos aspectos gerais do Estatuto das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, instituído pela Lei Complementar nº 123/06. Nesse momento é realizado um histórico legislativo dos estatutos anteriores, seguido de análise do conceito de micro e pequena empresa, do critério de enquadramento, não inclusão e exclusão destas nos privilégios do Estatuto. Além de uma breve explanação dos benefícios concedidos pela Lei. Por fim, apontam-se os tratamentos diferenciados e favorecidos concedidos às microempresas e empresas de pequeno porte nas licitações públicas. Nessa parte do trabalho é realizada uma análise dos art. 42 à 49 da Lei Complementar nº 123/06, relativos aos privilégios nas licitações, com ênfase na relação deles com o princípio da isonomia.

Palavras chave: licitação – Lei Complementar nº 123/06 – princípio da isonomia

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE LICITAÇÃO	12
1.1 Conceito e noções introdutórias	12
1.2 Princípios da licitação	14
1.2.1 Princípio da Legalidade	14
1.2.2 Princípio da Impessoalidade	15
1.2.3 Princípios da Moralidade e da Probidade Administrativa	15
1.2.4 Princípio da Publicidade	16
1.2.5 Princípio da Vinculação ao Edital	16
1.2.6 Princípio do Julgamento Objetivo	16
1.2.7 Princípio da Adjudicação Compulsória	18
1.2.8 Princípio da Competitividade	18
1.2.9 Princípio Isonomia ou Igualdade	19
1.3 Objeto da Licitação e Obrigatoriedade	20
1.4 Dispensa e Inexigibilidade	20
1.5 Modalidades de Licitação	22
1.5.1 Concorrência	22
1.5.2 Tomada de Preço	23
1.5.3 Convite	24
1.5.4 Concurso	24
1.5.5 Leilão	25
1.5.6 Pregão	26
1.6 Fases da Licitação	27
1.6.1 Fase Interna	27
1.6.2 Fase Externa	28

1.6.2.1 Edital.....	28
1.6.2.2 Habilitação.....	29
1.6.2.3 Julgamento das Propostas.....	30
1.6.2.4 Homologação e Adjudicação.....	31
2. CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE A LEI COMPLEMENTAR Nº 123.....	33
2.1 Evolução das Normas sobre Micro e Pequenas Empresas.....	33
2.2 Origem do Tratamento Especial.....	35
2.3 Definição de Microempresa e de Empresa de Pequeno Porte.....	36
2.4 Enquadramento, Não Inclusão e Exclusão.....	38
2.4.1 Não Inclusão	38
2.4.2 Exclusão	40
2.5 O Fórum Permanente das Micro e Pequenas Empresas.....	41
2.6 Benefícios do Regime Especial.....	42
2.7 Decreto nº 6.204/07.....	46
3 O TRATAMENTO PRIVILEGIADOS ÀS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE NAS LICITAÇÕES PÚBLICAS	47
3.1 Visão Panorâmica dos Privilégios.....	47
3.2 Privilégios quanto à Regularidade Fiscal.....	48
3.3 Privilégios quanto ao Desempate.....	51
3.4 Privilégios em Matéria de Empenhos Não Pagos	56
3.5 Privilégios quanto as Licitações Diferenciadas.....	56
3.6 Tratamento Privilegiado e o Princípio da Isonomia.....	61
CONSIDERAÇÕES FINAIS	65
REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS	67

INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca demonstrar o tratamento diferenciado e privilegiado aplicado às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte nas Licitações Públicas a partir do advento da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.

A referida lei instituiu o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte. A maior parte das disposições apresenta natureza tributária, sendo também incluídos privilégios trabalhistas, previdenciários, creditícios e burocráticos.

Todavia, o diploma reservou algumas disposições relativas à participação de micro e pequenas empresas nos procedimentos licitatórios, fato criador de inúmeros debates sobre o tema.

Esta pesquisa pode ser justificada não apenas pelo valor social e jurídico do tema em questão, mas também por seu caráter atual, haja vista que a edição da Lei Complementar que norteia esse estudo data de dezembro de 2006.

O instituto da Licitação Pública sempre foi um instrumento a serviço da isonomia, uma vez que busca selecionar isonomicamente a melhor proposta para contratar com a administração pública. Dessa forma, o advento de uma lei que oferece privilégios às microempresas e empresas de pequeno porte nos procedimentos licitatórios e, portanto, coloca em discussão essa qualidade isonômica da licitação, merece um estudo atencioso.

A criação desses privilégios partiu de uma orientação constitucional. A Carta Magna, em seu Título VII (Da ordem econômica e financeira), prevê no artigo 170, inciso IX e no artigo 179, um tratamento favorecido e diferenciado para fins tributários, previdenciários, administrativos e creditícios às microempresas e empresas de pequeno porte, justamente para fortalecer a atividade empresarial.

Com o objetivo de regulamentar tal preceito constitucional, a Lei Complementar nº 123/06 instituiu o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, concedendo-lhes um tratamento diferenciado e favorecido em várias áreas do Direito, inclusive no instituto da licitação.

Para entender como se procede esse tratamento preferencial, este trabalho inicia fazendo uma explanação sobre licitação pública. O primeiro capítulo é destinado a uma abordagem sintética acerca do instituto da licitação, apresentando seu conceito, modalidades, fases, princípios que o regem e outros assuntos pertinentes ao seu objeto.

O segundo capítulo busca apresentar um panorama geral da Lei Complementar nº123/06. Para tanto, é realizado, inicialmente, um histórico legislativo dos Estatutos anteriores. A partir de então, é feita uma análise do conceito de microempresa e empresa de pequeno porte e dos critérios de enquadramento, não inclusão e exclusão. Por fim, apresenta-se uma noção geral dos benefícios trazidos pela Lei às micro e pequenas empresas.

No capítulo terceiro, chega-se a um ponto crucial neste trabalho: a análise dos dispositivos do Capítulo V do Estatuto, que trata dos benefícios referentes às aquisições públicas. Nesse momento, entre os artigos 42 e 49, a Lei Complementar nº 123/06 dispõe sobre o tratamento diferenciado e favorecido às micro e pequenas empresas, como os privilégios quanto à regularidade fiscal, ao desempate e as licitações diferenciadas.

Por fim, no mesmo capítulo terceiro, é realizada uma análise da relação entre o tratamento diferenciado e favorecido e o princípio da isonomia, questão de suma importância em um Estado Democrático de Direito, porquanto se tratar de um princípio fundamental do nosso ordenamento jurídico.

1. CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE LICITAÇÃO

1.1 Conceito e noções introdutórias

A Administração Pública não consegue, sozinha, produzir todos os bens e prestar todos os serviços necessários à satisfação do interesse público. Para isso, é necessário celebrar contratos com particulares.

Ocorre que o Poder Público não possui a liberdade que os particulares dispõem para adquirir e alienar bens, tampouco para contratar a execução de uma obra ou serviço. Para isso, a Administração Pública necessita adotar preliminarmente um procedimento chamado licitação.¹

Marçal Justen Filho assim define:

A licitação é um procedimento administrativo disciplinado por lei e por um ato administrativo prévio que determina critérios objetivos de seleção da proposta de contratação mais vantajosa, com observância do princípio da isonomia, conduzido por um órgão dotado de competência específica.²

Portanto, a licitação pode ser entendida, de forma sintética, como o procedimento administrativo que busca selecionar de forma isonômica a proposta mais vantajosa para ser contratada pela Administração Pública.

Para Hely Lopes Meirelles, ao propiciar igualdade de oportunidade a quem deseja contratar com a Administração Pública dentro dos limites pré estabelecidos, a licitação atua como fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos.³

¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 514.

² JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 309.

³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p.25.

O instituto da licitação está previsto no artigo 37, inciso XXI da Constituição Federal, regulamentado pela Lei Federal nº 8.666/93.

A Constituição Federal dispõe:

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.

Tratando ainda de preceitos constitucionais, a Carta Magna, em seu artigo 22, inciso XXVII, dispõe que compete privativamente à União legislar sobre normas gerais referentes à licitação e contratos administrativos.

O artigo 3º da Lei 8.666/93 apresenta o conceito legal de licitação:

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.

Resta claro, portanto, os dois pontos cruciais do instituto da licitação – a busca pela proposta mais vantajosa para a Administração Pública e a observância do princípio da isonomia.

1.2 Princípios da licitação

Os princípios incidentes na licitação estão elencados no artigo 3º da Lei n. 8.666/93, a saber: legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório e julgamento objetivo, além de outros que lhe são correlatos.

1.2.1 Princípio da Legalidade

Impõe aos licitantes e à Administração Pública a necessária obediência ao rito e às fases estabelecidas pela legislação.

Tal princípio é demonstrado de forma explícita no art. 4º da Lei n. 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 qualquer cidadão acompanhar o seu desenvolvimento, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos.

Apenas a lei oferece as possibilidades para a Administração Pública definir as condições do futuro contrato, restringindo, assim, a discricionariedade do processo.

Aponta Marcos Juruena Villela:

A licitação deve atender ao Princípio da Legalidade, traçando-se, na lei ou na forma emanada de autoridade pela lei indicada, o procedimento a ser adotado, as hipóteses de sua obrigatoriedade e dispensa, os direitos dos licitantes, as modalidades de licitação e os princípios para contratação.⁴

⁴ SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo contratual*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p 9.

1.2.2 Princípio da Impessoalidade

Orienta o administrador a utilizar apenas critérios objetivos previamente estabelecidos, sem levar em consideração características pessoais dos licitantes.

Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Melo:

O princípio da impessoalidade encarece a proscrição de quaisquer favoritismo ou discriminações impertinentes, sublinhando o dever de que, no procedimento licitatório, sejam todos tratados com absoluta neutralidade. Tal princípio não é senão uma forma de designar o princípio da igualdade de todos perante a Administração.⁵

Justen Filho afirma que “a decisão será impessoal quando derivar racionalmente de fatores alheios à vontade psicológica do julgador.”⁶

1.2.3 Princípios da Moralidade e da Probidade Administrativa

É voltado não apenas ao agente da Administração Pública, mas também ao licitante. Orienta que o procedimento licitatório esteja de acordo com a moral, a ética, os bons costumes e as regras da boa administração.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro menciona:

A lei n. 8.666/93 faz referência à moralidade e à probidade, provavelmente porque a primeira, embora prevista na Constituição, ainda constitui um conceito vago, indeterminado, que abrange uma esfera de pensamentos ainda não absorvidos pelo Direito, enquanto a probidade ou, melhor dizendo, a improbidade administrativa já tem contornos bem mais definidos no direito positivo, tendo em vista que a Constituição estabelece sanções para punir os servidores que nela incidem (art. 37, §4º).⁷

⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. cit, p. 523.

⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit, p. 312.

⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 356.

1.2.4 Princípio da Publicidade

Todos os atos do procedimento licitatório deverão ser levados ao conhecimento do público, especialmente aos licitantes. Para Celso Antônio, é um dever de transparência em prol não apenas dos licitantes, mas de todo cidadão.⁸

O princípio da publicidade está explicitado no § 3º do art. 3 da Lei nº 8.666, uma vez que é prescrito que “a licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis os atos de seu procedimento, salvo quanto aos conteúdos das propostas até a respectiva abertura. Além disso, o art. 4º permite qualquer cidadão acompanhar o desenvolvimento do certame.

1.2.5 Princípio da Vinculação ao Edital

Além de estar presente no art. 3º da Lei n. 8.666, o princípio da vinculação ao instrumento convocatório também está consignado no art. 41 da mesma lei, segundo o qual “a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada”.

Portanto, a Administração e os licitantes são obrigados a respeitarem rigorosamente as regras previamente estipuladas para o certame, uma vez que o edital torna-se a lei interna da licitação.⁹

1.2.6 Princípio do Julgamento Objetivo

Tem como escopo evitar a subjetividade na escolha da proposta por parte da comissão julgadora. As regras de julgamento devem ser prévias, claras e objetivas. O

⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. cit, p. 525.

⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 276.

edital deve estabelecer o tipo de licitação: de menor preço, de melhor técnica, de técnica e preço ou de maior lance ou oferta.

