

**FUNDAÇÃO ARMANDO ÁLVARES PENTEADO  
FAAP PÓS-GRADUAÇÃO**

**TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO**

**VII Turma do Curso de Pós-Graduação Lato-Sensu em  
Gerente de Cidade**

**AS LICITAÇÕES DIFERENCIADAS NA LEI GERAL DA MICRO E PEQUENA  
EMPRESA, PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E ECONOMICIDADE NAS  
CONTRATAÇÕES PÚBLICAS.**

**Luiz Eugenio Scarpino Junior**

Orientador: Prof. MÁRIO PASCARELLI FILHO

Ribeirão Preto  
2009

**LUIZ EUGENIO SCARPINO JUNIOR**

**AS LICITAÇÕES DIFERENCIADAS NA LEI GERAL DA MICRO E PEQUENA  
EMPRESA, PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E ECONOMICIDADE NAS  
CONTRATAÇÕES PÚBLICAS.**

Monografia apresentada para  
ao Curso de Pós-Graduação  
Lato-Sensu em Gerente de  
Cidades da Fundação  
Armando Álvares Penteado  
como parte dos requisitos  
para aprovação no curso.

Orientador: Prof. Mário Pascarelli

Ribeirão Preto  
2009

Scarpino Junior, Luiz Eugenio.

**As licitações diferenciadas na Lei Geral da Micro e Pequena Empresa, princípios da isonomia e economicidade nas contratações públicas/** Luiz Eugenio Scarpino Junior. Ribeirão Preto. 2009, 108 p. Monografia – Fundação Armando Álvares Penteado, 2009.

Orientador: Prof. Mário Pascarelli

Licitações Públicas. Lei Geral da Micro e Pequena Empresa. Princípio da Isonomia. Princípio da Economicidade.

## **LUIZ EUGENIO SCARPINO JUNIOR**

As licitações diferenciadas na Lei Geral da Micro e Pequena Empresa, princípios da isonomia e economicidade nas contratações públicas

Data de Aprovação: \_\_\_/\_\_\_/\_\_\_

Nota:

Banca Examinadora:

---

Prof. Ms. Mário Pascarelli Filho  
Orientador  
Coordenador do Curso de Gerente de Cidades  
Fundação Armando Álvares Penteado

---

Prof. Dra. Eloisa Helena de Souza Cabral  
Convidada  
Fundação Armando Álvares Penteado

---

Prof. Ms. Irene Alvaro Pinheiro  
Convidada  
Fundação Armando Álvares Penteado

## DEDICATÓRIA

Dedico o trabalho ao esforço e à superação que inspiram o crescimento pessoal e profissional.

Sempre é possível aprender mais. O conhecimento é inesgotável!

Àqueles que me incentivam desde sempre, meus pais, Luiz Eugenio e Karen Maria.

Ao apoio fraternal da Elisa, minhas homenagens.

E ao belíssimo e aguardado futuro (que já é meu presente), meu amor, Renata, que me fez renascer um novo homem. Vivamos o agora e adiante!

## **AGRADECIMENTO**

Agradeço a competente e inspiradora orientação do Coordenador do Curso de Gerente de Cidades e Prof. Mário Pascarelli Filho. Valoroso o curso que enrobustece as Administrações Públicas e formam profissionais conscientes na busca do melhor meio de gerir os recursos públicos.

Aos meus colegas de curso, rendo o empenho na busca da qualidade, o incentivo acadêmico e ao companheirismo ímpar que fará falta.

Os pingos nos is, as vírgulas ajustadas, concordância nos conformes, e a novel ortografia foram aperfeiçoadas na revisão da Prof. Renata França.

*Nossos desafios podem ser novos. Os instrumentos com que os enfrentamos podem ser novos. Mas os valores de que nosso êxito depende – honestidade e trabalho duro; coragem e ética; lealdade e patriotismo; esses valores são antigos. Esses valores são verdadeiros.*

**Barack Obama**

## RESUMO

O presente estudo aborda as licitações públicas após a introdução da Lei Complementar n. 123/06, conhecida como Lei Geral da Micro e Pequena Empresa. Referida Lei, trouxe uma série de inovações, ora em foco: regularidade fiscal diferida; empate ficto e desempate em favor das MPE's; licitações exclusivas; subcontratação obrigatória e fracionamento interno do objeto para MPE's. Essa nova disciplina é paradigmática, no sentido de contrariar a tendência em que as licitações caminhavam: simplificação na participação e amplitude da disputa. O Estado resolveu intervir na economia, para privilegiar as MPE's. Será que esta intervenção é adequada? É constitucional? Para responder a tais perguntas, se analisa a LC 123 em confronto com os princípios da isonomia e economicidade, e ao final, arrematar a aplicabilidade ou não desta Lei.

**Palavras-chave:** Licitações Públicas. Lei Geral da Micro e Pequena Empresa. Princípio da Isonomia. Princípio da Economicidade.



## SUMÁRIO

|                         |    |
|-------------------------|----|
| <b>INTRODUÇÃO</b> ..... | 10 |
|-------------------------|----|

### **CAPÍTULO 1 HISTÓRICO DAS LEIS DE LICITAÇÕES**

|   |    |
|---|----|
| 1.1. Conceito de Licitação .....                      | 13 |
| 1.2. Histórico das Leis de Licitações no Brasil ..... | 15 |

### **CAPÍTULO 2 O TRATAMENTO DIFERENCIADO NAS LICITAÇÕES DA LEI COMPLEMENTAR N. 123/06; PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E ECONOMICIDADE**

|  |    |
|--|----|
| 2.1 A inovação no tratamento nas licitações da LC n. 123/06.....       | 26 |
| 2.2 Tratamento diferenciado na LC 123 – Inovações e requisitos.....    | 29 |
| 2.2.1 A quem cabe o benefício .....                                    | 29 |
| 2.2.2 Espécies de benefícios .....                                     | 32 |
| 2.2.2.1 Regularidade fiscal diferida .....                             | 32 |
| 2.2.2.2 Do empate ficto e critério de desempate .....                  | 35 |
| 2.2.2.3 Licitações exclusivas das MPE, subcontratação e fracionamento. | 39 |
| 2.3 Princípio da isonomia .....  | 45 |
| 2.4 Princípio da economicidade .....                                   | 52 |

### **CAPÍTULO 3 METODOLOGIA DA PESQUISA**

|                          |    |
|--------------------------|----|
| 3.1 Método .....         | 59 |
| 3.1.1 Material .....     | 59 |
| 3.1.2 Procedimento ..... | 59 |
| 3.2 Problema .....       | 60 |
| 3.3 Hipóteses .....      | 60 |
| 3.4 Objetivos .....      | 61 |

### **CAPÍTULO 4 DISCUSSÃO E ANÁLISE DE RESULTADOS**

|  |    |
|--|----|
| 4.1 Considerações iniciais e hermêutica para solução do caso ..... | 62 |
| 4.2 Discussão.....   | 69 |
| 4.2.1 Do enquadramento legal.....                                  | 69 |

|   |            |
|---|------------|
| 4.2.2 Da regularidade fiscal diferida.....                          | 70         |
| 4.2.3 Do empate ficto e critério de desempate.....                  | 77         |
| 4.2.4 Dos objetivos do tratamento diferenciado da MPE .....         | 81         |
| 4.2.4.1 Das licitações exclusivas .....                             | 85         |
| 4.2.4.2 Subcontratação .....  | 87         |
| 4.2.4.3 Fracionamento.....  | 90         |
| 4.2.5 Das hipóteses de afastamento do tratamento diferenciado ..... | 91         |
| 4.2.6 Tratamento diferenciado X Princípios X Aplicabilidade.....    | 92         |
| <b>CONCLUSÃO .....</b>  | <b>95</b>  |
| <b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>                             | <b>103</b> |



## INTRODUÇÃO

As microempresas (ME) e empresas de pequeno porte (EPP) são consideradas a mola propulsora da economia brasileira. Estas empresas geram muitos empregos e dividendos. Por essa razão, são alvo de legislações que lhes dão condições mais favoráveis, haja vista o receio de que empresas de grande porte poderiam tolhê-las no que se refere principalmente à competitividade de preços, além de outras tantas dificuldades tais como, acessos aos negócios, infraestrutura de logística, apoio técnico-operacional, investimento em publicidade, acesso a créditos, altos impostos, etc.

A Constituição Federal de 1988 prevê que as microempresas e empresas de pequeno porte terão tratamento diferenciado inclusive como regimes especiais ou simplificados de impostos e contribuições (art. 146, inciso III, “b”). A Lei Maior previu ainda no artigo 170, inciso IX, que, em nome da ordem econômica brasileira, deverá ser concedido o tratamento privilegiado às microempresas e congêneres estabelecidas e administradas no país. Continua a Carta a estimular à micro e pequena empresa (MPE) mediante tratamento jurídico diferenciado, “visando a incentivá-la pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias” (art. 179). Tanta repetição não é à toa: o legislador constitucional está preocupado com este setor empresarial.

Nesse diapasão, em 5 de outubro de 1999, foi promulgada a Lei n.º 9.841, conhecida como Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, o qual fixou tratamento jurídico simplificado e favorecido a essas empresas, visando facilitar sua constituição e seu funcionamento, de modo a assegurar o fortalecimento de sua

participação no processo de desenvolvimento econômico e social. Anteriormente a Lei n.º 9.317/1996 tratava do regime tributário diferenciado para as MPE, denominado de “Simples”. Avançando sobre o tema, em substituição às Leis 9.317/96 e 9.841/99, foi promulgada em 14 de dezembro de 2006, a Lei Complementar n. 123. Trata-se da lei que confere aos micro e pequenos empresários, uma série de benefícios fiscais, agora denominado de “Supersimples”.

Essa Lei Complementar esclarece que são as microempresas, pessoas jurídicas ou empresários que exerçam atividade empresarial, cuja receita bruta anual seja igual ou inferior a R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais). As empresas de pequeno porte são aquelas cuja receita bruta anual seja superior a R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais) e inferior a R\$ 2.400.000,00 (dois milhões e quatrocentos mil reais).

A par de considerações sobre os objetivos dessa Lei, o foco desse trabalho se restringirá à principal novidade trazida e que não era versada nas legislações anteriores, no que se refere ao **acesso facilitado às licitações públicas às MPE**. A Lei Complementar n. 123/2006 trouxe novidades drásticas nas licitações públicas, especialmente quando prevê tratamento diferenciado a ser concedido às MPE.

Tal distinção ou preferência dada às micro e pequenas empresas geram reflexos no entendimento de que se tinha na interpretação dos dispositivos constitucionais, como o princípio da isonomia, e mesmo, o princípio da economicidade.

O princípio da isonomia comumente conhecido, é aquele exteriorizado sob a máxima: “todos são iguais perante a lei”. Também é voz uníssona entre os estudiosos de que os iguais devem ser tratados igualmente; os desiguais tratados de forma desigual. Esse último período simplifica a interpretação material dada ao princípio da isonomia.