A Lei n. 8.666, em seu art. 44, dispõe:

Art. 44. No julgamento das propostas, a Comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta Lei.

§ 1º É vedada 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.

§ 2º Não se considerará qualquer oferta de vantagem não prevista no edital ou no convite, inclusive financiamentos subsidiados ou a fundo perdido, nem preço ou vantagem baseada nas ofertas dos demais licitantes.

É acrescentado em seu art. 45:

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.

Vale lembrar que Celso Antônio adverte:

Cumpre reconhecer, entretanto, que objetividade absoluta só se pode garantir previamente nos certames decididos unicamente pelo preço. Quando entram em causa qualidade, técnica, rendimento – muitas vezes indispensáveis para a aferição das propostas – nem sempre será possível atingir-se o ideal da objetividade extrema, pois quando os bens ou serviços são fortemente aparentados nestes atributos, a primazia de um ou de outro dependem de apreciações irredutíveis a um plano excludente de opiniões pessoais.¹⁰

Resta claro, portanto, que o edital deve ser claro o suficiente para proporcionar um conhecimento prévio de qual critério de julgamento será utilizado, o que propicia melhor preparação por parte dos licitantes e melhor controle por parte dos órgãos competentes.

¹⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. cit, p. 526.

1.2.7 Princípio da Adjudicação Compulsória

Obriga a Administração, caso venha a efetivar o contrato, a fazê-lo com o vencedor do certame. Isso não significa que é constituído um direito à contratação, mas apenas que não poderá ser adjudicado outro que não o vencedor. Mesmo porque a Administração poderá, em defesa do interesse público, revogar ou anular a licitação. O que esse princípio visa evitar é que seja contratado outro que não o vencedor, ou até mesmo que seja realizada outra licitação enquanto houver uma adjudicação válida.

Ressalva-se que a adjudicação não é obrigatória ao vencedor se este desistir expressamente do contrato ou não o firmar no prazo prefixado, salvo se comprovar justo motivo.

1.2.8 Princípio da Competitividade

Uma vez que os licitantes entram em uma competição para ver quem oferece a proposta mais vantajosa para contratar com a Administração Pública, é imprescindível que esta propicie condições justas para essa competição.

O parágrafo 1º do art. 3º da Lei n. 8.666 dispõe:

§ 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;

A justa competitividade é tão importante para um probo procedimento licitatório que a sua inobservância configura crime, tipificado no art. 90 da lei em estudo:

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 Isonomia ou Igualdade

O princípio da isonomia ficou por último nesta lista não por ser menos importante. Pelo contrário, sua presença é tão vital que ele se confunde com o próprio conceito de licitação. Na verdade, foi reservado um lugar de destaque por corresponder a um ponto fundamental do presente trabalho, uma vez que é discutível se o tratamento privilegiado dado às Micro e Pequenas Empresas nas licitações fere ou não o princípio da isonomia. Por essa razão será analisado com maior profundidade mais adiante.

Por hora, cabe ressaltar que sugere um tratamento igualitário perante a lei, encontrando-se consagrado no art. 37, XXI da Constituição Federal:

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.

O art. 3º da lei n. 8.666/93 também o traz de forma destacada tal princípio:

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.

A igualdade entre os licitantes é assegurada pela ausência de privilégios ou discriminações. Se isso ocorrer é evidenciado desvio de poder, podendo configurar crime previsto no mesmo art. 90 da lei n. 8.666 visto anteriormente.

De acordo com Celso Antônio Bandeira de Melo, “o princípio da igualdade implica o dever não apenas de tratar isonomicamente todos os que afluírem ao certame,

mas também ao de ensejar oportunidade de disputá-lo a quaisquer interessados que, desejando dele participar, podem oferecer as indispensáveis condições de garantia.”¹¹

1.3 Objeto da Licitação e Obrigatoriedade

De acordo com o artigo 1º e 2º da Lei n. 8.666/93, constituem objeto possível do certame licitatório obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, locações, concessões e permissões, ressalvadas as hipóteses previstas em lei.

O parágrafo único do artigo 1º enuncia que está obrigado a licitar, prescrevendo a obrigatoriedade a todos os órgãos da Administração Pública direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações e empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estado, Distrito Federal e Municípios.

1.4 Dispensa e Inexigibilidade

Como visto anteriormente, a regra geral é que os contratos assinados entre a Administração Pública e os particulares devem ser precedidos de licitação. Todavia, o próprio texto constitucional que prescreve essa regra - o art. 37, XXI - excepciona a necessidade de se licitar em casos especificados na legislação.

Tais casos que liberam o Poder Público da obrigatoriedade de realização do certame licitatório são conhecidos como contratação direta, que corresponde a hipóteses em que a licitação é dispensada, dispensável ou inexigível.

Licitação dispensada é aquela em que a Administração Pública dispensa o certame em situações autorizadas pela lei, mais especificamente pelo art. 17, I e II da lei n. 8.666/93.

¹¹ Idem, p. 523.

Tais contratações têm como objeto alienações subordinadas ao interesse público e a avaliações prévias. Exemplificando, a lei declara a dispensa de licitação para imóveis nos casos de dação em pagamento, venda ou doação exclusiva a outro órgão público; alienação, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de bens imóveis de habilitações de interesse social. Para bens móveis nos casos de doação para fins e uso de interesse; permuta, venda de ações, títulos, venda de bens produzidos e comercializados por entidade da Administração e venda de materiais inservíveis.

O art. 24 e seus incisos enumeram taxativamente as hipóteses de licitação dispensável. Todas decorrem de fatos elencados pelo legislador como passíveis de serem justificadas pela contratação direta. Todavia, nestes casos, nada impede que o administrador opte pela realização do certame.

Justen Filho assim enuncia:

A dispensa de licitação verifica-se em situações, em que, embora viável a competição entre particulares, a licitação afigura-se objetivamente inconveniente ao interesse público. Justifica-se pelo fato de que se parte do princípio de que a licitação produz benefícios para a Administração e esses benefícios consistem em que a Administração efetivará (em tese) contratação mais vantajosa do que realizaria se a licitação não tivesse existido. Muitas vezes, sabe-se de antemão que a relação custo benefício será desequilibrada. Os custos necessários à licitação ultrapassarão benefícios que dela poderão advir.¹²

Dentre as hipóteses, destacam-se as contratações de pequeno valor; as por emergência ou calamidade e as fracassadas ou desertas. Ressalva-se, ainda, que por se tratar de norma geral, a lei local (estadual ou municipal) não poderá acrescentar outras hipóteses.

Existem alguns casos, entretanto, em que o procedimento licitatório é inexigível. Diferentemente do que ocorre nas hipóteses de dispensa, em que a licitação é simplesmente inconveniente para a Administração, nos casos de inexigibilidade esta se torna inviável devido à impossibilidade de competição entre os licitantes. Essa inviabilidade ocorre tanto pela existência de apenas um fornecedor ou prestador de serviço quanto pelas peculiaridades do objeto pretendido no contrato.

O art. 25 da Lei. 8.666/93 apresenta um rol exemplificativo de casos em que há inviabilidade de competição, tornando, portanto, a licitação inexigível. No referido preceito legal está a contratação de fornecedor exclusivo (vedada a preferência de

¹² JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit, p. 211.

marca); a contratação de serviço técnico, profissional, especializado de natureza singular (vedado os serviços de publicidade); e a contratação de artistas consagrados.

Vale frisar que tais casos de inexigibilidade enumerados no art. 25 da Lei, ao contrário das hipóteses de dispensa, não são taxativos, cabendo ao administrador, em qualquer outro caso, justificar à autoridade superior a inviabilidade da competição.¹³

1.5 Modalidades de Licitação

O termo licitação é o gênero do qual, dependendo de algumas peculiaridades, será utilizada alguma de suas espécies, no caso, suas modalidades. O art. 22 da Lei nº 8.666/93 apresenta cinco modalidades de licitação: concorrência, tomada de preço, convite, concurso e leilão. Acrescenta-se a elas o pregão, modalidade regulamentada pela Lei nº 10.520/02.

1.5.1 Concorrência

É a modalidade mais complexa de licitação e destinada a contratos de grande vulto. O § 1º do art. 22 da Lei apresenta seu conceito como "uma modalidade de licitação entre quaisquer interessados que, na fase de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução de seu objeto". Do conceito, podem-se tirar as duas características básicas da concorrência: a ampla publicidade e a universalidade.

Conforme os incisos I e II do art. 23, a concorrência é exigida em obras e serviços de engenharia com valores acima de R\$ 1.500.000,00 e nas compras e serviços acima de R\$ 650.000,00. Todavia, há casos que, independentemente do valor do objeto a ser contratado, é obrigatório o uso dessa modalidade. Isso acontece, conforme o art. 23, § 3º da Lei, nas compras ou alienações de bens imóveis, nas concessões de direito real de uso, na concessão de serviços públicos e para licitações internacionais, nos casos em que não se aplique a tomada de preço e o convite.

¹³ SOUTO, Marcos Juruena Villela. Op. cit, p. 128.

Conforme o art. 21, § 2º, I, b e II, a publicação do edital, no caso da concorrência, deve ser feita com a antecedência mínima de 30 dias, salvo quando se tratar de licitação do tipo “melhor técnica” ou “técnica e preço”, caso em que o prazo passa a ser de 45 dias.

1.5.2 Tomada de Preço

É a modalidade de licitação entre interessados devidamente cadastrados ou que atendam as condições exigidas para o cadastramento até três dias antes da data do recebimento das propostas.

A tomada de preço é adequada para celebração de contratos de vulto médio, exigida para obras e serviços de engenharia cujo valor não ultrapasse o limite de R\$ 1.500.000,00 e para compras e serviços até R\$ 650.000,00, de (art. 23, I e II). A par do critério orçamentário, o art. 23, § 3 da Lei admite essa modalidade para licitações internacionais quando o órgão ou entidade dispuser de cadastro internacional de fornecedores. Pode-se utilizar a tomada de preço, ainda, no lugar do convite, conforme dispõe o art. 23, § 4.

O registro cadastral deve ser mantido pelos órgãos e entidades que realizem licitações com frequência, devendo ser atualizados anualmente (art. 34). É possível, contudo, utilizar registros cadastrais de outros órgãos ou entidades da Administração Pública (art. 34, § 2º), o que inclui tanto a Administração Direta e Indireta quanto as entidades de direito particular sob controle do poder público.¹⁴

As regras de publicidade da tomada de preço se assemelham com as da concorrência, com a mudança de que agora o prazo mínimo de antecedência para publicação do edital é de 15 dias, salvo nos casos em que o julgamento for feito por “melhor técnica” ou “técnica e preço”, hipótese em que se deve respeitar o prazo de 30 dias.

¹⁴ PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit, p. 355.

1.5.3 Convite

Conforme o art. 22, § 3º da Lei, o convite é utilizado entre interessados do ramo pertinente ao objeto da licitação, cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de três pela Administração, a qual fixará cópia do instrumento convocatório em local apropriado. Porém, também poderão participar aqueles que, apesar de não terem sido convidados, estiverem cadastrados na correspondente especialidade e manifestarem seu interesse com antecedência de até 24 horas da apresentação das propostas.

Conforme o art. 23, I e II, utiliza-se o convite nas contratações de pequeno valor, com o limite de R\$ 150.00,00 nas obras e serviços de engenharia e de R\$ 80.00,00 nas compras e serviços. Essa modalidade usa a carta convite como instrumento convocatório, não sendo exigida sua publicação, apenas sua fixação em lugar apropriado, que é, normalmente, o quadro de avisos da repartição.

Segundo o art. 22, § 6º da Lei nº 8.666, caso haja mais de três possíveis interessados na praça, a cada novo convite realizado para mesmo objeto, é obrigatório o convite a pelo menos mais um interessado, enquanto existirem cadastrados não convidados nas últimas licitações. Por outro lado, quando for impossível a obtenção do número mínimo de licitantes, seja por limitações no mercado ou pelo simples desinteresse dos convidados, essas circunstâncias deverão ser devidamente justificadas no processo, sob pena de repetição do convite (art. 22, § 7).