A economicidade é uma das finalidades primordiais da Administração Pública

em tempos de estado mínimo e que é carente de recursos. Acerca da importância da economicidade nas licitações públicas, destacam-se as licitações públicas sob a modalidade pregão (tanto presencial quanto eletrônico), que estão em voga desde a edição da Lei n. 10.520/02.

Posto isso, há de se perquirir se o princípio da isonomia e a economicidade nas contratações públicas se fazem presentes nas licitações diferenciadas previstas na Lei Geral da Micro e Pequena Empresa, com a viabilidade de incidência desta regra na Administração Pública. Deve-se analisar a constitucionalidade e viabilidade na aplicação do tratamento diferenciado nas licitações que envolvam as MPE.

É necessário ainda verificar de que forma ocorrerá a extensão dos citados princípios, especialmente sob a ótica do tratamento diferenciado na LC 123/06, com as consequências e desdobros possíveis que os mesmos possam implicar.

O presente trabalho é dividido em 4 (quatro) capítulos. O Capítulo 1 aborda, em princípio, o conceito de licitação, para na sequência, enfrentar o histórico das leis licitatórias no Brasil. O Capítulo 2 é destinado às considerações teóricas. Lá se aborda as inovações licitatórias da LC 123, seus requisitos e espécies de benesses (regularidade fiscal diferida, empate ficto e desempate, licitações exclusivas, subcontratação e fracionamento obrigatórios). Sem prejuízo, são delineados em referido Capítulo os conceitos que envolvem os princípios da isonomia e da economicidade. O Capítulo 4 é destinado à discussão do tema. Fazem-se, neste tópico, considerações teóricas de como se propõe a interpretar a problemática do tema. Em prosseguimento, os objetivos geral e específicos são atacados, com o posicionamento crítico do autor, que ao final, é exteriorizado na Conclusão.

Portanto, justifica-se o presente trabalho, na medida em que as discussões sobre referida Lei estão ainda em um estágio embrionário. Cientificamente destaca-se que o tema será enfrentado sob o prisma crítico, podendo influir valiosamente para a Administração Pública, em verificar se referida lei poderá ser aplicada integralmente; aplicada com salvaguardas ou definitivamente afastada, através de legítimo embasamento jurídico.

## CAPÍTULO 1 HISTÓRICO DAS LEIS DE LICITAÇÕES

### 1.1 Conceito de Licitação

Proveniente do latim “*licitatione*”, que é acusativo do substantivo *licitatio*, que significa por sua vez “venda por lances”, ao ser adaptado ao português, adquiriu o sentido de “oferecimento de quantia, no ato de arrematação, adjudicação, hasta pública ou partilha judicial<sup>1</sup>”.

Licitação, no entender de inúmeros juristas, pode ser classificada como pública ou privada. Enquanto que para os particulares a gama de contratação, a forma de comprar, vender, ou realizar obras segue uma lógica liberal, em que se tem total disponibilidade de capital, para o Poder Público exige-se o cumprimento de uma série de etapas procedimentais previstas. Se de um lado, tem-se a liberalidade, a faculdade, a vontade do *dominus* para os particulares, ter-se-á doutro a obrigatoriedade para a Administração Pública<sup>2</sup>.

Em se pese a importância da licitação privada, ela não será o foco do interesse desse estudo, dada a sua total aleatoriedade, pois impescinde de quaisquer normas procedimentais a serem observadas e sem que haja qualquer

---

<sup>1</sup> CALDAS, Aulete. Dicionário Contemporâneo da Língua Portuguesa, 3. ed., vol. II Apud CRETELA JR., José. **Das licitações públicas: comentários à Lei Federal n. 8.666, de 21 de junho de 1993**, 16. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999.

<sup>2</sup> Mesmo para aqueles casos em que se dispense ou que não se exija a sua realização, como leciona GASPARINI, Diógenes, **Direito Administrativo**, 4. ed., São Paulo: Saraiva, 1995.

elemento concreto (lei) que a ampare. Já a licitação pública decorre do *mandamus* constitucional e de leis que regulamentam seus procedimentos e formas.

Simplificadamente, licitação pública pode ser conceituada como o procedimento do qual a Administração Pública se utiliza para realizar a compra de bens, efetuar obras e serviços de modo mais vantajoso, principalmente ao erário.

Colima a licitação, no entender de Alcides Greca, aos seguintes fins:

a) Assegurar el más estricto contralor en la disposición de los fondos públicos; b) Obtener el menor costo y la mejor calidad en los bienes que adquiere el Estado; c) Cuando se trata de un servicio público, obtener para los usuarios las tarifas más reducidas y la mejor realización técnica; d) Colocar en mismo pié de igualdad a las personas que contratan con el Estado; e) Imponer normas de elevada moral a los funcionarios públicos<sup>3</sup>.

No entender de Hely Lopes Meirelles, “licitação é o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para contrato de seu interesse<sup>4</sup>”.

Destacar-se-ia dentre outros, o conceito de licitação segundo Toshio Mukai, sendo muito semelhante ao de Diógenes Gasparini, que grafa:

Entende-se por licitação aquele procedimento administrativo (somatório de vários atos administrativos vinculados, no qual o antecedente informa e fundamenta o conseqüente), destinado a selecionar a melhor proposta de fornecimento, aquela que seja a mais vantajosa para a Administração, e onde todos os ofertantes devem ser tratados com absoluto respeito à igualdade, incluindo-se aí o exame da capacidade jurídica, técnica e econômica dos interessados<sup>5</sup>.

Adílson Abreu Dallari entende que a licitação poderia ser classificada como um ato *discricionário*, ao invés de vinculado<sup>6</sup>. Porém, entende-se que a

---

<sup>3</sup> Derecho e ciencia de la administración municipal, t.3, p. 63 Apud DALLARI, Adílson de Abreu. **Aspectos jurídicos da licitação**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 35.

<sup>4</sup> **Direito Administrativo Brasileiro**. 27. ed., São Paulo: Malheiros, 2002

<sup>5</sup> **Licitações: as prerrogativas da administração e os direitos das empresas concorrentes**, 2 ed., Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1995.

<sup>6</sup> Op. cit., p. 35.



discricionariedade do Poder Público para licitar está adstrita à fase interna da licitação, pois a partir do momento que se define seu objeto, condições, prazos, etc., ela estará sob a égide de lei, devendo realizar atos administrativos vinculados.

Para o professor Celso Antônio Bandeira de Mello,

Licitação é o procedimento administrativo pelo qual uma pessoa governamental, pretendendo alienar, adquirir ou locar bens, realizar obras ou serviços, outorgar concessões, permissões de obra, serviço ou de uso exclusivo de bem público, segundo condições por ela estipuladas previamente, convoca interessados na apresentação de propostas, a fim de selecionar a que se revele mais conveniente em função de parâmetros antecipadamente estabelecidos e divulgados<sup>7</sup>.

Finalizando o conceito de licitação, Hely Lopes Meireles leciona que “*realiza-se através de uma sucessão ordenada de atos vinculantes para a Administração e para os licitantes, o que propicia igual oportunidade e moralidade nos negócios administrativos*”<sup>8</sup>.

## 1.2 Histórico das Leis de Licitações no Brasil

O tratamento jurídico acerca das licitações no Brasil remonta mais de 400 anos de história.

Cita Carlos Pinto Coelho Motta, que a primeira legislação brasileira a versar sobre licitações públicas foi as **Ordenações Filipinas, em 1592**<sup>9</sup>. A redação anotada original, ainda tímida, mas sinalizando a direção correta é a seguinte: “*E não se fará obra alguma, sem primeiro andar em pregão, para se dar de empreitada*

---

<sup>7</sup> **Curso de Direito Administrativo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999. p. 373.

<sup>8</sup> Op. cit., p. 261.

<sup>9</sup> **Eficácia nas licitações e contratos**, 6 ed., Belo Horizonte, Del Rey, 1997, p. 25.

a quem houver de fazer melhor e por menos preço<sup>10</sup>. Destaca-se o período: a quem houver de fazer melhor e por menos preço. A intenção normativa ainda é insuperável.

A Lei sem número, promulgada em **29 de agosto de 1828** pelo rei Dom Pedro I, que dava continuidade ao Ato de Abertura dos Portos de 1808<sup>11</sup>, disciplinou no seu artigo 5º algo nessa direção: “*Art. 5º. Aprovado o plano de algumas referidas obras, imediatamente será a sua construção oferecida a empresários por via de editais públicos, e, havendo concorrentes, se dará a preferência a quem oferecer maiores vantagens*<sup>12</sup>”.

O **Decreto n. 2926**, de 14 de maio de 1862 regulamentava as arrematações dos serviços a cargo do então “Ministério da Agricultura, Commercio e Obras Públicas”. Em 39 artigos, foi efetivamente a legislação percussora a minudenciar a forma de se fazer licitações, então denominada de arrematação<sup>13</sup>. A arrematação se dava por lances orais, por ordem definida entre os concorrentes, através de sorteios (art. 5º), exceto no caso de se tratar de obras novas, consertos ou conservação de obras concluídas, quando as propostas eram apresentadas por carta-fechadas (art. 8º). Para participar do certame, os arrematantes deveriam apresentar atestados que abonassem suas capacidades, bem como fiança idônea ou caução (art. 11). Finda a praça, a junta (atualmente conhecida como Comissão de Licitações) avaliará os documentos e a proposta, dando o seu parecer sobre elas, e declarando a mais vantajosa como vencedora (art. 7º). Em suma, na parte instrumentária, esses eram os aspectos mais importantes.

Motta destaca que em **1909**, “a Lei n. 2.221 fixava preceitos que permanecem ainda atuais na medida em que revelam sobriedade e seriedade para com o dinheiro

---

<sup>10</sup> ORDENAÇÕES Filipinas. São Paulo: Saraiva, 1957, v.1, Tít. 76, n. 17, 37 Apud MOTTA, op. cit., p. 25.

<sup>11</sup> Disponível em <http://www.novomilenio.inf.br/porto/portoh04.htm>, acessado em 2 de setembro de 2008.

<sup>12</sup> Transcrito de MOTTA, op. cit., p. 25.

<sup>13</sup> Disponível em <http://www.conlicitacao.com.br/historia/decreto2926.php>, acessado em 2 de setembro de 2008.

público<sup>14</sup>". Torres destaca as leis ns. 3.232, de 5 de janeiro de 1917 (art. 94), 3.454, de 6 de janeiro de 1918 (art. 170), e 3.991, de 5 de janeiro de 1920 (art. 73), e Decreto . 4555 de 10 de agosto de 1922 (art. 87), que também se "*occuparam do assumpto*"<sup>15</sup>.

O **Código de Contabilidade da União**, como ficou conhecido o Decreto n.º 4.536 de 28 de janeiro de **1922**, foi a próxima inovação sobre o processo de "concorrências"<sup>16</sup>, especialmente nos artigos 49 a 54. Destaque para a primeira parte do §1º do art. 51, que prenunciava a regra hoje em dia utilizada no pregão, "in verbis": "*Verificada, em primeiro lugar, a idoneidade dos concurrentes, será escolhida, salvo outras razões de preferencia antecipadamente assignaladas no edital, a proposta mais barata, que não poderá exceder de 10 % os preços correntes da praça*". O § 3º do mesmo citado artigo, já disciplina algo semelhante ao previsto na vigente Lei dos Certames: "*As propostas serão entregues lacradas, abertas e lidas deante de todos os concurrentes que se apresentarem para assistir a essa formalidade*". Não há mais disputa em viva voz. Noticia-se ainda que tal legislação sofreu regulamentação pelo Decreto n. 15.783/22 (também Lei n. 4.362/23)<sup>17</sup>.

É relatado que em 1957, o **Código de Águas** (Decreto n. 41.019, de 26 de fevereiro de 1957<sup>18</sup>, exige concorrência quando se tratar de serviços de energia elétrica.

A **Lei n. 4.320 de 1964**<sup>19</sup> que versava sobre a elaboração de orçamento e balanço, em seu artigo 70, também faz referência à observância do "princípio da

---

<sup>14</sup> Op. cit., p. 25.

<sup>15</sup> PEREIRA Jr., Jessé Torres **Comentários à Lei das licitações e contratações da Administração Pública**. 6. ed. São Paulo: Renovar, 2003, p. 1

<sup>16</sup> Ibidem.

<sup>17</sup> Ibidem.

<sup>18</sup> Disponível em <http://www2.camara.gov.br/internet/legislacao/legin.html/visualizarNorma.html?ideNorma=380053&PalavrasDestaque=>, acessado em 20 de agosto de 2008.

<sup>19</sup> Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L4320.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4320.htm), acessado em 20 de agosto de 2008.

concorrência”.

O termo licitação foi inaugurado pela **Lei n. 4.401**, de 10 de novembro de 1964<sup>20</sup>, cuja ementa é a seguinte: “*Estabelece normas para a licitação de serviços e obras e aquisição de materiais no Serviço Público da União, e dá outras providências*”<sup>21</sup>. Referida legislação inaugura certas regras atuais, tais como: a obrigatoriedade de concorrência pública para determinados valores (art. 1º, I); bem como a dispensa de licitação para valores menores, tanto para concorrência pública (art. 1º, IV), quanto para a “coleta de preços” [hoje convite de preços] (art. 1º, III e inciso V); os prazos da coleta de preços são idênticos ao da atual legislação, assim como a quantidade mínima de licitantes (art. 3º)<sup>22</sup>; o vencedor será o que oferecer o menor preço, “*salvo se a comissão julgadora, por razões técnicas, considerar outra proposta como a mais conveniente*” (art. 5º.) e a licitação poderá ser por empreitada global ou apenas por itens (art. 5º., par. ún.).

O avanço prosseguiu. Em 1965 a licitação passou a ser contemplada na Constituição Federal de 1946<sup>23</sup>, agora pela Emenda Constitucional n. 15.

Digno de destaque é o **Decreto-Lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967**<sup>24</sup>. O Título XII desta legislação se intitulava “*das normas relativas a licitações para compras, obras, serviços e alienações*”, sendo que, nos artigos 125 a 144 revogou o Código de Contabilidade, e deu nova disciplina ao caso. É de se destacar os atuais termos empregados para as modalidades licitatórias (concorrência pública, tomada de preços e convite de preços), as formas de publicidade, a minudência com relação às hipóteses de dispensa, regramento com relação à fase contratual, à previsão de recursos administrativos, etc.

<sup>20</sup> Disponível em <http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=115033>, acessado em 20 de agosto de 2008.

<sup>21</sup> Disponível em <http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=115033>, acessado em 10 de setembro de 2008.

<sup>22</sup> Art. 3º A coleta de preços far-se-á mediante carta-convite expedida, pelo menos a 3 (três) - licitantes e com 5 (cinco) dias úteis no mínimo de antecipação, verificada por protocolo.

<sup>23</sup> Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constitui%C3%A7ao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constitui%C3%A7ao46.htm), acessado em 20 de agosto de 2008.

<sup>24</sup> Disponível em [http://www.planalto.gov.br/Ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del0200.htm](http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/Decreto-Lei/Del0200.htm), acessado em 20 de agosto de 2008.

Estas citadas inovações se mantiveram praticamente inalteradas na Lei vigente. Destaca o administrativista Carlos Pinto Coelho Motta que “a partir da redação do art. 125 do Decreto-Lei n. 200/67, entendeu a maioria dos doutrinadores como inaplicáveis às entidades paraestatais, as normas do Decreto-Lei 200/67 relativas à licitação, fato este só alterado, posteriormente, pelo art. 86 do Decreto-Lei n. 2.300/86<sup>25</sup>”. Esta legislação estipulava expressamente que ela só se aplicava à União e autarquias, daí a razão para entender a inaplicabilidade para as empresas públicas e sociedades de economia mista.

No que tange às licitações e contratos relativos à obras e serviços de engenharia, editou-se especificamente o **Decreto 73.140 de 9 de novembro de 1973**<sup>26</sup>. Tal legislação, extremamente específica e detalhista, foi revogada em 13 de maio de 1991.

O **Decreto-Lei 2.300 de 21 de novembro de 1986**<sup>27</sup>, e suas alterações (Decretos-Lei n. 2.348/87 e 2.360/87), reestruturaram o procedimento licitatório previsto na legislação anterior. Destaca-se a inovação para com as licitações internacionais, no qual se admitia, inclusive, a legitimidade da participação de empresas estrangeiras, mas em consórcio com empresas nacionais.

Vigorava até então, a possibilidade de Estado e Municípios aplicarem suas próprias legislações em se tratando de licitações públicas. O Decreto-Lei n. 2300/86, em se artigo 85, centralizou a disciplina nas Licitações Públicas, determinando que esta legislação federal deveria ser seguida pelos Estados e Municípios.

---

<sup>25</sup> Op. cit., p 27.

<sup>26</sup> Disponível em [www6.senado.gov.br/sicon/ListaReferencias.action?codigoBase=2&codigoDocumento=202654](http://www6.senado.gov.br/sicon/ListaReferencias.action?codigoBase=2&codigoDocumento=202654), acessado em 20 de agosto de 2008.

<sup>27</sup> Disponível em <http://www3.dataprev.gov.br/SISLEX/paginas/24/1986/2300.htm>, acessado em 20 de agosto de 2008.

O constituinte de 1988, ao editar a Carta da República, no mesmo andar do Decreto-Lei n. 2300, determinou no art. 22, inciso XXVII que a União seria responsável por editar normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios. A Emenda Constitucional n. 19 de 1998, acresceu a tal dispositivo, a reserva legal da União para as empresas públicas e sociedades de economia mista.

A **Constituição Federal de 1988**<sup>28</sup> no artigo 37, inciso XXI dispôs que:

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

A **Lei 8.248 de 1991**<sup>29</sup> também enfrentou o tema de licitações, com a finalidade de planificação do desenvolvimento tecnológico, impondo a exclusividade das empresas nacionais quando da contratação com a administração referente ao respectivo setor.

A vigente Lei de Licitações foi editada em 1993, conhecida como **Lei n. 8.666**<sup>30</sup>. Essa Lei é exaustiva, no que tange à descrição dos procedimentos, requisitos para habilitação, apresentação de proposta, formalização de contratos, execução contratual, e mesmo na tipificação de crimes em licitações. Baseando-se na classificação adotada por Adílson Abreu Dallari<sup>31</sup>, poder-se-ia dividir o procedimento licitatório em fases, sendo no entender do ilustre autor, que são “as

---

<sup>28</sup> **Constituição da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, Senado, 1988.

<sup>29</sup> Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8248.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8248.htm), acessado em 24 de novembro de 2008.

<sup>30</sup> Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 24 de novembro de 2007.

<sup>31</sup> Op. cit., p. 87.

quatro primeiras essenciais e a última integrativa<sup>32</sup>, estando elas ordenadamente em: *abertura da licitação; habilitação dos licitantes; classificação das propostas; adjudicação*<sup>33</sup> do objeto e; aprovação do procedimento ou como prefere a lei e os demais doutrinadores – *homologação*. Acresce-se ainda, a *adjudicação*, nos termos do art. 43, V e VI, porém ela o é do objeto ao seu respectivo vencedor, e não meramente do objeto (referida no art. 38, VII), em sendo, realizada pela mesma autoridade que realizou a homologação.

Privilegia a Lei n. 8.666/93, a contratação que trazer maior vantajosidade à Administração (art. 3º), avaliável através do princípio constitucional da isonomia, dentre outros. As propostas são avaliadas não só pelo critério menor preço (que é o mais utilizado), e, a depender das condições peculiares do objeto contratado, poderá a Administração, adotar como critério de julgamento somente a técnica, ou combinar técnica e preço (art. 45, §1º., incisos I, II e III).

Citada norma já foi aperfeiçoada pelas Leis n.º 8.883 de 08 de junho de 1994, 9032, de 28 de abril de 1995, 9.648, de 27.5.1998 e 9.854, de 27.10.1999.

Na esteira das inovações legislativas, visando modificar ou estatuir diversas formas de licitar, senão aquelas exauridas no artigo 22 da Lei n. 8.666/93, a Lei Geral das Telecomunicações, como ficou conhecida a **Lei n. 9.472 de 16 de julho de 1997**<sup>34</sup>, inovou substancialmente, por meio da criação do Pregão e da Consulta, modalidades até então inéditas no arcabouço legal brasileiro, ao menos na forma como abordadas.

---

<sup>32</sup> *Integrativa*: fase em que se dá eficácia à manifestação de vontade aperfeiçoada na fase anterior.

<sup>33</sup> Mister ressaltar a contradição legislativa entre os artigos 38, VII, e 43, V e VI da Lei n. 8.666/93,, cuja solução encontra amparo no entendimento da Prof. Lúcia Valle Figueiredo, e é a seguinte: Após a classificação das propostas, a Comissão *adjudicará o objeto da licitação*, para tão somente, a autoridade superior *homologar*, ou seja, ratificar a validade do ato anterior, e, se o for conveniente realizará a *adjudicação do contrato*, sendo que será feita unicamente, de maneira vinculada ao vencedor do certame homologado.

<sup>34</sup> Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L9472.htm>, em 20 de agosto de 2008.

A Lei n. 9.472/97 como tantas outras<sup>35</sup> que são características da nova ordem mundial, tendentes a estabelecer agências que possam regular determinadas funções estatais com autonomia e independência em relação ao Poder Executivo, dada a especialidade dos serviços<sup>36</sup>, e por importarem em setores estratégicos da sociedade, exigem soluções mais eficazes do que aquelas já utilizadas pela Administração Pública, especialmente no que tange às licitações públicas. Da mesma maneira entende a Prof<sup>a</sup>. Vera Scarpinella, pois

A rigidez da Lei 8.666 – antes elogiada, pela moralização procedida nos processos licitatórios – passou a ser considerada um fator de engessamento das contratações governamentais, ao tratar com rigor demasiado um universo de situações que demandavam tratamento legislativo diferenciado<sup>37</sup>.