1.5.4 Concurso

O art. 22, § 4º da lei de licitações apresenta o seguinte conceito para concurso:

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.

O concurso deve ser precedido de regulamento próprio, obtido pelos interessados no local indicado no edital, contendo a qualificação exigida dos licitantes, as diretrizes e a forma de apresentação do trabalho, além das condições de realização do concurso e os prêmios a serem distribuídos. O art. 52 ainda prevê que o vencedor, no caso de projeto, deve autorizar a Administração a executá-lo quando julgar conveniente.

1.5.5 Leilão

Segundo o art. 22, § 5º da Lei, o leilão é conceituado da seguinte forma:

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.

No concurso não há necessidade de habilitação, permitindo-se a qualquer interessado sua participação. Todo bem a ser leiloado deverá ser previamente avaliado pela Administração Pública para fixação de um preço mínimo a ser arrematado.

É considerado vencedor do leilão quem oferecer o maior lance, igual, ou superior ao valor da avaliação, sendo que os bens arrematados deverão ser pagos à vista ou no percentual estipulado no edital e entregue ao arrematante logo após a assinatura da ata lavrada no local do leilão.

O leilão pode ser realizado, segundo o art. 53, por leiloeiro oficial ou por servidores designados pela Administração e deve ter seu edital amplamente divulgado, especialmente no município em que se realizará.

1.5.6 Pregão

Maria Sylvia Zanella Di Pietro conceitua assim pregão:

Pregão é a modalidade de licitação para aquisição de bens e serviços comuns, qualquer que seja o valor estipulado para a contratação, em que a disputa pelo fornecimento é feita por meio de propostas e lances em sessão pública. O § 1º do art. 2º da Lei nº 10.520/02 permite que o pregão seja realizado por meio da utilização de recursos da tecnologia da informação, nos termos de regulamentação específica.¹⁵

Bens e serviços comuns são aqueles em que seus padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais de mercado. Na prática, trata-se de bens e serviços que possuem especificações padronizadas, sem necessidade de maior definição específica e que são facilmente reconhecíveis entre si, com base na experiência de mercado.¹⁶

O pregão surgiu para trazer maior celeridade nas aquisições e redução dos custos, já que é sempre regido pelo critério do menor preço e apresenta uma inversão nas fases de habilitação e julgamento das propostas, dessa forma, somente será analisada toda a documentação (fase da habilitação) do licitante que apresentou a melhor proposta.

Essa modalidade não é disciplinada pela Lei nº 8.666/93, mas sim pela Lei nº 10.520/02 e pode ser realizado tanto na forma presencial como na forma eletrônica, em que a sessão é feita pela internet. É importante ressaltar, entretanto, que o Decreto nº 5.504, de 5-8-2005 estabeleceu a exigência de utilização do pregão, preferencialmente na forma eletrônica, para entes públicos ou privados, nas contratações de bens e serviços comuns, realizadas em decorrência de transferências voluntárias de recursos públicos da União, decorrentes de convênios ou instrumentos congêneres, ou consórcios públicos.

¹⁵ Idem, p. 359.

¹⁶ AMORIM, Gustavo Henrique Pinheiro de. *Direito administrativo*. 2. ed. São Paulo; Editora BF&A, 2006, p. 90

1.6 Fases da Licitação

Conforme o art. 4º da Lei n. 8.666/93, a licitação consiste em um procedimento administrativo que antecede a contratação com a Administração Pública. Por se tratar de um procedimento administrativo, ela é realizada através de uma sequência de atos e fatos da Administração e dos licitantes.¹⁷

Essa sucessão de atos, em que os posteriores validam ou confirmam os anteriores, pode ser dividida em fases englobadas em uma etapa *interna* e uma *externa*, descritas da seguinte forma por Celso Antônio Bandeira de Melo:

A interna é aquela em que a promotora do certame, em seu recesso, pratica todos os atos condicionais à sua abertura; antes, pois, de implementar a convocação dos interessados. A etapa externa – que se abre com a publicação do edital ou com os convites – é aquela em que, já estando estampadas para terceiros, com a convocação de interessados, as condições de participação e disputa, irrompe a oportunidade de relacionamento entre a Administração e os que se propõem afluír ao certame.¹⁸

1.6.1 Fase Interna

Segundo os ensinamentos de Hely Lopes Meirelles, “o procedimento de licitação inicia-se com a abertura de processo em que a autoridade competente determina sua realização, define seu objeto e indica os recursos hábeis para a despesa”¹⁹. Essa é a descrição da fase interna, que compreende, basicamente, a abertura do procedimento, a caracterização da necessidade de realizar a contratação, a definição precisa do objeto e a reserva de recursos orçamentários.

¹⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e Contrato administrativo*. Op.cit, p.276.

¹⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. cit, p. 563.

¹⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e Contrato administrativo*. Op. Cit, p.279.

1.6.2 Fase Externa

Cumpridas as exigências da etapa interna, passa-se para o lançamento do certame para o público geral. Nesse momento inicia-se a fase externa, que compreende o edital (ou carta convite); a habilitação; a classificação; o julgamento; a adjudicação e a homologação.

Segundo o art. 39 da Lei 8.666/93, eventualmente a fase externa pode começar com audiência pública antecedente a divulgação do edital. Porém, tal excepcionalidade só ocorre nas futuras contratações em que o valor supera em cem vezes o limite imposto para a concorrência de obras e serviços de engenharia. Tal audiência tem como objetivo tornar pública a contratação desejada e deve ser realizada quinze dias antes da publicação do edital.

1.6.2.1 Edital

O edital é o ato utilizado pela Administração para fazer pública sua intenção de licitar um objeto determinado, apresentado os requisitos que serão exigidos, regulamentando as formas de avaliação e fixando as cláusulas do eventual contrato a ser assinado.²⁰

A convocação dos interessados deverá respeitar o prazo mínimo de trinta dias nas concorrências; quarenta e cinco nos concursos; quinze nas tomadas de preço e leilão e cinco dias úteis nos convites.

O artigo 40 da Lei 8.666 apresenta os requisitos que o edital deve observar. Alguns deles fazem referência ao próprio *procedimento da licitação*, como a descrição do objeto, as condições para participação no certame, a forma de apresentação das propostas e os critérios para o julgamento. Além disso, o instrumento convocatório deve estabelecer requisitos relativos ao *contrato*, como o prazo e condições para a assinatura contratual, para a execução e entrega do objeto, as condições de pagamento e, se for o caso, de reajuste de preços, além das condições de recebimento do objeto da licitação. A

²⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. cit, p. 543.

presença desses requisitos é essencial porque, conforme o art. 41 da Lei, nada pode ser inserido em discordância do edital na redação do contrato ou do instrumento equivalente.²¹

1.6.2.2 Habilitação

O segundo momento do procedimento licitatório é a habilitação, que corresponde ao recebimento da documentação e da proposta. É nessa fase que a Administração verifica a possibilidade do licitante de participar do certame.

Hely Lopes Meirelles define a habilitação da seguinte forma:

Habilitação ou qualificação é o ato pelo qual o órgão competente (geralmente o julgador da licitação, mas pode ser também a Comissão de Julgamento do registro cadastral, quando existe na repartição interessada), examinada a documentação, manifesta-se sobre os requisitos pessoais dos licitantes, habilitando-os ou inabilitando-os.²²

A habilitação deverá comprovar os requisitos indicados no art. 27 da Lei nº 8.666/93, referentes à habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira, regularidade fiscal e cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal. Essa última exigência tem por escopo impedir a participação no certame de empresas que descumpram a proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezesseis anos, excepcionando-se a figura do aprendiz, a partir dos quatorze anos.²³

A habilitação jurídica está disposta no art. 28 da Lei e corresponde uma série de documentos que visam comprovar a efetiva aptidão do licitante para exercer direitos e obrigações. Já a qualificação técnica é a comprovação documental de que o pretenso contratante tem capacidade técnica para executar o objeto da licitação. Trata-se da comprovação do conhecimento e habilidade do licitante em relação ao objeto a ser

²¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit, p. 360.

²² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. Op. cit., p. 288.

²³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit, p. 362.

contatado através do seu registro profissional ou por atestado de desempenho, conforme o art. 30 da Lei.

A regularidade fiscal busca observar se o licitante atende as exigências do Fisco, através dos documentos elencados no art. 29 da Lei. Para Justen Filho, “consiste na comprovação documental de que o sujeito se encontra regularmente inscrito perante os cadastros públicos de contribuintes e que não contam débitos fiscais em seu nome”.²⁴

Já qualificação econômico-financeira visa à comprovação documental de que o licitante tenha recursos para suportar as obrigações econômicas decorrentes do contrato, o que pode ser provado, segundo o art. 31 da Lei, pelo balanço patrimonial, demonstrações contábeis, entre outros.

A apresentação dos documentos deverá ser feita em envelope fechado, diferente do das propostas, até a data marcada para a apresentação. Após a análise e decisão fundamentada da comissão, aqueles considerados habilitados passarão para a próxima fase - a análise das propostas.

Na habilitação já aparecem importantes modificações efetuadas pela Lei Complementar nº 123 em relação à Micro e Pequenas Empresas, sobretudo quanto à regularidade fiscal, na medida em que para tais empresas, a referida comprovação de inexistência de débitos com o Fisco só é exigida no momento da assinatura do contrato. Esse tema, porém, será tratado com maior precisão em momento oportuno.

1.6.2.3 Julgamento das Propostas

No julgamento há o confronto das propostas selecionadas, de modo a classificá-las pela ordem de preferência, segundo critérios objetivos apontados pelo edital. Essa fase pode ser subdividida em duas partes: na primeira ocorre a abertura dos envelopes contendo as propostas dos licitantes habilitados, obedecidos os requisitos do art. 43 da Lei, como a exigência de ser um ato público e a de ser lavrada uma ata pela Comissão,

²⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit, p. 328.

entre outros; na segunda parte, ocorre o julgamento das propostas, que deve ser objetivo e feito conforme os *tipos de licitação* estabelecidos previamente no edital.²⁵

O parágrafo 1º do art. 45 da Lei 8.666 elenca os tipos de licitação: de menor preço, de melhor técnica, de técnica e preço e de maior lance ou oferta. A de menor preço, que busca simplesmente a proposta mais barata, é a mais utilizada, uma vez que permite uma escolha mais objetiva por parte da Administração.

A licitação de melhor técnica é assim definida por Hely Lopes Meirelles:

Na licitação de melhor técnica, o que a Administração pretende é a obra, o serviço, o equipamento ou o material mais eficiente, mais durável, mais aperfeiçoado, mais rápido, mais rentável, mais adequado, enfim, aos objetivos de determinado empreendimento ou programa administrativo.²⁶

De acordo com o art. 46, § 2º da Lei 8.666/93, no julgamento de técnica e preço é realizada uma média ponderada da notas referentes a esses dois fatores, de acordo com os pesos e critérios estabelecidos no edital.²⁷

Por fim, a licitação por maior lance ou oferta é utilizada no leilão, em que a proposta mais vantajosa é aquela que render maiores recursos aos cofres públicos.

Essa fase de julgamento também sofreu modificações com a vigência da LC nº 123, uma vez que é previsto um julgamento privilegiado às Micro e Pequenas Empresas nos casos de empate, fato que será descrito com maiores detalhes à frente.

1.6.2.4 Homologação e Adjudicação

Segundo o inciso VI do art. 43 da Lei nº 8.666/93, o ponto final no procedimento licitatório é a "deliberação da autoridade competente quanto à homologação e adjudicação do objeto da licitação".

A partir da vigência dessa lei, houve uma inversão nos atos finais do

²⁵ PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit, p. 366.

²⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. Op. cit, p. 295.

²⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. cit, p. 576.

procedimento. Antes da lei, a adjudicação era praticada pela própria Comissão e, após isso, acontecia a homologação pela autoridade competente. Agora, além do fato de ser a adjudicação o último passo, é importante destacar que nenhum dos dois atos é praticado pela Comissão, mas sim pela autoridade superior.²⁸

A homologação representa a aprovação do certame e é definida por Celso Antônio Bandeira de Mello da seguinte forma:

Homologação é o ato pelo qual a autoridade competente, estranha à comissão, após examinar todos os atos pertinentes ao desenvolvimento do certame licitatório, proclama-lhe a correção jurídica, se este estiver conforme as exigências normativas. Pelo contrário, se houver vício no procedimento, ao invés de homologá-lo, deverá proferir-lhe anulação.²⁹

Após a homologação, dá-se início ao ato final do procedimento - a adjudicação. No entendimento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, "adjudicação é o ato pelo qual a Administração, pela mesma autoridade competente para homologar, atribui ao vencedor o objeto da licitação."³⁰

A adjudicação produz os seguintes efeitos jurídicos: a) confere ao vencedor o direito à futura contratação (trata-se de uma mera expectativa de direito, já que a contratação, dependendo do interesse público, pode ou não se concretizar); b) impede a Administração de abrir outra licitação com objeto idêntico; c) libera os demais participantes, assim como as garantias que eles ofereceram; d) vincula o vencedor nos termos do edital e da proposta apresentada; e) sujeita o vencedor (adjudicatário) às penalidades consagradas no edital caso não assine o contrato dentro do prazo.

Feita essa análise do instituto da licitação, é importante agora tomar conhecimento das linhas gerais da Lei Complementar nº 123/06 para, a partir de então, ser possível refletir sobre os privilégios das micro e pequenas empresas nas licitações públicas.

²⁸ PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit, p. 370.

²⁹ MELO, Celso Antônio Bandeira de. Op. cit, p. 578.

³⁰ PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit, p. 370.

2. CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE A LEI COMPLEMENTAR Nº 123/06

2.1 Evolução das Normas sobre Micro e Pequenas Empresas

A Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, instituiu o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, fruto de uma série de leis regulamentadoras do tema, apresentando sempre como destaque a questão tributária. Todavia, com o tempo, foram acrescentados outros elementos, como as regras específicas sobre contratação com o poder público, tema objeto desse trabalho.

Jonas Lima³¹ faz uma retrospectiva da evolução legislativa das micro e pequenas empresas no Brasil. Segundo ele, a disciplina legal referente aos pequenos negócios começou de forma tardia no país. O primeiro grande passo ocorreu apenas em 1984, com a Lei nº 7.256 que, conforme seu art. 1º, estabelecia às microempresas “tratamento diferenciado, simplificado e favorecido, nos campos administrativo, tributário, previdenciário, trabalhista, creditício e de desenvolvimento empresarial”.

Esse primeiro estatuto teve grande importância para os pequenos empresários, pois, seguindo o exemplo de outros países, sobretudo dos Estados Unidos, incorporou em um texto consolidado várias regras referentes a benefícios para as microempresas.

Quatro anos mais tarde sobreveio a Constituição Federal de 1988, reservando um título à ordem econômica e financeira e prevendo no artigo 170, inciso IX e no artigo 179, um tratamento favorecido e diferenciado para fins tributários, previdenciários, administrativos e creditícios às microempresas e empresas de pequeno porte, justamente para fomentar a atividade empresarial.

Para dar efetividade aos novos preceitos constitucionais, foi editada a Lei nº 8.864, de 28 de março de 1994, dando continuidade à linha de privilégios do estatuto anterior.

³¹ LIMA, Jonas. *Licitações à luz do novo estatuto da microempresa*. 1. ed. Campinas: Servanda, 2008, p. 20-25.

Dois anos depois entrou em vigor a Lei nº 9.317, de 05 de dezembro de 1996. Um diploma de cunho essencialmente tributário, dispondo sobre o regime fiscal das microempresas e das empresas de pequeno porte, oportunidade em que foi instituído o Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES.

Nesse momento já se imaginava incluir regras de proteção às micro e pequenas empresas também nas licitações. Tanto que essa hipótese foi levantada pelo SEBRAE (Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas) em 1997 no III Foro Empresarial das Américas, realizado em Belo Horizonte. Nessa oportunidade, a Entidade defendeu a criação de mecanismos legais para estabelecer uma parcela do mercado governamental para as micro e pequenas empresas.

Seguindo esse ritmo de evolução, em 1999 foi editada a Lei nº 9.841, instituindo mais um Estatuto da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte, cujo art. 24 merece destaque:

Art. 24. A política de compras governamentais dará prioridade à microempresa e à empresa de pequeno porte, individualmente ou de forma associada, com processo especial e simplificado nos termos da regulamentação desta Lei.

Ocorre que, na prática, não houve mudanças em relação às compras governamentais, uma vez que, como de costume, a atenção de todos estava voltada para a questão tributária e para o SIMPLES.

Em 19 de dezembro de 2003, a Emenda Constitucional nº 42 modificou o art. 146 da Carta Magna, estabelecendo, entre outras coisas, que cabe à Lei Complementar legislar sobre matéria tributária referente ao tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e empresas de pequeno porte (art. 146, III, d).

A partir de então surgiram alguns projetos de Lei Complementar para regular o novo dispositivo constitucional. Porém, todos focavam no denominado SUPERSIMPLES e nenhum fazia referencia às compras governamentais. Estas só ganharam espaço em 2005, quando, após muitos eventos e pressão de micro e pequenos empresários, sob a liderança do SEBRAE, foi apresentado um novo texto que tratava de

assuntos até então não abordados, como o tratamento preferencial às microempresas e empresas de pequeno porte nas licitações públicas.

Desse modo, foi sancionada pelo Presidente da República, em 14 de dezembro de 2006, a Lei Complementar nº 123, correspondente ao novo Estatuto Nacional das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte.

2.2 Origem do Tratamento Especial

Conforme mencionado, o tratamento favorecido e privilegiado conferido às micro e pequenas empresas tem origem constitucional, mais precisamente nos artigos 170, IX e 179 da Carta Magna, como segue:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

[...]

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

O crescimento das micro e pequenas empresas promove o desenvolvimento da economia nacional, a criação de empregos e a redução da concentração do poder econômico, da informalidade e das desigualdades regionais. Considerando esse quadro, é possível ligar, indiretamente, outros dispositivos constitucionais ao incentivo da prática comercial dos pequenos empreendedores, tais como os incisos VII e VIII do mesmo art. 170 da carta Magna, que incluem como princípios da atividade econômica a “redução das desigualdades regionais e sociais” e a “busca do pleno emprego”, respectivamente. Além disso, o art. 3º, III da Constituição Federal orienta que um dos

objetivos da República Federativa do Brasil é “reduzir as desigualdades sociais e regionais”.

Cabe ressaltar, ainda, que o art. 970 do Código Civil, atendendo à determinação constitucional, prevê tratamento favorecido, diferenciado e simplificado ao pequeno empresário no tocante à inscrição e aos efeitos daí decorrentes.

2.3 Definição de Microempresa e de Empresa de Pequeno Porte

Existem diversos critérios ao redor do mundo para definir as micro e pequenas empresas. Em muitos países, como EUA, França e Alemanha e Japão, identifica-se esses tipos de empresa pelo número de empregados. Para os americanos, por exemplo, pequena empresa é aquela que possui menos de 500 empregados.

Já no Brasil, o critério adotado foi a “receita bruta” anual, diferenciando-se microempresa de empresa de pequeno porte de acordo com os valores estipulados em lei.

O art. 3º da Lei Complementar 123 apresenta o seguinte conceito:

Art. 3º Para os efeitos desta Lei Complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte a sociedade empresária, a sociedade simples e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que:

I – no caso das microempresas, o empresário, a pessoa jurídica, ou a ela equiparada, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais);

II – no caso das empresas de pequeno porte, o empresário, a pessoa jurídica, ou a ela equiparada, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 2.400.000,00 (dois milhões e quatrocentos mil reais).

De forma a completar a leitura do dispositivo, é importante lembrar o disposto no art. 966 do Código Civil de 2002:

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

O art. 3º, § 1º da Lei Complementar nº 123/06 define receita bruta como “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”. Waldo Fazzio Júnior sintetiza o termo como “toda a receita da empresa, seja derivada das operações habituais, seja de transação eventual”.³²

O § 2º do mesmo artigo 3º aponta que, no primeiro ano de atividade da micro ou pequena empresa, os limites da receita bruta serão proporcionais ao número de meses em que a microempresa ou a empresa de pequeno porte houver exercido atividade, inclusive as frações de meses. Para Jonas Lima, tal dispositivo representa uma “porta aberta” para as micro e pequenas empresas com menos de um ano de atividade possam aproveitar os benefícios nas licitações de forma imediata.³³

Para uma melhor visualização, segue abaixo uma tabela com o limite de faturamento para o enquadramento como Microempresa ou Empresa de Pequeno Porte:

Limite de Faturamento	
Microempresa	Até R\$ 240.000,00
Empresa de Pequeno Porte	Mínimo: R\$ 240.000,01 Máximo: R\$ 2.400.000,00

³² FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Manual de direito comercial*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 31

³³ LIMA, Jonas. *Op. cit*, p. 46

2.4 Enquadramento, Não Inclusão e Exclusão

Ao apresentar o conceito de micro e pequena empresa, o art. 3º da LC nº 123 automaticamente regulamentou quais empresas se enquadrariam nessa categoria. A par disso, o estatuto também apresentou algumas hipóteses em que, independentemente do valor da receita bruta anual, acarretariam na não inclusão da empresa no regime de favorecimento. Tais hipóteses estão elencadas nos incisos I ao X do § 4º do art. 3º da Lei Complementar nº 123.

O Estatuto adotou, ainda, mecanismos de exclusão de empresas que cometam os atos determinados nos §§ 6º, 9º e 10 da Lei.

2.4.1 Não Inclusão

Os dez incisos do § 4º do art. 3º do Estatuto correspondem a hipóteses de não inclusão da empresa no regime favorecido “para nenhum efeito legal”, mesmo que esta se enquadre nos limites legais de receita bruta.

O inciso I apresenta como primeira hipótese a pessoa jurídica de cujo capital participe outra pessoa jurídica. Conforme Jonas Lima, “o objetivo evidente dessa norma é coibir fraudes e desvios de empresas maiores que queiram tomar espaços e usufruir dos benefícios por meio de pequenas empresas de fachada”.³⁴

O inciso II impede a participação de pessoa jurídica que seja filial, sucursal, agência, ou representação, no País, de pessoa jurídica com sede no exterior. Já o inciso III rejeita a inclusão de empresa em que participe do capital pessoa física que seja inscrita como empresário ou que seja sócia de outra empresa que receba tratamento jurídico diferenciado nos termos desta Lei Complementar, desde que a receita bruta global (o somatório das empresas) ultrapasse o limite legal.

O inciso IV apresenta a quarta hipótese, proibindo a inclusão de pessoa jurídica cujo titular ou sócio participe com mais de 10% (dez por cento) do capital de outra

³⁴ Idem, p. 47

empresa não beneficiada por esta Lei Complementar, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite legal, ou seja, R\$ 2.400.000,00. Trata-se de norma semelhante a anterior, porém agora a outra empresa não é beneficiária do tratamento diferenciado estabelecido pelo Estatuto.

A quinta hipótese, enunciada no inciso V, proíbe a inclusão de pessoa jurídica cujo sócio ou titular seja administrador ou equiparado de outra pessoa jurídica com fins lucrativos, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite legal. Nota-se que restrição agora apresenta um caráter subjetivo.

Não se incluem no regime diferenciado, ainda, as cooperativas, salvo as de consumo e as empresas que participam do capital de outra pessoa jurídica, conforme os incisos VI e VII, respectivamente. Esta última regra evidencia o objetivo da lei de favorecer cada empreendimento e um grupo de empresas.