Para organizar a exploração das telecomunicações, a Agência Nacional das Telecomunicações – ANATEL, foi criada pela Lei suso citada, visando dentre outras atribuições, o disciplinamento e a fiscalização da execução, comercialização e uso desses serviços<sup>38</sup>, face à desestatização das empresas federais de telecomunicações e a subsequente entrada de empresas privadas nestas atribuições. Sua lei instituidora lhe estabeleceu um regime próprio de contratações, cuja aplicabilidade lhe era restrita, quer dizer, essa Agência se utiliza de “procedimentos próprios de contratação<sup>39</sup>”, de caráter inteiramente inovador ao Estatuto Federal Licitatório vigente<sup>40</sup>.

O pregão, com base no artigo 56 da Lei Geral das Telecomunicações, serve para a aquisição de bens e serviços comuns, restrita aos previamente cadastrados<sup>41</sup>,

---

<sup>35</sup> Vide Lei n. 9.427, de 26/12/1996, que criou a Agência Nacional de Energia Elétrica e Lei n. 9.478, de 06/08/1997 que instituiu a Agência Nacional do Petróleo, como exemplos mais marcantes de agências.

<sup>36</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, op. cit., p. 402.

<sup>37</sup> **Licitação na modalidade pregão**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 22.

<sup>38</sup> Previsão do artigo 1º, parágrafo único da Lei n. 9.472/97.

<sup>39</sup> SCARPINELLA, Vera, op. cit., p. 27.

<sup>40</sup> A Agência Nacional de Saúde Suplementar, nos termos da Lei n. 9.961/2000, em seu artigo 34, aplica o regime de contratação nos termos da Lei n. 9.472. A ANP, conforme Regulamento da Petrobrás utiliza-se da licitação simplificada, sendo esta também, usualmente utilizada pelo Banco do Brasil.

<sup>41</sup> O artigo 57 excepciona a exigência do prévio cadastro, nas seguintes hipóteses: a contratação de bens e serviços comuns de alto valor; quando o número de cadastrados na classe for inferior a cinco; registro de preços, que terá validade por até dois anos; quando o Conselho Diretor assim o decidir.



que serão chamados a formular lances em sessão pública. O objeto a ser licitado será determinado de forma precisa, suficiente e clara, sem especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição, pois assim, assegurar-se-á uma contratação segura, satisfatória e econômica, como almeja o artigo 55 desta lei.

Porém, a grande inovação que o Pregão causou como modalidade na ANATEL, veio com a habilitação posposta ao julgamento das propostas, sendo que apenas o licitante vencedor estará sujeito à habilitação, *ex vi* do artigo 55, VIII. Assim, tanto o julgamento das propostas quanto a habilitação serão realizados em uma única fase, e esta ocorrerá “após a verificação e decisão quanto ao preço oferecido<sup>42</sup>”. Se na Lei n. 8.666/93, a ordem procedimental das licitações seria a existência das fases de habilitação e julgamento, nesta exata ordem, o Pregão as inverteu, constituindo esta uma característica marcante da nova modalidade introduzida no diploma desta Agência.

No dia 04 (quatro) de maio do ano 2.000, dois anos e meio após a introdução do Pregão na ANATEL, o Presidente da República editou a **Medida Provisória n. 2026**<sup>43</sup>, instituindo esta modalidade no âmbito exclusivo da Administração federal direta e às entidades vinculadas à “Administração federal indireta, além dos Fundos, entidades e empresas sujeitos ao controle da União<sup>44</sup>”. Da mesma forma que na ANATEL, o Pregão servia à aquisição de bens e serviços comuns dos órgãos da Administração Pública Federal, como dispunha o § 2º, do artigo 1º da Medida Provisória.

Em face da precariedade da utilização da Medida Provisória para originar uma modalidade licitatória, que antes da Emenda Constitucional n. 32 de 2001 tinha validade restrita pelo prazo de 30 dias, e depois, por até 60 dias, fez-se necessária a reedição por 18 (dezoito) meses consecutivos da Medida Provisória n. 2.026, até sua

---

<sup>42</sup> SCARPINELLA, Vera, op. cit., p.29.

<sup>43</sup> Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/MPV/Antigas/2026-4.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/Antigas/2026-4.htm), acessado em 20 de agosto de 2008.

<sup>44</sup> PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. **Comentários à Lei das licitações e contratações da Administração Pública**. 6. Ed. São Paulo: Renovar, 2003, p. 1002.

regularização pela Lei Federal n. 10.520/02.

Pela publicação no Diário Oficial da União, em **17 de julho de 2002**, a **Lei n. 10.520**<sup>45</sup> instituiu no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do artigo 37, inc. XXI da Constituição Federal, a modalidade denominada Pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, pondo por fim todas as discussões acerca da inconstitucionalidade da MP n. 2026, e criando da maneira convencional, esta inovadora maneira de contratar.

O pregão é uma modalidade diferenciada, que serve para a aquisição exclusivamente de bens e serviços comuns. Seus prazos são menores, exige-se publicidade e os seus atos são concentrados em sessão pública. Ademais, no pregão, a fase de julgamento é anterior à habilitação, e as propostas, além de escritas no momento inicial, poderão ser apregoadas e melhoradas pelos licitantes, através de lances sucessivos. A condução do certame será atribuída à figura de uma única pessoa, o pregoeiro, e fará a adjudicação do procedimento ao final. Enfim, o pregão é uma modalidade atraente, dinâmica e que, acima de tudo, consegue aliar aos princípios constitucionais, um patamar desejável, principalmente no que tange à eficiência e a economicidade.

Mais recentemente, o Estado de São Paulo através da Lei n. 13.121, de 7 de junho de 2008<sup>46</sup>, de constitucionalidade duvidosa<sup>47</sup>, estipulou que para todas as suas licitações, a fase das propostas antecede à da habilitação, assim como se faz no pregão. Ocorre que, a Lei Estadual Paulista inovou a Lei n. 8.666/93, na esteira do

---

<sup>45</sup> Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10520.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10520.htm), acessado em 20 de agosto de 2008.

<sup>46</sup> Disponível em <http://www.pregao.sp.gov.br/noticias/MostraNoti.asp?par=523>, acessado em 20 de agosto de 2008.

<sup>47</sup> Embora o ilustre administrativista Marçal Justen Filho discorde da alegada inconstitucionalidade, pois, "o direito de legislar do Estado está garantido quando a lei estadual vem corrigir distorções de um texto federal, por exemplo", conforme relatou no Congresso Brasileiro de Licitações, Contratos e Compras Governamentais, realizado em agosto de 2006, disponível em [http://www.portaldoservidor.ba.gov.br/nonline\\_view.asp?cod=86](http://www.portaldoservidor.ba.gov.br/nonline_view.asp?cod=86), acessado em 12 de setembro de 2008.

que o Estado da Bahia também já o fazia, desde 2005 (Lei Estadual n. 9.433<sup>48</sup>). Tal procedimento (inversão das fases) otimizaria as contratações públicas, e estas inovações para a Lei Federal ainda caminham em passos lentos no Congresso Nacional.

Finalmente, o objeto deste trabalho, a **Lei Complementar Federal n. 123**, de 14 de dezembro de 2006<sup>49</sup>, trouxe novas regras licitatórias exclusivamente para as micro e pequenas empresas<sup>50</sup>.

Será visto a seguir que novidades foram essas, bem como os impactos que causarão nos princípios da isonomia e da economicidade.

---

<sup>48</sup> Disponível em [http://www.pm.ba.gov.br/Legis/lei\\_licitacoes\\_9433.pdf](http://www.pm.ba.gov.br/Legis/lei_licitacoes_9433.pdf), acessado em 20 de agosto de 2008.

<sup>49</sup> Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acessado em 24 de novembro de 2007.

<sup>50</sup> A União expediu o Decreto n. 6.204, de 5 de setembro de 2007, para regulamentar o tratamento diferenciado nas contratações no âmbito da Administração Pública Federal (Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6204.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6204.htm), acessado em 08 de janeiro de 2009).

O Estado de São Paulo não ficou atrás e promulgou a Lei nº 13.122, de 7 de julho de 2008, para as contratações realizadas no âmbito da Administração direta, das autarquias, das fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, das empresas públicas, das sociedades de economia mista e das demais entidades controladas direta ou indiretamente pelo Estado (Disponível em <http://www.legislacao.sp.gov.br/dg280202.nsf/69aaa17c14b8cb5483256cfb0050146e/079c7aa4549b70ab03257480004e07ce?OpenDocument>, acessado em 08 de janeiro de 2009).

## **CAPÍTULO 2 O TRATAMENTO DIFERENCIADO NAS LICITAÇÕES DA LEI COMPLEMENTAR N. 123/06; PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E ECONOMICIDADE.**

### **2.1 A inovação no tratamento nas licitações da LC n. 123/06**

No capítulo anterior foi possível observar de forma sucinta, a evolução das leis licitatórias no país.

A Lei Complementar n. 123, de 14 de dezembro de 2006, instituiu o Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte. Dentre inúmeras disposições, destaca-se a analisar os artigos 42 a 49 da Lei Federal, que disciplinam regras sobre licitações públicas.

Não se trata de mero regramento específico e sem menor valor. Substancialmente, a LC 123/06 perverte a tendência do Estado que, até então, vinha aperfeiçoando o arcabouço legislativo visando contratações pelo menor preço (vide Lei do Pregão), para passar a intervir na economia, de modo a conceder benesses a determinado setor empresarial (MPE, no caso). Não se trata de qualquer benefício: o legislador previu, na prática, a possibilidade de se realizar contratações mais dispendiosas.

Conforme escólio do Prof. Marçal Justen Filho, a LC 123 antes de ser um

mero Estatuto, transpõe uma guinada na política pública, com custos ao Estado, a conferir, “in verbis”:

Pagar mais pelos serviços e bens fornecidos por ME e EPP será uma política pública a ser realizada em vista da riqueza arrecadada dos titulares de maior capacidade contributiva.

Essa prática configura como uma manifestação de intervenção no domínio econômico, com contornos de fomento ao desenvolvimento econômico e social<sup>51</sup>.

Sem analisar o impacto econômico-financeiro de tal legislação, visto que só se faria possível com estudos de campo (ou divulgação de dados específicos pelos órgãos públicos), mediante comparação entre o antes e o depois da aplicação da LC 123, o presente estudo ficará adstrito à análise das inovações e as conseqüências que objetivamente acarretarão na Administração Pública.

Deve ser atentado ao fato de que referida legislação brasileira, decorre da legislação norteamericana "Small Business Act – Public Law 83-163, 67 Stat. 232<sup>52</sup>" (Lei das Pequenas Empresas), publicada originalmente em 30 de julho de 1963 e posteriormente emendada (85-536) em 12 de agosto de 2004 (PL 108-447, approved 12/8/04).

As similitudes não são poucas. A LC 123/06 trata-se, em verdade, de uma clara e direta inspiração da legislação alienígena. Elenque-se um pequeno extrato do SBA (Small Business Act)<sup>53</sup>:

1ª) a "meta" (com feição de patamar mínimo) de 23% dos contratos governamentais serem destinados às pequenas empresas;

---

<sup>51</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **O Estatuto da Microempresa e as Licitações Públicas**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2007, pp. 128-129.