O inciso VIII impede que seja incluída pessoa jurídica que exerça atividade de banco comercial, de investimentos e de desenvolvimento, de caixa econômica, de sociedade de crédito, financiamento e investimento ou de crédito imobiliário, de corretora ou de distribuidora de títulos, valores mobiliários e câmbio, de empresa de arrendamento mercantil, de seguros privados e de capitalização ou de previdência complementar;

A nona hipótese, apresentada no inciso IX, impede o enquadramento de pessoa jurídica resultante ou remanescente de cisão ou qualquer outra forma de desmembramento de pessoa jurídica que tenha ocorrido em um dos 5 (cinco) anos-calendarário anteriores. Conforme apontamento de Jonas Lima, “essa norma visa evitar que médias ou grandes empresas realizem cisões ou desmembramentos com o a intenção de criarem micro e pequenas empresas e incluam-se no limite de receita bruta para usufruírem os benefícios”.³⁵

Por fim, o inciso X proíbe a inclusão no Estatuto de pessoas jurídicas constituída sob a forma de sociedade por ações, seja sociedade anônima ou em comandita por ações. Até porque esses tipos societários são voltados a grandes negócios, o que tornaria difícil, inclusive, o enquadramento dessas empresas no limite de receita bruta anual.

³⁵Idem, p. 50

2.4.2 Exclusão

A Lei Complementar nº 123/06 apresenta alguns mecanismos de exclusão de empresas de seu enquadramento. Essa hipótese é concretizada se a empresa incorrer nas situações apresentadas nos §§ 6º, 9º e 10 do art. 3º do Estatuto.

O § 6º do art. 3º estabelece que se a microempresa ou empresa de pequeno porte incorrer em alguma das situações previstas nos dez incisos do § 4º deste artigo, que acabaram de ser analisados, será excluída do regime de que trata esta Lei Complementar, com efeitos a partir do mês seguinte ao que incorrida a situação impeditiva.

Segundo o § 9º do art. 3º do Estatuto, a empresa de pequeno porte que exceder o limite de receita bruta anual de R\$ 2.400.000,00 ao longo do ano-calendário, ficará excluída do regime diferenciado e favorecido no ano-calendário seguinte.

Gladston Mamede ³⁶ ressalta-se que os §§ 7º e 8º do mesmo artigo, apesar de também versarem sobre alteração de orçamento e de *status*, não constituem hipóteses de exclusão. O § 7º observa que a microempresa que ultrapassar o limite de R\$ 240.000,00 de receita bruta anual “subirá um degrau” e passará à condição de empresa de pequeno porte no ano-calendário seguinte. Já o § 8º indica que a empresa de pequeno porte que não ultrapassar o limite de receita bruta anual de R\$ 240.000,00, “descerá um degrau” e passará à condição de microempresa no próximo ano-calendário. Nesses dois casos, embora haja mudança de orçamento e de denominação, não há, repete-se, exclusão do regime diferenciado.

Volta-se a falar em exclusão do regime de benefícios no § 10 do art. 3º, segundo o qual a microempresa e a empresa de pequeno porte que, no decurso do ano-calendário de início de atividade, ultrapassar o limite de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) multiplicados pelo número de meses de funcionamento nesse período, ficará excluída do regime privilegiado estabelecido no Estatuto, com efeitos retroativos ao início de suas atividades.

³⁶ MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro*: volume 1: empresa e atuação empresarial. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 125

2.5 O Fórum Permanente das Micro e Pequenas Empresas

Os aspectos gerais do tratamento diferenciado e favorecido, ou seja, os não tributários, serão geridos pelo Fórum Permanente das Micro Empresas e Empresas de Pequeno Porte, com a participação dos órgãos federais competentes e das entidades vinculadas ao setor. Dessa forma dispõe o art. 2º do Estatuto:

Art. 2º O tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte de que trata o art. 1º desta Lei Complementar será gerido pelas instâncias a seguir especificadas:

I – Comitê Gestor do Simples Nacional, vinculado ao Ministério da Fazenda, composto por 4 (quatro) representantes da Secretaria da Receita Federal do Brasil, como representantes da União, 2 (dois) dos Estados e do Distrito Federal e 2 (dois) dos Municípios, para tratar dos aspectos tributários; e

II – Fórum Permanente das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, com a participação dos órgãos federais competentes e das entidades vinculadas ao setor, para tratar dos demais aspectos, ressalvado o disposto no inciso III do caput deste artigo.

Jonas Lima adverte a respeito da função do Fórum Permanente das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte:

Trata-se, *in casu*, mais de um ambiente de discussões e planejamento de ações e políticas, mas não de um órgão regulamentador sobre as matérias tratadas na lei, porque isso depende mais de leis, decretos e regulamento próprios das Unidades da Federação, empresas públicas, sociedades de economia mista e entidades paraestatais.³⁷

Alerta-se que, conforme o art. 77, § 1º do Estatuto, o Ministério do Trabalho, a Receita Federal, Estados e Municípios também terão que implementar atos necessários à aplicação da Lei.

³⁷ LIMA, Jonas. Op. cit, p. 36

2.6 Benefícios do Regime Especial

Visando regulamentar os artigos 179, IX e 179 da Constituição Federal, A Lei Complementar nº 123 concedeu vantagens às microempresas e empresas de pequeno porte em vários ramos do Direito, em especial o Tributário, mas alcançando também privilégios trabalhistas, previdenciários, administrativos e creditícios.

Encontra-se no plano do Direito Tributário o ponto central da Lei. Ela instituiu o Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – o denominado Simples Nacional, popularmente conhecido como “Supersimples”, que corresponde a um regime tributário diferenciado, simplificado e favorecido, aplicável às micro e pequenas empresas. Tal regime consiste em uma forma simplificada e unificada de recolhimento de tributos, por meio da aplicação de percentuais favorecidos e progressivos, incidentes sobre uma única base de cálculo, a receita bruta.

O art. 13 do Estatuto unifica o recolhimento dos seguintes tributos:

Art. 13. O Simples Nacional implica o recolhimento mensal, mediante documento único de arrecadação, dos seguintes impostos e contribuições:

I – Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica - IRPJ;

II – Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI, observado o disposto no inciso XII do § 1o deste artigo;

III – Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL;

IV – Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS, observado o disposto no inciso XII do § 1o deste artigo;

V – Contribuição para o PIS/Pasep, observado o disposto no inciso XII do § 1o deste artigo;

VI – Contribuição Patronal Previdenciária – CPP para a Seguridade Social, a cargo da pessoa jurídica, de que trata o art. 22 da Lei no 8.212, de 24 de julho de 1991, exceto no caso da microempresa e da empresa de pequeno porte que se dediquem às atividades de prestação de serviços referidas nos §§ 5o-C e 5o-D do art. 18 desta Lei Complementar; (Redação dada pela Lei Complementar nº 128, de 2008)

VII – Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS;

VIII – Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISS.

Supersimples, além de possibilitar que o empresário faça todo o recolhimento dos tributos acima citados em um único documento, mantém as isenções já garantidas pelo Simples Federal, regulamentado pelo Estatuto anterior.

Vale lembrar que o recolhimento de tributos conforme o simples nacional depende de condições e apresenta vedações cujo estudo está a cargo do direito tributário, fugindo do objeto deste trabalho. Razão pela qual não se entrará em detalhes.

Outro benefício encontrado na LC nº 123 é a figura do *consorcio simples*, regulamentado pelo art. 56 do Estatuto. Gladston Mamede³⁸ explica que, segundo esse instituto, as microempresas ou as empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional poderão realizar negócios de compra e venda, de bens e serviços, para os mercados nacional e internacional, por meio de consórcio, por prazo indeterminado, nos termos e condições estabelecidos pelo Poder Executivo Federal. Esse consórcio busca aumentar a competitividade das micro e pequenas empresas e incentivar sua inserção em novos mercados internos e externos, por meio de ganhos de escala, redução de custos, gestão estratégica, maior capacitação, acesso a crédito e a novas tecnologias.

Com relação às obrigações trabalhistas, as micro e pequenas empresas são dispensadas de diversas obrigações, conforme o art. 51 do estatuto:

Art. 51. As microempresas e as empresas de pequeno porte são 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.

Waldo Fazzio Júnior frisa que tais benefícios trabalhistas não excluem a responsabilidade da micro ou pequena empresa de preservar documentos essenciais ao exercício comercial, como fichas de registro de empregados, folhas de pagamento, guia

³⁸ MAMEDE, Gladston Op. cit, p. 133

de recolhimento do FGTS. Também é preciso recolher a contribuição sindical e preencher a Relação Anual de Informações Sociais (Rais) e apresentar o Cadastro Geral de Empregados e Desempregados (Caged). Além de promover as anotações na Carteira de Trabalho e Previdência de seus empregados.³⁹

Outro benefício trazido pelo Estatuto é o estímulo ao crédito e à capitalização das empresas. Nesse sentido, o art. 57 do Estatuto dispõe:

Art. 57. O Poder Executivo federal proporá, sempre que necessário, medidas no sentido de melhorar o acesso das microempresas e empresas de pequeno porte aos mercados de crédito e de capitais, objetivando a redução do custo de transação, a elevação da eficiência alocativa, o incentivo ao ambiente concorrencial e a qualidade do conjunto informacional, em especial o acesso e portabilidade das informações cadastrais relativas ao crédito.

Acrescenta-se a isso o Sistema Nacional de Garantia de Crédito, que foi instituído com o objetivo de facilitar o acesso das micro e pequenas empresas ao crédito e a demais serviços junto às instituições financeiras. O Banco do Brasil ainda foi autorizado, conforme o art. 62, a disponibilizar dados e informações para as instituições financeiras integrantes do Sistema Financeiro Nacional, inclusive por meio do Sistema de Informações de Crédito - SCR, visando a ampliar o acesso ao crédito para microempresas e empresas de pequeno porte e fomentar a competição bancária.

No capítulo denominado “Do Estímulo à Inovação”, o Estatuto também se preocupa em estimular a inovação no âmbito das micro e pequenas empresas. O art. 64 prevê que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, e as respectivas agências de fomento, as Instituições Científicas e Tecnológicas, os núcleos de inovação tecnológica e as instituições de apoio manterão programas específicos para as microempresas e para as empresas de pequeno porte.

Além disso, é autorizado ao Ministério da Fazenda zerar as alíquotas do IPI, da Cofins, e o PIS/Pasep, incidentes na aquisição de equipamentos e similares adquiridos pelas micro e pequenas empresas que atuem no setor de inovação tecnológica.

A Lei ainda apresenta importantes benefícios quanto à desburocratização de abertura e fechamento das micro e pequenas empresas. Conforme dados levantados pelo Banco Mundial e pela Corporação Financeira Internacional, para abrir uma empresa, era

³⁹ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Manual de direito comercial*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 35.

preciso inscrever-se em mais de dez órgãos e apresentar mais de noventa documentos, em um lento processo que levava, em média, 152 dias.⁴⁰

O novo Estatuto simplifica esse processo de abertura e fechamento prevendo, por exemplo, a utilização de um cadastro sincronizado, o qual permite que o empresário entregue os documentos em um único lugar (art. 4º e 8º).

É possível agora abrir um negócio com apenas um número de identificação, o CNPJ (Cadastro nacional da pessoa jurídica), o que reduz as custas e despesas desse procedimento, além de reduzir seu tempo médio para 15 dias.

O art. 78 do Estatuto prevê fechamento automático para quem estiver há mais de três anos sem atividade, evitando que os empreendedores que queiram fechar suas empresas precisem ficar meses esperando para poder fazê-lo. Ressalva-se apenas que, conforme o art. 78, § 4º da Lei, se houver débitos tributários pendentes, os sócios responderão solidariamente pela dívida.

A lei reserva também um capítulo dedicado ao acesso à justiça. Conforme o art. 74, é permitido que as Microempresas e Empresas de Pequeno Porte tenham acesso aos Juizados Cíveis (Lei nº 9.099/95) e Juizados Especiais Federais (Lei nº 10.259/01). Além disso, é fomentada a utilização dos institutos da conciliação prévia, mediação e arbitragem para solução de conflitos.

Por fim, no título “Acesso aos Mercados”, correspondente aos artigos 42 à 49, são elencados os benefícios mais controvertidos da Lei Complementar nº 123/06. Trata-se dos privilégios concedidos às micro e pequenas empresas nas Licitações Públicas. Tais benefícios são o ponto chave deste trabalho, fato pelo qual serão tratados com maior detalhe em capítulo próprio.