<sup>52</sup> Disponível em <http://www.sba.gov/regulations/sbaact/sbaact.html>, acessado em 08 de janeiro de 2009.

<sup>53</sup> LIMA, Jonas. **Licitações para pequenas empresas: novidade da década de 40**. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1364, 27 mar. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9655>>. Acessado em 08 de janeiro de 2009.

2ª) o incentivo à participação das pequenas empresas como contratantes principais ou subcontratadas, inclusive fornecedoras;

3ª) a inserção de pequenas empresas nas oportunidades de contratações governamentais das agências na máxima extensão praticável;

4ª) a estruturação das exigências dos contratantes de modo a facilitar competição "por e entre" pequenas empresas, procurando eliminar obstáculos à participação delas;

5ª) o cuidado para evitar exigências desnecessárias e injustificadas para os contratos, que pudessem impedir a participação das pequenas empresas;

6ª) a possibilidade de separação ou divisão de contratações para dar oportunidade a mais de uma empresa;

7ª) a recomendação a todas as agências federais para que fosse assegurada uma participação em proporção justa das pequenas empresas nas compras e serviços do governo;

8ª) a pesquisa de mercado para se estabelecer exigências necessárias e justificadas nas licitações;

9ª) a avaliação das pequenas empresas subcontratadas;

10ª) a previsão de metas percentuais adicionais de licitações destinadas a empresas de veteranos de guerra (incluindo inválidos), indivíduos economicamente desfavorecidos e mulheres;

11ª) a realização de licitações destinadas exclusivamente à participação das pequenas empresas para contratos de bens e serviços com valor acima de U\$ 2.500 (dois mil e quinhentos dólares), porque abaixo disso as "micro-compras" são feitas diretamente, e não superior a U\$ 100.000 (cem mil dólares), a menos que não possam ser obtidas 2 (duas) ou mais ofertas de pequenas empresas com preços competitivos com os de mercado, qualidade e entrega dos bens ou serviços;

12ª) a obrigação de apresentação de relatório anual sobre a aplicação da lei à Câmara dos Representantes e ao Senado;

13ª) o estabelecimento de pena de multa de até U\$ 500.000 (quinhentos mil dólares) e prisão de até 10 (dez) anos, ou ambos, além da perda dos contratos vigentes e impedimento de novos contratos por até 3 (três) anos, para quem falsear a verdade sobre o estado da empresa, pretendendo enquadrá-la dissimuladamente como "pequena empresa", visando obter contratos do governo;

14ª) a determinação de que todas as pequenas empresas recebam certificação da agência independente, "The U.S. Small Business

*Administration*", com efeito de uma pré-qualificação antecipada e permanente, para que possam usufruir os benefícios da lei, evitando complicações ou delongas sobre documentos durante a licitação;

15ª) a criação de uma "Ouvidoria" ("Ombudsman"), semelhante a um "Fórum Permanente", para promover discussões pelo País quanto à aplicação da Lei, à necessidade de sua atualização, além de receber reclamações de desvios; e

16ª) o estabelecimento de preferência, como se fosse uma espécie de critério de "desempate", nas licitações abertas a todas as empresas, pelo preço ofertado pela pequena empresa que não exceda 10% (dez) por cento do preço ofertado por outra empresa não beneficiada pela lei, ressalvadas situações especificadas.

A seguir, serão figuradas as novidades na legislação brasileira, bem como destacados seus requisitos.

## **2.2 Tratamento diferenciado na LC 123 – Inovações e requisitos**

### **2.2.1 A quem cabe o benefício**

Primeiramente, devem-se saber quem são as MPE's (micro e pequenas empresas).

A microempresa pode ser um empresário, a pessoa jurídica, ou a ela equiparada, que aufera, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais) (art. 3º, I).

A empresa de pequeno porte pode ser o empresário, a pessoa jurídica, ou a ela equiparada, que 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) – (art. 3º, II).

Ademais, considera-se receita bruta, o produto da venda de bens e serviços nas operações de conta própria; o preço dos serviços prestados e o resultado nas operações em conta alheia, não incluídas as vendas canceladas e os descontos incondicionais concedidos (art. 3º, §1º).

Não se aplica o tratamento diferenciado da MPE às pessoas jurídicas nas seguintes hipóteses (§4º, art. 1º.):

I – de cujo capital participe outra pessoa jurídica;

II – que seja filial, sucursal, agência ou representação, no País, de pessoa jurídica com sede no exterior;

III – de cujo capital participe pessoa física que seja inscrita como empresário ou seja sócia de outra empresa que receba tratamento jurídico diferenciado nos termos desta Lei Complementar, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do caput deste artigo;

IV – cujo titular ou sócio participe com mais de 10% (dez por cento) do capital de outra empresa não beneficiada por esta Lei Complementar, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do caput deste artigo;

V – cujo sócio ou titular seja administrador ou equiparado de outra pessoa jurídica com fins lucrativos, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do caput deste artigo;

VI – constituída sob a forma de cooperativas, salvo as de consumo;

VII – que participe do capital de outra pessoa jurídica;

VIII – 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;

IX – resultante ou remanescente de cisão ou qualquer outra forma de desmembramento de pessoa jurídica que tenha ocorrido em um dos 5 (cinco) anos-calendário anteriores;

X – constituída sob a forma de sociedade por ações.



Destaque que, a cooperativa possui regramento próprio (Lei Federal n. 11.488/07), que em seu art. 34, concede o mesmo tratamento favorecido das MPE, a despeito do contido no inciso VI, §4º. do art. 1º. da LC 123/06.

Se por acaso uma microempresa exceder ao limite de faturamento permitido, passará a ser considerada empresa de pequeno porte (§ 7º. art. 1º). Ocorrerá o caminho inverso se uma empresa de pequeno porte não tiver faturamento superior a R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais), e se tornará uma microempresa (§8º., art. 1º.).

Será excluída do enquadramento de empresa de pequeno porte, aquela que exceder ao limite de receita bruta (acima de R\$ 2,4 milhões), apenas no ano-calendário seguinte (§9º, art. 1º).

Existe outra regra que causa a exclusão para o ano-calendário seguinte: caso as MPE's ultrapassem o limite de R\$ 200 mil multiplicados pelo número de meses de funcionamento no respectivo período, com efeitos retroativos ao início de suas atividades (§10º, art. 1º.)<sup>54</sup>. Vale dizer que esta retroação terá efeito apenas para fins tributários, visto que o afastamento do tratamento diferenciado será de difícil aplicação nas hipóteses em que as MPE infrinjam dita regra.

É dizer que a LC 123/06 “institui direito subjetivo público de receber o tratamento diferenciado em todos os processos licitatórios, bastando para tal a prova dessa condição<sup>55</sup>”.

---

<sup>54</sup> Hipótese legal de exceção à exclusão:

Art. 1º. §12º. A exclusão do regime desta Lei Complementar de que tratam os §§ 10 e 11 deste artigo não retroagirá ao início das atividades se o excesso verificado em relação à receita bruta não for superior a 20% (vinte por cento) dos respectivos limites referidos naqueles parágrafos, hipóteses em que os efeitos da exclusão dar-se-ão no ano-calendário subsequente.

<sup>55</sup> SANTOS, José Anacleto Abduch. **Licitações e o Estatuto da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 28.

## 2.2.2 Espécies de benefícios

Os benefícios serão destacados e analisados nos subitens a seguir.

Cumprе ressaltar, nesse momento, que as disposições dos artigos 42 a 45 são **autoaplicáveis**, e as dos artigos 47 a 48 dependem de disposição expressa (por uma questão lógica, pois se tratam de licitações exclusivas para MPE) <sup>56</sup>. Portanto, a omissão em Edital de que mencionada licitação será igualmente regida pela LC 123/06 não causará prejuízo aos licitantes, que poderão exigir seu cumprimento invocando a norma legal.

### 2.2.2.1 Regularidade Fiscal

Diz o 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”*.

A regra acima citada mitiga a inabilitação de MPE que descumprir ao artigo 29 da Lei n. 8.666/93 (falta de documentação regular de regularidade fiscal). Terá a licitante descumpridora da regularidade fiscal a garantia de ingresso à fase seguinte do certame (abertura das propostas), e somente caso seja declarada vencedora, deverá comprovar sua regularidade fiscal. Em sendo a licitação regida pela modalidade pregão, por óbvio, a habilitação é posposta à fase das propostas, razão

---

<sup>56</sup> Para Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, “as leis são autoexecutáveis, conforme sua suficiência para disciplinar, para deixar desde logo disciplinadas as relações jurídicas ou o processo de sua efetivação; ou não são bastantes por si mesmas, e dependem, nesse último caso, de regulamento que as torne aplicáveis. Só então têm eficácia seus preceitos”. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**, 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2007, v. 1., p. 275.

pela qual, disporá a licitante MPE de menos tempo para sanar sua irregularidade fiscal. Dita regra não poderá ser lida em separado ao artigo subsequente.

O artigo 43 também versa sobre a regularidade fiscal, a conferir “in verbis”:

Art. 43. As microempresas e empresas de pequeno porte, por ocasião da participação em certames licitatórios, deverão apresentar toda a documentação exigida para efeito de comprovação de regularidade fiscal, mesmo que esta apresente alguma restrição.

§ 1º Havendo alguma restrição na comprovação da regularidade fiscal, será assegurado o prazo de 2 (dois) dias úteis, cujo termo inicial corresponderá ao momento em que o proponente for declarado o vencedor do certame, prorrogáveis por igual período, a critério da Administração Pública, para a regularização da documentação, pagamento ou parcelamento do débito, e emissão de eventuais certidões negativas ou positivas com efeito de certidão negativa.

§ 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.

É certo que o art. 42 possibilita que as MPE comprovem a regularidade fiscal apenas quando da contratação. Isso não afasta, no entanto, que as mesmas apresentem **todos** os documentos exigidos, mesmo que com restrições. Ou seja, é o caso de se apresentar certidões de dívida fiscais com débitos existentes, ou apresentar a inscrição fiscal pendente de regularização. Os documentos deverão ser apresentados. Caso não o sejam, as MPE serão inabilitadas.

Na hipótese de se apresentar irregularidade ou restrição, o prazo para sanar o defeito será de 2 dias úteis, prorrogáveis a critério da autoridade.

O §2º. do art. 43 é claro ao dispor que a não regularização da documentação sujeitará a MPE às penalidades do art. 81 da Lei n. 8.666/93<sup>57</sup>, chamando-se a

---

<sup>57</sup> Lei n. 8.666/93, Art. 81. A recusa injustificada do adjudicatário em assinar o contrato, aceitar ou retirar o instrumento equivalente, dentro do prazo estabelecido pela Administração, caracteriza o descumprimento total da obrigação assumida, sujeitando-o às penalidades legalmente estabelecidas.

proponente melhor colocada a firmar contrato, ou, se for o caso, revogar o certame.

Acerca das sanções, Ivan Barbosa Rigolin entende que são inaplicáveis as normas específicas da Lei do Pregão (10.520/02)<sup>58</sup>, enquanto que Marçal Justen Filho possui entendimento contrário<sup>59</sup>.