Segundo informações do SEBRAE, espera-se que esses benefícios trazidos pela Lei incentivem a formalização de grande parte dos negócios que estão inclusos na área da informalidade, regularizando, assim, a situação de milhões de trabalhadores, entre proprietários e empregados e aumentando a arrecadação tributária.

⁴⁰ Disponível em <www.doingbusiness.org>. Acesso em 25/jun. 2009

2.7 Decreto nº 6.204/07

A Lei Complementar nº 123/06 apresenta diversos comandos normativos auto-aplicáveis, passíveis, portanto, de cumprimento imediato por parte dos destinatários. Todavia, há também comandos de eficácia contida. Isso significa dizer, nas palavras de José Anacleto Abduch Santos, que há na referida Lei Complementar “comandos carecedores de melhor explicitação por lei ou regulamento para serem aplicados”.⁴¹

A fim de contribuir para a fiel execução da Lei Complementar nº 123/06, surgiu no ordenamento nacional o Decreto nº 6.204, de 5 de setembro de 2007, que regulamenta o tratamento favorecido, diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte nas contratações públicas de bens, serviços e obras, no âmbito da Administração Pública federal.

O Decreto nº 6.204/07 apresenta orientações às micro e pequenas empresas e à Administração Pública quanto aos procedimentos necessários à implementação dos direitos e deveres estabelecidos justamente nos artigos 42, 43, 44, 45, 47, 48 e 49 da Lei Complementar nº 123/06. Vale lembrar que esses artigos, acrescidos do 46, correspondem aos tratamentos diferenciados e privilegiados concedidos às micro e pequenas empresas nas Licitações Públicas.

Após as análises da licitação e da Lei Complementar nº 123/06, é possível, enfim, conhecer os dispositivos legais e refletir sobre os privilégios concedidos às micro e pequenas empresas nas licitações públicas.

⁴¹ SANTOS, José Anacleto Abduch. *Licitações e o estatuto da microempresa e empresa de pequeno porte*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 128.

3 O TRATAMENTO PRIVILEGIADOS ÀS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE NAS LICITAÇÕES PÚBLICAS

3.1 Visão Panorâmica dos Privilégios

A Constituição Federal, prevê no artigo 170, inciso IX e no artigo 179, um tratamento favorecido e diferenciado para fins tributários, previdenciários, administrativos e creditícios às microempresas e empresas de pequeno porte, justamente para fomentar a atividade empresarial.

Com o objetivo de regulamentar tal preceito constitucional, a Lei Complementar nº 123/06 instituiu o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte. A maior parte do dispositivo, como foi visto, apresenta natureza tributária, porém adentra também em outros campos e institutos do direito. Entre eles, destaca-se o envolvimento do Estatuto com a Licitação Pública, oportunidade em que é dado um tratamento privilegiado às micro e pequenas empresas no procedimento de contratação com a Administração Pública.

Os artigos 42 a 49 do estatuto tratam do *acesso aos mercados* e apresentam significativas inovações relativas às licitações. Nos artigos 42 e 43 da referida Lei Complementar, encontram-se normas sobre a comprovação da regularidade fiscal, no sentido de que tal requisito somente será exigido às micro e pequenas empresas para efeito da assinatura do contrato. É ainda estipulado um prazo para a regularização de eventuais restrições do licitante vencedor quanto à regularidade fiscal.

O Estatuto apresenta em seu artigo 44 o “direito de preferência” de contratação das microempresas e empresas de pequeno porte no caso de empate das propostas. Além de consideram empate propostas até 10% superiores quando apresentadas por pequenas e microempresas; e 5%, quando se tratar da modalidade Pregão.

O dispositivo ainda introduz outros privilégios, como o artigo 46 que autoriza as pequenas e microempresas a emitir cédula de crédito microempresarial, na forma de regulamento a ser expedido pelo Poder Executivo. E, por fim, os artigos 47, 48 e 49 dispõem sobre as “licitações diferenciadas”, que correspondem a uma faculdade dada à União, Estados e Municípios de instituírem tratamento privilegiado e simplificado para

as microempresas e as empresas de pequeno porte, desde que previsto e regulamentado na legislação de cada ente federativo.

3.2 Privilégios quanto à Regularidade Fiscal

Regularidade fiscal é a condição jurídico-tributária do contribuinte em relação ao cumprimento das obrigações fiscais, principais ou acessórias, impostas pela lei. Portanto, para Marçal Justen Filho, “a exigência de regularidade fiscal representa forma indireta de reprovar a infração às leis fiscais [...] e deve ser exigida para demonstrar a idoneidade e confiabilidade do sujeito”.⁴²

O art. 42 da Lei Complementar nº 123/06 estabelece o seguinte:

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.

Muito se tem questionado se esse dispositivo não seria um estímulo para que as micro e pequenas empresas não regularizem sua situação fiscal constantemente, sobretudo se não forem vencedoras de certames. Todavia, a intenção da norma é outra, apresentada da seguinte forma por Jonas Lima:

Basicamente, o sentido que se extrai da norma é de preservação da microempresa ou empresa de pequeno porte no certame, o máximo possível, porque, caso ela seja declarada vencedora, terá condições de se capitalizar em instituição financeira e, com isso, regularizar suas pendências fiscais.⁴³

O art. 43 da Lei trata da obrigatoriedade de apresentação dos documentos, dispondo o seguinte:

⁴² JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. Op. cit, p. 312.

⁴³ LIMA, Jonas. Op. cit, p. 62.

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.

Essa regra completa o art. 42 da Lei, demonstrando que não foi criada qualquer hipótese de dispensa das exigências previstas no art. 29 da Lei nº 8.666/93 (documentação exigida para comprovação da regularidade fiscal), mas apenas um benefício provisório às micro e pequenas empresas. Os licitantes devem sim apresentar todos os documentos, mesmo estando, por exemplo, em débito com a Fazenda Pública. A idéia é apenas estabelecer uma condição que o vencedor deve cumprir para que se concretize o contrato.

Nesse sentido, declara Marçal Justem Filho:

O conteúdo do benefício reside não na dispensa de apresentação de documentos de regularidade fiscal, nem se trata da dilação quanto a oportunidade própria para exibição dos documentos. O que se faculta é a desnecessidade de perfeita e completa regularidade fiscal no momento de abertura ou do julgamento do certame.⁴⁴

Na mesma linha, José Anacleto Abduch Santos defende que “o que foi remetido ao momento da assinatura do contrato foi a prova de regularidade fiscal. A participação no certame permanece vinculada à apresentação dos documentos previstos na lei e no edital”.⁴⁵

O § 1º do art. 43 versa sobre o momento da regularização:

§ 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.

⁴⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *O Estatuto da microempresa e as licitações públicas*. Op. cit, p. 67.

⁴⁵ SANTOS, José Anacleto Abduch. Op. cit, p. 68.

Dessa forma, caso não seja provada a regularidade fiscal, o licitante terá o prazo de dois dias úteis para apresentar essa prova, podendo ainda, mediante requerimento fundamentado e dirigido à Administração, ter prorrogado esse prazo por mais dois dias úteis. Porém, uma parte desse dispositivo é imprecisa. Ao declarar que o prazo supracitado se inicia no momento em que o proponente for declarado vencedor do certame, surge a seguinte problema: quando se dá esse momento da declaração dos vencedores?

Essa omissão da Lei foi corrigida com o surgimento do Decreto nº 6.204/07, que respondeu a indagação do momento da declaração da vitória no § 2º do seu art. 4, além de ter acrescentado outro detalhe no § 3º:

§ 2º A declaração do vencedor de que trata o § 1º acontecerá no momento imediatamente posterior à fase de habilitação, no caso do pregão, conforme estabelece o art. 4º, inciso XV, da Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e no caso das demais modalidades de licitação, no momento posterior ao julgamento das propostas, aguardando-se os prazos de regularização fiscal para a abertura da fase recursal.

§ 3º A prorrogação do prazo previsto no § 1º deverá sempre ser concedida pela administração quando requerida pelo licitante, a não ser que exista urgência na contratação ou prazo insuficiente para o empenho, devidamente justificados.

O § 2º do art. 43 do Estatuto estabelece as conseqüências da não regularização dos documentos relativos à matéria fiscal no prazo prorrogável de dois dias úteis:

§ 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.

A redação desse dispositivo deixa a desejar em vários momentos. Em primeiro lugar, ao declarar que a não regularização implicará na decadência do direito de contratação, a Lei induz que existe um direito à contratação, o que não é verdade. O que

existe, de fato, é o direito do licitante vendedor de não ser preterido em relação a outros licitantes ou a terceiros.⁴⁶

Conforme orienta o dispositivo, o licitante que não regularizar a documentação para sua habilitação no prazo legal estará sujeito às sanções do art. 81 da Lei nº 8.666/93. Essa é mais uma imprecisão técnico-legislativa do dispositivo, já que o art. 81 da Lei de Licitações não prevê sanção alguma, apenas afirma que a recusa injustificada do adjudicatário em assinar o contrato é caracterizada como descumprimento da obrigação assumida, sujeitando-o às penalidades legalmente previstas. Tais penalidades aparecem no ar. 87 da Lei de Licitações, correspondendo à advertência, multa e suspensão do direito de licitar.

Ivan Barbosa Rigolin entende que não se concebe estabelecer alguma penalidade à micro e pequena empresa vencedora que deixar de apresentar a habilitação fiscal exigida, pois o artigo 81 da Lei de Licitações se refere ao vencedor que se recusa injustificadamente a assinar o contrato, quando ainda está válida a sua proposta. Não tem sentido, por outro lado, aplicar este mesmo rigor a quem simplesmente não consegue se habilitar.⁴⁷

José Anacleto Abduch Santos entende de forma contrária. Para ele, é justa a aplicação de sanção no caso de não regularização dos documentos no prazo estabelecido, tendo em vista o princípio da boa-fé. Pois se o interessado já tem conhecimento de que não terá condições de regularizar sua situação fiscal dentro do prazo do certame, não deve ingressar na competição.⁴⁸

3.3 Privilégios quanto ao Desempate

Encontra-se aqui outra inovação da Lei Complementar nº 123/06, correspondente ao tratamento favorecido e diferenciado concedido às micro e pequenas empresas em relação ao desempate. O Estatuto assegura o desempate em favor desse

⁴⁶ SANTOS, José Anacleto Abduch. Op. cit, p. 79.

⁴⁷ RIGOLIN, Ivan Barbosa. *Micro e pequenas empresas em licitação*: a LC n. 123/06 de 14.12.06. São Paulo: Ed. Thomson, Revista IOB de Direito Administrativo, n.14, Fev. 2007, pag. 6.

⁴⁸ SANTOS, José Anacleto Abduch. Op. cit, p. 83.

grupo empresarial caso haja empate com outras empresas não enquadradas no regime, como pode ser observado a partir da leitura do art. 44 da LC nº 123:

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.

O primeiro ponto a ser discutido corresponde ao conflito desse dispositivo com as normas gerais de licitação. Pois o art. 45, § 2º da Lei nº 8.666/93 assegura que o critério de desempate das propostas é o sorteio, sendo vedado qualquer outro.

Todavia, a Lei Complementar nº 123/06 é mais recente que a Lei nº 8.666/93 e, segundo a regra do art. 2º, § 1º da Lei de Introdução ao Código Civil, uma norma geral legal mais recente se impõe a uma norma geral mais antiga, caso haja conflito entre elas.

O § 1º do art. 44 orienta entender por empate aquelas situações em que as propostas apresentadas pelas micro e pequenas empresas sejam iguais ou até 10% superiores da melhor classificada. Nas palavras de Marçal Justen Filho “a lei complementar criou um empate ficto, pois produz, desse modo, uma ficção de empate, na medida em que, sob o prisma aritmético, não existe igualdade de valores”.⁴⁹

No mesmo sentido, Jonas Lima explica o dispositivo:

A primeira observação a ser feita diz respeito à correção do sentido da norma do *caput* ao artigo, porque aqui não se trata de uma situação de “empate”, mas sim de uma verdadeira possibilidade para que a microempresa ou a empresa de pequeno porte possa, se desejar, exercer a “faculdade” de “cobrir” a oferta da outra empresa, não enquadrada na lei. Admite-se dizer: uma ficção de empate, com preferência para a microempresa ou a empresa de pequeno porte.⁵⁰

⁴⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *O Estatuto da microempresa e as licitações públicas*. Op. cit, p. 92.

⁵⁰ LIMA, Jonas. Op. cit. 74.

Segundo o mesmo Jonas Lima, a norma do art. 44 da LC nº 123 visa dar uma chance à micro e pequena empresa de fazer um último esforço para ganhar o certame e, assim, inserir-se ou aumentar sua participação no mercado de contratações governamentais.⁵¹

Atente-se ainda que, no pregão, a diferença de até 10% entre as propostas sofre uma redução para 5%. Isso ocorre porque nessa modalidade de licitação já ocorre uma natural redução do preço em virtude da acirrada disputa de lances que costuma acontecer. Dessa forma, é de se imaginar que depois de tantos lances, reste muito pouco para ser “cortado” pelo pequeno empresário na proposta final.

Para encerrar as questões referentes ao art. 44 da LC 123, resta destacar que essa regra destina-se apenas às licitações do tipo menor preço, sendo inviável aplicá-la em certames em que o julgamento é feito por melhor técnica, ou técnica e preço. Nesses tipos de licitação, o “preço” não é suficiente para decidir o desempate.

O art. 45 da Lei Complementar nº 123/06 disciplina o procedimento a ser adotado para o desempate previsto no artigo anterior:

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.

⁵¹ Idem, p. 75.

§ 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 desse artigo confirma o que foi dito anteriormente: o “desempate” não é automático em favor da micro ou pequena empresa. O que existe é a possibilidade dessa categoria empresarial de apresentar proposta inferior àquela considerada, até então, vencedora e, dessa forma, vencer o certame.

Já o inciso II do art. 45 prevê que caso haja esse “empate percentual” entre duas ou mais microempresas ou empresas de pequeno porte e, se a primeira delas não exercer o direito de preferência, será autorizado às outras beneficiárias do sistema favorecido e diferenciado, de acordo com o valor das propostas, a ofertarem preços abaixo da proposta inicial.

Conforme o explica Marçal Justen Filho, o procedimento de desempate previsto no inciso III desse artigo indica que o sorteio entre micro e pequenas empresas empatadas será não para indicar a vencedora, mas sim para indicar quem poderá, em primeiro lugar, oferecer proposta reduzida à menor até o momento. Se ela o fizer, já será declarada vencedora. Porém, se não o fizer, a sorteada em segundo lugar terá a faculdade de fazê-lo, e assim por diante, até a última.⁵²

O § 1º do art. 45, a rigor, apresenta redação equivocada. Ele se refere à “não contratação nos termos previstos no *caput*”, porém, o *caput* não se refere à contratação, mas sim como deve ser o procedimento em caso de empate. Todavia, o sentido da norma é demonstrar que existe a hipótese de nenhuma micro ou pequena empresa manifeste interesse em “cobrir” a oferta até então vencedora ou de a convocada ser inabilitada. Nesse caso, é inviável a contratação da micro e pequena empresa e, conseqüentemente, nada mudará no resultado original do certame.

⁵² JUSTEN FILHO, Marçal. *O Estatuto da microempresa e as licitações públicas*. Op. cit, p. 101.

A regra do § 2 é explicada por Jonas Lima da seguinte forma:

A segunda regra é essencial pela própria natureza do benefício, ou seja, somente haverá a faculdade de cobrir a oferta vencedora quando essa não tiver sido apresentada por uma microempresa ou empresa de pequeno porte. Não existiria sentido em criar um benefício entre empresas igualmente amparadas pela Lei, uma vez que ela veio dar um apoio ou um degrau a mais na busca de contratos do governo, em meio às grandes empresas. Se existe um tratamento favorecido, esse é o sentido da norma.⁵³

O § 3º do art. 45, reservado para a modalidade pregão, visa manter o processo licitatório o mais célere possível. Conforme se observa na leitura do dispositivo, o licitante microempresa ou empresa de pequeno porte que apresentou a melhor proposta dentro do “empate técnico” será convocada a apresentar nova proposta no prazo máximo de cinco minutos após o encerramento dos lances, sob pena de preclusão. Resulta disso o entendimento de que a microempresa ou empresa de pequeno porte vencedora deve manter um representante na sessão. Se isso não acontecer, o direito de preferência deve ser dado às outras micro e pequenas empresas que apresentarem propostas tecnicamente empatadas.

Com relação ao conjunto de normas do art. 45, Marçal Justen Filho faz a seguinte reflexão:

A solução albergada no art. 45 da LC nº 123 reflete uma tendência na evolução legislativa da disciplina das licitações. A possibilidade de alterações na proposta originalmente formulada é uma solução que se vem generalizando. [...] O pregão institucionalizou essa solução, prevendo uma etapa específica para tanto, na etapa de lances. [...] Agora, a LC nº 123 previu a adoção dessa sistemática em quaisquer licitações, inclusive nas modalidades da Lei nº 8.666 – com a ressalva de sua restrição ao âmbito das pequenas empresas.⁵⁴

Resta claro, portanto, a intenção do legislador em buscar a redução das propostas e, ao mesmo tempo, beneficiar as micro e pequenas empresas ao possibilitando a elas exercer essa faculdade.

⁵³ LIMA, Jonas. Op. cit, p. 79.

⁵⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *O Estatuto da microempresa e as licitações públicas*. Op. cit, p. 103.

3.4 Privilégios em Matéria de Empenhos Não Pagos

O art. 46 da LC n° 123 dispõe:

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.

José Anacleto Abduch Santos explana que a Lei Complementar n° 123/06 instituiu um novo título de crédito, a cédula de crédito microempresarial, que poderá ser emitida por microempresa e empresa de pequeno porte titular de crédito decorrente de empenho liquidado (e não pago) em face da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Todavia, trata-se de uma norma de eficácia contida, dependente, portanto, de regulamentação pelo Poder Executivo.⁵⁵

Por se tratar de um benefício que não está diretamente ligado ao instituto da licitação, fugindo, portanto, do objeto deste trabalho, essa norma não será alvo de maiores detalhes.

3.5 Privilégios quanto as Licitações Diferenciadas

Outras formas de tratamento privilegiado, além das já previstas na Lei Complementar, poderão ser implantadas por cada ente da Federação. O art. 47 do Estatuto corresponde a um divisor de regras para as chamadas “licitações diferenciadas”, conforme segue:

Art. 47. Nas contratações públicas da União, dos Estados e dos Municípios, poderá ser concedido tratamento diferenciado e simplificado para as

⁵⁵ SANTOS, José Anacleto Abduch. Op. cit, p. 113.

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 Jonas Lima, a primeira conclusão que se retira desse dispositivo é que “se trata de uma ‘faculdade’, que depende do regulamento de cada um dos entes mencionados, em contraposição às regras da ‘regularização de documentos’ e do ‘desempate’ ficto, que entraram em vigor imediatamente após a publicação da Lei”.⁵⁶

Ressalva-se que o dispositivo citou os entes federativos sem fazer referência ao Distrito Federal. Entende-se que essa omissão não gera obstáculo para a aplicação da regra por esse ente, uma vez que são mencionados Estados e Municípios, gerando em sua exclusão, uma quebra do princípio da isonomia.

Marçal Justen Filho faz uma análise importante ao ressaltar que, para aplicação desse dispositivo, é necessário compatibilidade entre os meios e os Fins. Caso isso não aconteça, será configurada inconstitucionalidade da restrição, por ofensa ao princípio da proporcionalidade.⁵⁷

Para implementar esse tratamento diferenciado e simplificado, a Lei Complementar nº 123 faculta a adoção por lei de alguns procedimentos em matéria de licitação, conforme pode ser observado no art. 48 do Estatuto:

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);

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.

⁵⁶ LIMA, Jonas. Op. cit, p. 87.

⁵⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *O Estatuto da microempresa e as licitações públicas*. Op. cit, p. 82.

§ 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 inciso I desse artigo trata das licitações exclusivas às micro e pequenas empresas nas contratações até R\$ 80.000,00. Nota-se que este é exatamente o preço limite para a modalidade de licitação convite, prevista na Lei nº 8.666/93. Esse é mais um sinal, segundo uma boa parte da doutrina, que essa modalidade vai ser extinta em breve, dando lugar exclusivamente aos pequenos pregões destinados apenas à micro e pequenas empresas.

Quanto ao inciso II, e a exigência de subcontratação de micro e pequenas empresas, é importante ter atenção ao seguinte apontamento de Marçal Justen Filho:

Lembre-se que a subcontratação não se confunde com cessão de contrato. Logo, o particular vencedor da licitação será o único obrigado em face da Administração Pública pela execução adequada e satisfatória do objeto contratado. O eventual inadimplemento absoluto ou relativo, imputável à microempresa ou empresa de pequeno porte subcontratada, não pode ser oposto pelo particular em face da Administração Pública.⁵⁸

Ainda sobre esse respeito, Jonas Lima acrescenta:

O antigo mecanismo da subcontratação sempre sofreu rejeição, em razão de casos de irregularidades, especialmente em obras públicas. Mas a idéia da nova Lei, diz respeito à possibilidade de uma pequena empresa começar a entrar no mercado governamental abrigada ou amparada em um contrato de uma maior, até chegar ao ponto em que tenha condições de competir sozinha, ou seja, “andar com seus próprios pés”.⁵⁹

O grande problema que esse dispositivo apresenta relaciona-se aos riscos da subcontratação, em especial a assunção das responsabilidades por inexecuções ou falhas

⁵⁸ Idem, p. 117.

⁵⁹ LIMA, Jonas. Op. cit, pag. 94.

na execução do contrato. Para prevenir esses problemas, o art. 7º do Decreto nº 6.204/07 adotou uma série de regras que devem ser previstas no edital do certame, tais como:

Art.7º (...)

II - que as microempresas e empresas de pequeno porte a serem subcontratadas deverão estar indicadas e qualificadas pelos licitantes com a descrição dos bens e serviços a serem fornecidos e seus respectivos valores;

III - que, no momento da habilitação, deverá ser apresentada a documentação da regularidade fiscal e trabalhista das microempresas e empresas de pequeno porte subcontratadas, bem como ao longo da vigência contratual, sob pena de rescisão, aplicando-se o prazo para regularização previsto no § 1º do art. 4º;

IV - que a empresa contratada compromete-se a substituir a subcontratada, no prazo máximo de trinta dias, na hipótese de extinção da subcontratação, mantendo o percentual originalmente subcontratado até a sua execução total, notificando o órgão ou entidade contratante, sob pena de rescisão, sem prejuízo das sanções cabíveis, ou demonstrar a inviabilidade da substituição, em que ficará responsável pela execução da parcela originalmente subcontratada;

O inciso III do art. 48 apresenta a licitação por cota reservada, permitindo que o edital reserve uma parte do objeto (até 25%) para as micro e pequenas empresas, se este for composto de bens ou serviços divisíveis,. Tal dispositivo provoca controvérsias porque a reserva é efetivamente assegurada, pouco importando se o preço oferecido pelas pequenas empresas for mais alto, ou mesmo muito superior ao da empresa vencedora.

Por fim, o art. 49 apresenta as situações excludentes de licitações diferenciadas. Trata-se, portanto, de hipóteses em que não se aplicam as regras previstas nos artigos 47 e 48 supracitados, conforme segue:

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;

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;

IV – a licitação for dispensável ou inexigível, nos termos dos arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

Refletindo-se sobre essa faculdade concedida aos entes federativos para criar licitações diferenciadas, observa-se que é preciso despender-se um tratamento muito cauteloso com essa matéria, visto que os dispositivos do art. 48 acabam por reduzir a competição, justamente uma característica basilar da licitação.

Quando se instaura uma licitação exclusiva para micro e pequenas empresas nas contratações de valor até R\$ 80.000,00, automaticamente são afastadas do certame inúmeras outras empresas que poderiam realizar propostas mais vantajosas para a Administração.