Respeitáveis juristas<sup>60</sup> entendem que houve grasso erro do legislador, posto que, a LC 123 não estabelece verdadeira sanção, mas remete ao art. 81 da Lei n. 8.666/93, que por seu turno, se refere à recusa injustificada em celebrar contrato, ao passo que o benefício do art. 43, §2º. é de diferimento da apresentação de documento da fase habilitatória.

Marçal Justen Filho aventa um outro problema que pode ocorrer com relação à complementação da regularidade fiscal. Na linha da interpretação ampliativa, a LC 123 permitiria que qualquer outro requisito da habilitação pudesse receber tratamento similar ao dos artigos 42 e 43. Mencionado autor exemplifica:

Um exemplo permite compreender o problema. Suponha-se que o edital exija a comprovação da inscrição em órgão de controle de profissão regulamentada. Imagine-se que o licitante teve a sua inscrição suspensa em vista da ausência de pagamento de anuidade. Admita-se que, pagando a anuidade, retornará automaticamente à situação de regularidade. Ora, não se poderia negar o cabimento da aplicação das regras da LC n. 123 também a essa hipótese. A similitude com a situação da regularidade fiscal

---

<sup>58</sup> “Não se concebe estabelecer alguma penalidade à micro ou à pequena empresa que, vencedora, deixar de apresentar a habilitação fiscal exigida, como o permite o indizivelmente estúpido inciso VII do art. 4º, em cominação com o péssimo art. 7º, todos da lei do pregão, no caso de pregões. Estes dispositivos, que não parecem obra de advogados, mas de aventureiros a brincar de escrever leis, jamais poderiam ser prestigiados pelo estatuto da microempresa, e de fato não foram”, RIGOLIN, Ivan Barbosa. **Micro e Pequenas Empresas em Licitação – a LC 123, de 14.12.2006 – Comentários aos Arts. 42 a 49**, Revista IOB de Direito Administrativo, Ano II, n. 14, fev. 2007, p. 191.

<sup>59</sup> “Em se tratando de licitação na modalidade pregão, deverá ser aplicada a legislação própria”, O Estatuto das Licitações..., p. 82.

<sup>60</sup> BITTENCOURT, Sidney. **As licitações públicas e o estatuto das microempresas**. Rio de Janeiro: Temas & Idéias, 2007; CHARLES, Ronny. **Leis de Licitações Públicas Comentadas**. Bahia: JusPODIVM, 2008; SANTOS, José Anacleto Abduch. **Licitações e o Estatuto da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte**. Curitiba: Juruá, 2008. Esse último doutrinador admite, no entanto, que “a empresa deverá agir de boa-fé e, caso inabilitação por descumprimento a tal item, deverá apresentar justificativa condizente, no sentido de demonstrar que a não regularização fiscal não foi produto de conduta que possa lhe ser atribuída (inércia, desconsideração de situação jurídica incontornável e preexistente ao ingresso na disputa em condições favorecidas, fato irregular superveniente imputável ao administrador licitante etc.), estará sujeito às penalidades legais” (p. 84).

é absoluta, demandando tratamento jurídico idêntico. Afinal, é impossível diferenciar *para fins de licitação* a situação jurídica de alguém que está em dívida para com a Receita Federal e de alguém que atrasou o pagamento de anuidade de um Conselho Regional. Se é possível suprir o defeito relativamente à primeira hipótese, não há justificativa para negar o cabimento de idêntica solução quanto à segunda<sup>61</sup>.

É questionável dito posicionamento, cujas considerações serão esposadas no Capítulo DISCUSSÃO.

#### 2.2.2.2. Do empate ficto e critério de desempate<sup>62</sup>

Como dito alhures, as regras para considerar empate ficto e favorecer o desempate para as MPE são autoaplicáveis. Nessa toada destaca-se pronunciamento tirado do Tribunal de Contas da União<sup>63</sup>:

A existência da regra restringido a aplicação dos arts. 47 e 48 e ausência de restrição no mesmo sentido em relação aos arts. 44 e 45 conduzem à conclusão inequívoca de que esses últimos são aplicáveis em qualquer

<sup>61</sup> O Estatuto da Microempresa..., p. 78.

<sup>62</sup> A inspiração foi direta na SBA (Small Business Act), a legislação dos Estados Unidos da América para fomentar as MPE, conforme se verifica na redação da parte específica, a título de ilustração: “(3) *PRICE EVALUATION PREFERENCE IN FULL AND OPEN COMPETITIONS.— (A) IN GENERAL.—Subject to subparagraph (B), in any case in which a contract is to be awarded on the basis of full and open competition, the price offered by a qualified HUBZone small business concern shall be deemed as being lower than the price offered by another offeror (other than another small business concern), if the price offered by the qualified HUBZone small business concern is not more than 10 percent higher than the price offered by the otherwise lowest, responsive, and responsible offeror*” (grifo nosso). Disponível em <http://www.sba.gov/regulations/sbaact/sbaact.html>, acessado em 08 de janeiro de 2009.

<sup>63</sup> REPRESENTAÇÃO DE LICITANTE. PRIVILÉGIOS ESTABELECIDOS PELO ESTATUTO DA MICROEMPRESA E EMPRESA DE PEQUENO PORTE. LEI COMPLEMENTAR 123/2006. REVOGAÇÃO DE CAUTELAR. DETERMINAÇÕES.

1. Os privilégios concedidos às microempresas e empresas de pequeno porte pelos arts. 44 e 45 da Lei Complementar 123/2006 independem da existência de previsão editalícia. (TCU, Acórdão 2144/2007 – Plenário, Representação, Ministro Relator AROLDO CEDRAZ, Ata 42/2007 – Plenário, Sessão 10/10/2007, Aprovação 11/10/2007, Dou 15/10/2007. SANTOS, José Anacleto Abduch, Op. cit., p. 43.

situação, independentemente de se encontrarem previstos nos editais de convocação.

Vê-se, portanto, que não houve mera omissão involuntária da lei. Ao contrário, caracterizou-se o silêncio eloqüente definido pela doutrina.

(...)

De fato, somente há que se falar de lacuna quando for verificada, da análise teleológica da lei, ser ela incompleta, carecendo de complementação. Não se vislumbra, na espécie, essa situação. Resta nítido que a lei buscou propiciar uma maior inserção das microempresas e empresas de pequeno porte no mercado de aquisições do setor público, o que se compatibiliza por inteiro com o silêncio eloqüente mencionado.

Observo, aliás, que os comandos contidos nos arts. 44 e 45 são impositivos (“proceder-se-á da seguinte forma...”), ao passo que a redação conferida aos arts. 47 e 48 deixam claro seu caráter autorizativo (“a administração pública poderá...”). As regras insculpidas nos arts. 44 e 45 não são, portanto, facultativas, mas auto-aplicáveis desde o dia 15.12.2006, data de publicação da Lei Complementar 123.

Sem dúvidas conquanto à aplicabilidade imediata e irrestrita dos artigos 44 e 45, passe-se à redação legal:

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.

Art. 45. Para efeito do disposto no art. 44 desta Lei Complementar, ocorrendo o empate, proceder-se-á da seguinte forma:

I – a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada poderá apresentar proposta de preço inferior àquela considerada vencedora do certame, situação em que será adjudicado em seu favor o objeto licitado;

II – não ocorrendo a contratação da microempresa ou empresa de pequeno porte, na forma do inciso I do caput deste artigo, serão convocadas as remanescentes que porventura se enquadrem na hipótese dos §§ 1º e 2º do art. 44 desta Lei Complementar, na ordem classificatória, para o exercício do mesmo direito;

III – no caso de equivalência dos valores apresentados pelas microempresas e empresas de pequeno porte que se encontrem nos

intervalos estabelecidos nos §§ 1º e 2º do art. 44 desta Lei Complementar, será realizado sorteio entre elas para que se identifique aquela que primeiro poderá apresentar melhor oferta.

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

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

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

Primeiramente, deve-se esclarecer que, alegar o direito de empate é uma faculdade que a Lei confere (“será assegurado, como critério de desempate”) e não um dever<sup>64</sup>. Portanto, o licitante MPE poderá ou não fazer uso de tal benefício.

A regra aqui é de considerar empate ficto nas licitações em que conte com a participação de ao menos uma MPE. Por óbvio, mas nunca é demais destacar, as regras aqui enunciadas se aplicam exclusivamente às licitações do tipo menor preço, excluindo-se as por técnica e técnica e preço<sup>65</sup>. Portanto, está-se a se tratar de valores monetários, fator preço, pois a técnica não se mede em porcentagem.

As regras para o empate são as seguintes: se uma MPE, em se tratando de concorrência, tomada de preços ou convite oferta um valor igual ou até 10% maior do que a mais bem classificada será considerada empatada. No caso da licitação seguir a modalidade pregão, o percentual abaixa, para 5%.

A solução do empate não segue a regra ordinária do art. 45, §2º. da Lei n.

---

<sup>64</sup> Marçal Justen Filho grafa que “caberá à empresa o poder jurídico de fazê-lo [cobrir a proposta] ou não. A recusa poderá ser expressa ou tácita (inclusive em vista do silêncio no prazo assinado para promover a alteração). Se escolher não o fazer, não existirá efeito jurídico algum em sua recusa”. O Estatuto Jurídico..., p. 95.

<sup>65</sup> Comunga desse entendimento Marçal Justen Filho (op. cit., p. 99) quando assevera que “esses dispositivos buscam proteger as pequenas empresas por meio de mecanismo de redução do valor da proposta comercial. A aplicação do benefício em uma licitação de técnica e preço demandaria o fornecimento de critérios adequados, que não constam do diploma”.

8.666/93, ou seja, desempate não se resolve mediante sorteio<sup>66</sup>.

O caso aqui é de preferência das MPE's. Se uma MPE estiver concorrendo com outra empresa que não for dessa condição, e ocorrendo empate ficto, poderá a MPE **cobrir** a oferta, e ter para si adjudicado o objeto em disputa.

O prazo para cobrir tal oferta não existe nas licitações regidas pela Lei n. 8.666/93 (concorrência, tomada de preços e convite). Os instrumentos convocatórios deverão estabelecer um prazo razoável para tanto<sup>67</sup>, evitando tumultuar e retardar a conclusão dos trabalhos. Se a licitação for do tipo pregão, a própria LC 123 traz a solução: o prazo é de 5 minutos (§3º., do art. 45).

É dizer que o empate ficto é considerado após a abertura das propostas escritas, nas modalidades concorrência, tomada de preços e convite; enquanto que, na modalidade pregão, o empate ficto é considerado após o lance considerado vencedor.

Nas modalidades licitatórias da Lei n. 8.666/93 (concorrência, tomada de preços e convite), este é o procedimento em caso de empate ficto:

1 – As empresas habilitadas terão seus envelopes de proposta deslacrados;

2 – Ordenar-se-á as propostas por ordem numérica, sendo declarada vencedora aquela que contiver o menor preço.

3 – Deve-se analisar quem ofertou a proposta vencedora. Se a vencedora for uma MPE, a licitação se encerra. Em caso contrário, se não for uma MPE, segue a disputa, na condição adiante estampada:

---

<sup>66</sup> Art. 45, § 2º: “No caso de empate entre duas ou mais propostas, e após obedecido o disposto no § 2º do art. 3º desta Lei, a classificação se fará, obrigatoriamente, por sorteio, em ato público, para o qual todos os licitantes serão convocados, vedado qualquer outro processo”.

<sup>67</sup> Em igual sentido: SANTOS, José Anacleto Abduch, op. cit., p. 99.



3.1 – Se a proposta de uma MPE for de valor até 10% superior, poderá esta MPE, invocar a condição diferenciada, e melhorar a proposta, naquele momento, mediante lance oral a ser grafado na ata. Se houver outra MPE em condição de empate ficto, abrirá uma espécie de leilão interno entre as MPE's, até que se atinja a menor proposta dentre elas.

No pregão, a regra do empate ficto ocorrerá da seguinte forma:

1 – abertura das propostas escritas;

2 – realização de lances entre os licitantes classificados;

3 – declaração da menor proposta;

4 - verificação da existência de empate ficto, entre a licitante vencedora que não seja uma MPE, e outra licitante, MPE, cujo valor da proposta seja até 5% superior.

Não considera, para estes fins, a proposta após a fase da negociação<sup>68</sup>, mas sim, após a fase dos lances (e antes da negociação).

Não existe empate ficto quando o licitante vencedor for uma MPE. Outra MPE que tenha ficado em segundo lugar não poderá invocar o direito de preferência em cobrir a oferta (§2º. art. 45). O objetivo do legislador é que uma MPE ganhe o contrato. Se logrou atingir a tal objetivo, não há que disputar com outra concorrente, mesmo que seja uma MPE.

Se mais de uma MPE incorrerem em empate ficto com relação a outro licitante (não MPE), será feito um sorteio para saber quem poderá começar a baixar a proposta (inc. III, art. 45). Ou seja, abrirá uma espécie de pregão exclusivamente

---

<sup>68</sup> A Lei do Pregão prevê que o pregoeiro poderá negociar a redução da proposta (art. 5º., XVII), antes de firmar contrato. Portanto, o empate ficto e a melhoria na vantagem por uma MPE ocorrerá logo após a fase dos lances, com a declaração do melhor colocado. Depois ainda, segundo faculta a Lei específica, é possível a negociação, visando baixar o preço.

entre as MPE's. No entanto, se ocorrer o empate em licitação do tipo pregão, observar-se-á a própria Lei n. 10.520/02, no qual se assegura preferência ao licitante que oferecer o menor valor antes, em atendimento ao princípio da anterioridade<sup>69</sup>.

Ocorrendo a hipótese de uma MPE usar da faculdade de invocar o empate ficto e cobrir a melhor oferta, e não vindo a celebrar contrato (por qualquer motivo, inclusive pela ausência de apresentação de documentação de regularidade fazendária<sup>70</sup>), deverão ser tomadas duas atitudes: 1º) observar se há outra MPE apta para cobrir a oferta ou, ao menos igualá-la (inc. II, art. 45); 2º) Caso não seja possível o adimplemento da exigência anterior, “o objeto licitado será adjudicado em favor da proposta originalmente vencedora do certame” (§1º., art. 45).

Nesse bloco, nada mais merece ser acrescido para os fins deste trabalho, exceto conquanto ao cotejo com os princípios da isonomia e economicidade, em que se verificará a validade e aplicabilidade de tais regras.

### **2.2.2.3. Licitações exclusivas das MPE, subcontratação e fracionamento**

Antes de verificar os requisitos, é necessário esclarecer: os dispositivos dos artigos 47 e 48 prescindem de regulamentação, mormente, Lei Ordinária para sua imediata aplicabilidade. É o que dispõe a parte final do próprio artigo 47: “*desde que previsto e regulamentado na legislação do respectivo ente*”. Já citou-se, inclusive, precedente do TCU acerca da necessidade de regulamentação prévia (último parágrafo do item 2.2.2.1).

Veja o que dispõe a cabeça do artigo 47:

---

<sup>69</sup> Tal como admite JUSTEN FILHO, op. cit., p. 100.

<sup>70</sup> JUSTEN FILHO, op. cit., p. 96.

Art. 47. Nas contratações públicas da União, dos Estados e dos Municípios, poderá ser concedido tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte objetivando a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica, desde que previsto e regulamentado na legislação do respectivo ente.

Em primeiro, verifica-se que o Poder Público possui uma faculdade de conceder o tratamento diferenciado (“poderá ser”). Em segundo, o foco do benefício são as MPE´s. Em terceiro, se elencam os objetivos, a seguir citados:

- 1º) Promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional;
- 2º) Ampliação da eficiência das políticas públicas;
- 3º) Incentivo à inovação tecnológica.

Vale dizer que Marçal Justen Filho entende que o âmbito do tratamento diferenciado das MPE é exclusivo para o Poder Executivo nos órgãos da Administração Direta, posto que se trata de uma clara atitude visando intervir no domínio econômico e buscar fomento econômico e social. Não seria tal papel dos órgãos da Administração Indireta, e muito menos dos Poderes Legislativo e Judiciário, que não detêm competência para fazer esse tipo de política pública, sob pena de afigurar inconstitucional ditas licitações<sup>71</sup>.

Ademais, Justen Filho ainda assenta a necessidade de se demonstrar ao menos um dos três objetivos para o tratamento diferenciado nas licitações, para os fins do art. 48 e seus incisos da LC 123/06. Em suas palavras: “a ausência de compatibilidade entre o meio e o fim configurará a inconstitucionalidade da restrição, por ofensa ao princípio da proporcionalidade<sup>72</sup>”.

---

<sup>71</sup> JUSTEN FILHO, O Estatuto..., pp. 128-129.

<sup>72</sup> Op. cit., p. 115.

Deve-se verificar que o artigo 49 estipula quando **não** se aplicam o tratamento diferenciado às MPE's:

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.](#)

Portanto, quatro são as causas de inaplicabilidade. A primeira causa é a ausência de previsão editalícia: o edital deve estipular especificamente que aquela licitação é fechada para as MPE's. A segunda causa é a ausência de competitividade, quando inexistir no mínimo 3 (três) licitantes no local ou na região capazes de atender às exigências do Edital. A terceira causa é subjetiva ao apontar a inaplicabilidade quando “não for vantajoso” ou “representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto”. A quarta e última causa se dá nas hipóteses de dispensa e inexigibilidade.

Os requisitos para o tratamento diferenciado das MPE estão contidos no artigo 48, conforme redação abaixo:

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.

§ 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.

As facilitações do artigo 48 são alternativas e não se afiguram cumuláveis entre si, num mesmo certame.

A LC 123 previu em seu §1º a limitação para conferir o tratamento diferenciado às MPE, fixando-o no limite de 25% do total licitado em cada ano civil por cada ente.

A inspiração da licitação exclusiva para MPE é norteamericana, tirada livremente da “Small Business Act”. Lá, as licitações exclusivas serão oferecidas quando o objeto em disputa for de U\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos dólares) a U\$ 100.000,00 (cem mil dólares)<sup>73</sup>.

Aqui no Brasil, preferiu-se restringir à disputa das MPE’s em contratação de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) (art. 48, I), que se fez coincidir com o limite de licitação na modalidade convite para compras e serviços que não sejam de engenharia (art. 23, II, “a”, da Lei n. 8.666/93).

---

<sup>73</sup> “Each contract for the purchase of goods and services that has an anticipated value greater than \$2,500 but not greater than \$100,000 shall be reserved exclusively for small business concerns unless the contracting officer is unable to obtain offers from two or more small business concerns that are competitive with market prices and are competitive with regard to the quality and delivery of the goods or services being purchased”. Disponível em <http://www.sba.gov/regulations/sbaact/sbaact.html>, acessado em 08 de janeiro de 2009.

Outro tipo de facilitação se dá na subcontratação das MPE's. O art. 48, inciso II impõe que, em qualquer certame editado pelo Poder Público, poderá ser exigida do ganhador que subcontrate uma MPE no importe máximo de 30% do total licitado. Obviamente, tal requisito estará estampado tanto do Edital quanto no contrato administrativo.

O estímulo à subcontratação vem no §2º. do mesmo artigo, no qual permite que a MPE subcontratada possa receber diretamente do Poder Público e não da empresa subcontratante.

A doutrina assenta riscos a tal tipo de expediente. O primeiro seria sobre a falta de liame jurídico entre Administração e subcontratada, gerando incertezas conquanto eventual sanção por inadimplemento. Outro exemplo de risco, ocorreria pela exclusão de prática de adiantamentos por parte da empresa contratada em favor da MPE, que poderia alterar a viabilidade econômica da atuação da subcontratada<sup>74</sup>.

A Lei prevê ainda tratamento diferenciado às MPE's mediante participação nas licitações de bens e serviços de natureza divisível, ou seja, que podem ser fracionados. A Administração poderá criar cota de até 25 % do objeto em disputa para que seja contratado por MPE. Não se trata de obrigação, mas de mera faculdade do Poder Público, ao observar que o objeto em licitação pode ser fracionado, dispor 25% do seu total para ser disputado exclusivamente entre MPE.

Para José Anacleto Abduch Santos<sup>75</sup> e Marcelo Palavéri<sup>76</sup> a licitação fracionada significa uma **licitação exclusiva para MPE** (guardada a cota dos 25%); enquanto que para Justen Filho, trata-se, em verdade, de participação das MPE em **fracionamento interno do objeto** (por exemplo, se o Poder Público realizar a disputa de 1000 refeições, pode admitir propostas integrais – da quantidade total em

---

<sup>74</sup> JUSTEN FILHO, op. cit., p. 118.

<sup>75</sup> Op. cit., p. 124.

<sup>76</sup> **A lei da microempresa e as licitações públicas municipais**. São Paulo: Mageart, 2007, p. 83.

disputa -, ou mesmo propostas parciais – de parte, como, por exemplo, 150 refeições)<sup>77</sup>.

Acerca da divisibilidade do objeto, esta via de regra, se faz vedada, exceto quando se demonstrar que técnica ou economicamente é mais vantajosa (art. 23, §1º, Lei n. 8.666/93).

Enfim, foram essas as considerações dignas de nota nesse momento.

### 2.3 Princípio da isonomia

Sob o manto de cláusula pétrea constitucional, encontra-se o princípio da igualdade ou isonomia, visto no artigo 5º “caput”: “Todos são iguais perante a lei”. O próprio preâmbulo da Magna Carta informa que é assegurada a igualdade como um dos valores supremos do Estado Democrático de Direito.

Norberto Bobbio tem o seguinte entendimento sobre o princípio de igualdade:

A principal garantia da máxima que se diz ou se crê esteja como fundamento do nosso ordenamento jurídico civil: “A Lei é igual para todos”, é a generalidade das normas jurídicas, ou, na verdade, o fato de que as normas jurídicas se dirigem não a este ou àquele cidadão considerado singularmente, mas à generalidade dos cidadãos, ou também a um tipo abstrato de operadores na vida social<sup>78</sup>.