A exigência de subcontratação de micro e pequenas empresas também restringe a competitividade, já que afasta empresas que não tenham parceiros comerciais enquadrados nos benefícios da LC nº 123. Até porque, segundo observa José Anacleto Abduch Santos, “a subcontratação requer um liame de confiança mútuo entre subcontratante e subcontratado, eis que essa relação contratual gera responsabilidade solidária perante a Administração no tocante à execução do objeto do contato principal.”⁶⁰

Portanto, é de suma importância que os benefícios concedidos às microempresas e empresas de pequeno porte, sejam aqueles já previstos no Estatuto ou aqueles que venham a ser instituídos pela lei a ser editada por cada ente da federação, somente sejam aplicados mediante decisão fundamentada e, sobretudo, respeitem o inciso III do art. 49 da LC nº 123, qual seja, vedação ao benefício que não for vantajoso para a Administração Pública.

⁶⁰ SANTOS, José Anacleto Abduch. Op. cit, p. 121.

3.6 Tratamento Privilegiado e o Princípio da Isonomia

O Princípio da Isonomia (ou da igualdade) é um dos pilares do ordenamento jurídico, sendo enquadrado na Constituição Federal de 1988 entre os Direitos Fundamentais, mas precisamente no *caput* do art. 5º, conforme segue:

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 [...]

Entretanto, sabe-se que a isonomia não impõe que todos sejam tratados com absoluta igualdade. Na verdade, o que as leis mais fazem é discriminar situações em detrimentos de outras, classificando grupos e setores. Nesse sentido, pondera Carlos Roberto de Siqueira Castro:

É errôneo supor que a regra constitucional da isonomia impede que se estabeleçam desigualdades jurídicas entre os sujeitos de direito. Isto porque o fenômeno da criação legislativa importa inevitavelmente em classificar pessoas, bens e valores segundo toda a sorte de critérios fáticos.⁶¹

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, para resolver o problema é insuficiente recorrer à notória afirmação de Aristóteles de que igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais. Sem contestar a procedência desse apontamento, o administrativista adverte que a forma aristotélica não está pronta, pois não indica quem são os iguais e quem são os desiguais, tampouco indica qual a medida aceitável da desigualdade a ser instaurada pelo direito.⁶²

⁶¹ CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O Princípio da isonomia e a igualdade da mulher no direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1983. pag. 44.

⁶² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, pag. 11.

Com base nesse enfoque, a Constituição Federal de 1988 determinou em seus artigos 170, IX e 179 que lei complementar atribuisse tratamento diferenciado e favorecido à micro e pequenas empresas no que tange as suas obrigações tributárias, administrativas, previdenciárias e creditícias. Isso reflete a tentativa de criar um critério de discriminação que iguale as diversas empresas no mercado, viabilizando a concorrência entre elas e o desenvolvimento das menos favorecidas.

É importante frisar que o fato de o legislador ter estabelecido tratamento privilegiado às microempresas e às empresas de pequeno porte não implica, por si só, ofensa ao princípio da isonomia. Isto porque não há igualdade absoluta, insistindo-se que os desiguais devem ser tratados com desigualdade. E resta claro que existe, de fato, uma grande diferença de ordem econômica entre micro e pequenas empresas e as demais.

Em relação a tratamentos discriminados, Marçal Justen Filho adverte:

...será inválida a discriminação criada pela própria lei ou ato administrativo 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, existe antes e fora do direito.⁶³

Alexandre de Moraes acrescenta:

Dessa forma, o que se veda são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, pois, o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desigualem, é exigência tradicional do próprio conceito de justiça, pois o que realmente protege são certas finalidades, somente se tendo por lesado o princípio constitucional quando o elemento discriminador não se encontra a serviço de uma finalidade acolhida pelo direito, sem que se esqueça, porém, que as chamadas liberdades materiais têm por objetivo a desigualdade de condições sociais, meta a ser alcançada, não só por meio de leis, mas também pela aplicação de políticas ou programas de ação estatal.⁶⁴

Portanto, é legítimo o tratamento diferenciado e favorecido concedido às micro e pequenas empresas, face à desigualdade existente entre estas e as demais. Contudo,

⁶³ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Op. cit, p. 47

⁶⁴ MORAES, Alexandre de. Direito *Constitucional*. 5 ed. São Paulo. Atlas. 1999. p 75

entende-se que a LC nº. 123/06 optou por um critério de discriminação inadequado ao incluir os privilégios no campo da licitação.

Ao criar a regra da preferência para esse ramo empresarial nas licitações públicas, adotou-se um critério discriminador que não considerou a finalidade do procedimento licitatório. Com isso, a tentativa de construir a isonomia entre as empresas através da regra da preferência acaba por ferir os direitos coletivos tutelados pelo procedimento, a competitividade e a persecução da proposta mais vantajosa para a Administração Pública.

A intenção da norma é louvável, visto que a contratação com a Administração corresponde, em geral, a um negócio muito benéfico para os particulares. Nesse sentido o aumento da participação de micro e pequenas empresas em certames licitatórios consiste em um incentivo ao crescimento destas, o que contribui para a criação de empregos e aumento do capital nacional. Além de concretizar o comando constitucional, no sentido de compensar a insuficiência de sua capacidade econômica para competir com grandes empresas.⁶⁵

Entretanto, não é permitido ao legislador criar qualquer tipo de norma e estabelecer privilégios que não sejam razoáveis. O ponto central da questão reside na existência de liame lógico entre o tratamento favorecido às micro empresas e às empresas de pequeno porte e a razoabilidade.

Nesse sentido, é importante ponderar até quando é razoável conceder privilégios. E em que momento eles entram em confronto com princípios basilares do ordenamento jurídico, como no caso do instituto da licitação, quando esse novo conjunto de regras cria um obstáculo à competitividade.

Portanto, é importante observar que, embora os privilégios criados pelo legislador às microempresas e às empresas de pequeno porte, em tese, não sejam inconstitucionais, por suposta afronta ao princípio da isonomia, é crucial analisar as respectivas normas, caso a caso, e avaliar em que medida o legislador desigualou, tudo sob a mira da razoabilidade.

Parece correto, desse modo, entender que os privilégios concedidos pela Lei Complementar nº 123 às microempresas e empresas de pequeno porte não devem ser

⁶⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *O Estatuto da microempresa e as licitações públicas*. Op. cit, p. 33.

considerados inconstitucionais, haja vista o comando da Carta Magna para reduzir as desigualdades existentes entre as variadas espécies empresariais. Ressalva-se apenas a opção do legislador de fazê-lo também por meio da licitação pública.

O privilégio deveria ser apenas de ordem fiscal, trabalhista, creditícia e se ater outros elementos burocráticos. Apenas com isso já seria possível incentivar o crescimento das micro e pequenas empresas e reduzir a informalidade. O legislador não deveria incluir a licitação, o que acabou por criar grandes embaraços procedimentais e, de modo geral, reduzir a participação de outras empresas, o que se confronta com o princípio da competitividade.

Todavia, como os benefícios relativos à licitação estão efetivamente inclusos no Estatuto, resta trabalhar para que eles sejam utilizados de forma condizente com a razoabilidade e que, dentro do possível, consiga conciliar os benefícios com propostas vantajosas para a Administração Pública.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Federal dispõe em seus artigos 170, IX e 179 que as micro e pequenas empresas devem receber um tratamento diferenciado e favorecido. A Lei Complementar nº123/06 instituiu o Estatuto Nacional das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte, efetivando a orientação constitucional de ordem econômica e jurídica.

Em relação às disposições ligadas à matéria da licitação, revela-se que os preceitos arrolados nos artigos 42 à 45 da LC nº 123 não comportam maiores dificuldades de implementação. Trata-se de normas que podem ser adotadas mediante previsão nos instrumentos convocatórios.

As modificações relativas à regularidade fiscal e o critério de desempate, desde que detalhadamente descrito no edital, não traz transtornos maiores do que aqueles já esperados em qualquer certame licitatório, como impugnação do edital e questionamentos de decisões administrativas. Porém, o fundamental é a previsão adequada e correta do tratamento privilegiado nos editais de licitação e a prolação de decisões administrativas devidamente fundamentadas.

Em sentido oposto, em relação aos privilégios concedidos nos art. 47 e 48 da Lei, a abordagem se mostra mais complexa. As prerrogativas de licitações diferenciadas previstas nesses artigos importam em redução da competitividade. E a consequência disso é a limitação da possibilidade de obter a proposta mais vantajosa, prejudicando, assim, o interesse público.

Claro que, por outro lado, também é possível argumentar que a concessão desses benefícios importa satisfação ao interesse público porque fortalece um importante segmento da economia, resultando em geração de receitas (inclusive tributárias) e de oportunidades de trabalho.

Todavia, poder-se-ia alcançar tais objetivos sem incluir a contratação com o poder público os tratamentos diferenciados e favorecidos. Os privilégios tributários, trabalhistas, creditícios já são suficientes para impulsionar as micro e pequenas empresas e reduzir o mercado informal. A adoção do regime tributário simplificado, especialmente, reduz os custos da empresa, o que é providência suficiente para

assegurar sua proteção. Porém, contrário a isso, o legislador optou por incluir a licitação entre os benefícios, colocando em riscos princípios basilares desse instituto.

Se a microempresa e a empresa de pequeno porte, mesmo beneficiadas de todos os outros privilégios, principalmente os tributários, não conseguirem vencer uma licitação comum, isso significará que as empresas de maior porte dispõem de vantagens tecnológicas e econômicas relevantes. Essas vantagens devem ser transferidas para o Estado, por meio de preços mais reduzidos, o que se converterá em vantagens para todos os cidadãos. Porém, a inclusão dos benefícios nas licitações impede que isso aconteça, além de trazer em si o risco potencial da ineficiência do sistema produtivo.

A crítica aqui feita não significa negar o incentivo à adoção de políticas públicas destinadas a promover a justiça social e a realização dos valores constitucionalmente consagrados. Apenas contesta-se a inclusão de benefícios relativos à licitação, sobretudo as licitações diferenciadas do art. 48. Adverte-se, por fim, que é indispensável manter uma sistemática de controle cada vez mais intensa para evitar que os recursos públicos sejam mal utilizados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMORIM, Gustavo Henrique Pinheiro de. *Direito administrativo*. 2. ed. São Paulo; Editora BF&A, 2006

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br>>.

_____. Lei nº 8.666/93, de 21.06.93. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br>>.

_____. Lei Complementar nº 123/06, de 14 de dezembro de 2006. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br>>.

_____. Decreto nº 6.204/07, de 5 de setembro de 2007. Regulamenta o tratamento favorecido, diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte nas contratações públicas de bens, serviços e obras, no âmbito da administração pública federal. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br>>.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O Princípio da isonomia e a igualdade da mulher no direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1983

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

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Manual de direito comercial*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2007

GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 4ª ed. São Paulo, Saraiva, 1995.

JUSTEN FILHO, Marçal. *O estatuto da microempresa e as licitações públicas*. São Paulo: Dialética, 2007.

_____. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008.

LIMA, Jonas. *Licitações à luz do novo estatuto da microempresa*. 1. ed. Campinas: Servanda, 2008.

MAMEDE, Gladston. *Direito empresarial brasileiro: volume 1: empresa e atuação empresarial*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo concreto*. 4ª ed. São Paulo, RT, 2000.

_____. *Direito administrativo moderno*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Licitação e contrato administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros 1990.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *O Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009

MENDES, Renato Geraldo. *Lei de licitações e contratos anotada*. 6. ed. Curitiba: Zênite, 2005.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 5 ed. São Paulo. Atlas. 1999.

REQUIÃO, Rubens Edmundo, *Curso de direito comercial*. 27ª ed. Revista e Atualizada, São Paulo: Saraiva, 2007.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. *Micro e pequenas empresas em licitação: a LC n. 123/06 de 14.12.06*. São Paulo: Ed. Thomson, Revista IOB de Direito Administrativo, n.14, Fev. 2007.

SANTOS, José Anacleto Abduch. *Licitações e o estatuto da microempresa e empresa de pequeno porte*. Curitiba: Juruá, 2008

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.