Sendo o princípio da igualdade, o norte do Estado Democrático de Direito, a Administração Pública deverá inexoravelmente segui-lo, dada à previsão legal já observada (art. 5º, “caput” CF), e a consequente obrigatoriedade do respeito às leis.

Com o brilhantismo que lhe é peculiar, Celso Antônio Bandeira de Mello grafa as seguintes considerações acerca do princípio da isonomia:

---

<sup>77</sup> Op. cit., p. 119.

<sup>78</sup> Studi per una Teoria Generale Del Diritto, p.25 Apud FIGUEIREDO, Lúcia Vale, op. cit., p. 43.

A Lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos. Este é o conteúdo político-ideológico absorvido pelo princípio da isonomia e juridicizado pelos textos constitucionais em geral, ou de todo modo assimilado pelos sistemas normativos vigentes.

Em suma: dúvida não padece que, ao se cumprir uma lei, todos os abrangidos por ela hã de receber tratamento parificado, sendo certo, ainda, que ao próprio ditame legal é interdito deferir disciplinas diversas para situações equivalentes<sup>79</sup>.

A igualdade como princípio, proclamada na Constituição Federal, deve ser compreendida, basicamente sob dois pontos de vista distintos, quais sejam: o da igualdade material e o da igualdade formal.

A igualdade formal é entendida como sendo aquela que considera todos exatamente iguais no uso, gozo e aplicação das Leis. Ou seja, considera os indivíduos como sendo detentores dos mesmos direitos e obrigações. É o que o conceito acima citado de Mello nos traz, quando entende que ao aplicar-se da Lei, estar-se-á se empregando tratamento isonômico.

A igualdade material, por seu turno, observa as peculiaridades dos indivíduos, e visa oferecer-lhes igualitariamente as oportunidades, as chances no modo de terem direitos e cumprirem seus deveres. No conceito de Celso Bastos fica mais claro:

A igualdade material teria por finalidade a busca pela equiparação dos cidadãos sob todos os aspectos, inclusive o jurídico, podendo-se afirmar: "Todos os homens, no que diz respeito ao gozo e fruição de direitos, assim como à sujeição a deveres"<sup>80</sup>.

Por isso, antes de aprofundar a análise do tema deve-se diferenciar o tratamento isonômico na Lei, do tratamento isonômico perante a Lei<sup>81</sup>. O âmbito da *igualdade na lei* é comando dirigido ao legislador quando edita a lei, enquanto que a *igualdade perante a lei* é voltada para o intérprete do Direito<sup>82</sup>, se resumindo a

<sup>79</sup> **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**, 3 ed., São Paulo: Malheiros, 2008, p. 10.

<sup>80</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 225.

<sup>81</sup> GRAMSTRUP, Erik Frederico. **O princípio da igualdade**. Disponível em <http://www.hottopos.com/videtur17/erik.htm>, acessado em 07 de janeiro de 2009.

<sup>82</sup> BARROSO, Luís Roberto. Diferentes mais iguais: **O reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil**. Artigo Jurídico. Disponível em <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/diferentesmaisiguais.pdf>, acessado em 07 de janeiro de 2009.



“proclamar a obrigação óbvia de que a lei deve ser cumprida tal como é<sup>83</sup>”. Barroso arremata:

A lei não deve dar tratamento diferenciado a pessoas e situações substancialmente iguais, sendo inconstitucionais as distinções caprichosas e injustificadas. Já os intérpretes – doutrinários, administrativos ou judiciais – devem atribuir sentido e alcance às leis de modo a evitar que produzam, concretamente, efeitos inequalitários. Em certas situações, respeitado o limite semântico dos enunciados normativos, deverão proceder de forma *corretiva*, realizando a interpretação das leis conforme a Constituição<sup>84</sup>.

Cumpra aqui trazer a máxima de Aristóteles, para o qual o princípio da igualdade consistiria em "tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida em que eles se desigalam<sup>85</sup>".

A doutrina é praticamente unânime em reconhecer como ponto de partida o conteúdo dogmático trazido por Aristóteles. No entanto, Celso Antônio Bandeira de Mello, questiona o “termo de chegada” da máxima aristotélica, no sentido de indagar quem seriam os indivíduos iguais e os desiguais<sup>86</sup>. Citado professor continua a levantar hipóteses, e com preocupação argui: “Qual o critério legitimamente manipulável – sem agravos à isonomia – que autoriza distinguir pessoas e situações apartados para fins de tratamento diversos?<sup>87</sup>”.

Portanto, dois são os questionamentos a serem enfrentados: (a) saber distinguir os “iguais” dos “desiguais” e, (b) os critérios legítimos para dar tratamento diferenciado às pessoas.

O primeiro questionamento é respondido pelo professor de Praga, Hans Kelsen:

A igualdade dos indivíduos sujeitos a ordem pública, garantida pela Constituição, não significa que aqueles devem ser tratados por forma igual nas normas legisladas com fundamento na Constituição, especialmente nas leis. Não pode ser uma tal igualdade aquela que se tem em vista, pois seria absurdo impor os mesmos deveres e conferir os mesmos direitos a todos os indivíduos sem fazer quaisquer distinções, por exemplo, entre crianças e adultos, sãos de espírito e doentes mentais, homens e

---

<sup>83</sup> MELO, Celso Antônio Bandeira de, op. cit., p. 16.

<sup>84</sup> Ibidem.

<sup>85</sup> Apud BASTOS, Celso Ribeiro. op. cit., p. 229.

<sup>86</sup> Op. cit., p. 11.

<sup>87</sup> Ibidem.

mulheres<sup>88</sup>

O professor Bandeira de Melo também prescreve a existência de pessoas naturalmente desequiparadas, em razão de raça, sexo, convicção religiosa, deficiência física. Mais adiante, dito autor minudencia os critérios para identificar os desiguais.

A Carta da República estabelece “normas programáticas que visam nivelar e diminuir as desigualdades reinantes<sup>89</sup>”. Exemplos de tais normas: art. 3º (erradicar a pobreza e reduzir desigualdades sociais e regionais); art. 7º que tratam de questões trabalhistas; art. 170 e incisos que tratam da ordem econômica e social; art. 205 que trata da democratização do ensino, dentre outros.

Destaque da Lei Maior, à previsão do artigo 170, inciso IX, que, em nome da ordem econômica brasileira, deverá ser concedido tratamento privilegiado às microempresas e congêneres estabelecidas e administradas no país. Continua a Constituição Brasileira a estimular às micro e pequenas empresas (MPE) tratamento jurídico diferenciado, “visando a incentivá-la pela **simplificação** de suas **obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias**” (art. 179 – grifo nosso).

O parágrafo acima é o ponto nodal em que se baseia a discriminação positiva da Lei da MPE, que será analisado no capítulo DISCUSSÃO.

No entanto, volte-se ao ponto faltante: citar os critérios legítimos para dar tratamento diferenciado às pessoas. Novamente, Bandeira de Mello foi quem melhor os minudenciou, dizendo que há ofensa ao preceito constitucional da isonomia na ocorrência do seguinte:

I - A norma singulariza atual e definitivamente um destinatário determinado, ao invés de abranger uma categoria de pessoas, ou uma pessoa futura e indeterminada.

---

<sup>88</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Coimbra: Arménio Amado, 1974, p.203. Apud SILVA, Marcelo Amaral da. **Digressões acerca do princípio constitucional da igualdade**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 66, jun. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4143>>. Acessado em 07 de janeiro de 2009.

<sup>89</sup> SILVA, Marcelo Amaral da., op. cit.

II – A norma adota como critério discriminador, para fins de diferenciação de regimes, elementos não residentes nos fatos, situações ou pessoas por tal modo desequiparadas. É o que ocorre quando pretende tomar o fator “tempo” – que não descansa como objeto – como critério diferencial.

III – A norma atribui tratamentos jurídicos diferentes em relação a fator de discrimen adotado que, entretanto, não guarda relação de pertinência lógica com a disparidade de regimes outorgados.

IV – A norma supõe relação de pertinência lógica existente em abstrato, mas o discrimen estabelecido conduz a efeitos contrapostos ou de qualquer modo dissonantes dos interesses prestigiados constitucionalmente.

V – A interpretação da norma extrai dela distinções, discrimens, desequiparações que não foram professadamente assumidos por ela de modo claro, ainda que por via implícita<sup>90</sup>.

Obviamente, há críticas a tal criação doutrinária, com mais razão quando se ataca a subjetividade em se saber se “*determinado ente inanimado ‘desejou’ ou não certa desigualação*”<sup>91</sup>.

No entanto, entende-se como natural dita aparente contradição, vez que não existe regra pura, isenta do arbítrio do hermeneuta, inobstante, o critério de Celso Antônio Bandeira de Mello seja o eleito para a discussão vindoura.

No que se refere às licitações públicas, o princípio da igualdade está insculpido no inciso XXI do artigo 37 da Lei Maior, prevendo que será vedado aos concorrentes, que sejam favorecidos pelas cláusulas do edital, ou até mesmo, desfavorecidos. Assim, terão os licitantes a prerrogativa de serem tratados sob as mesmas condições, sendo que as vedações editalícias serão dirigidas a um número indeterminado de participantes, sob pena de se ferir o princípio da igualdade, gerando a invalidação do certame. Como bem ensina Marçal Justen Filho, “se a Administração adotar determinada exigência deverá aplicá-la de modo genérico”<sup>92</sup>.

Obviamente, o princípio da igualdade não deve ser analisado como sendo tão absoluto, pois o desempenho eficaz da atividade administrativa poderia ser prejudicado se assim o fosse considerado. É lícita a exigência de certas condições

---

<sup>90</sup> Op. cit., pp.47-48.

<sup>91</sup> GRAMSTRUP, Erik Frederico. **O princípio da igualdade**. Artigo Jurídico. Disponível em <http://www.hottopos.com/videtur17/erik.htm>, acessado em 07 de janeiro de 2009.

<sup>92</sup> **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**, 9. ed., São Paulo, Dialética, 2002, p. 80.

dos licitantes, relativamente à habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira e regularidade fiscal, como elenca o artigo 27 da Lei n. 8.666/93. Há de se ter em vista, que a Administração deverá contratar somente com aqueles que tiverem possibilidade de realizar ou fornecer determinado serviço a contento, sob o risco de se ver mal empregado o investimento público, além de uma série de eventuais problemas que a contratação poderia gerar.

O artigo 3º da Lei n. 8.666/93 consagra o princípio da igualdade, sob o fito de estimular a competitividade do procedimento licitatório. O § 1º, inciso I do mesmo artigo, prescreve a vedação dos agentes públicos em:

Admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustem 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.

Já o inciso II do mesmo § 1º, do artigo supramencionado, estabelece outra vedação no que tange o tratamento diferenciado entre empresas brasileiras e estrangeiras, seja de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra, mesmo que se referia à moeda, modalidade e local de pagamento.

A exceção a este princípio é prevista nos incisos do § 2º do art. 3º, da Lei n. 8.666/93, onde o critério de desempate será assegurado preferencialmente aos bens e serviços produzidos no País e, produzidos ou prestados por empresas brasileiras. Entende Di Pietro, que o inciso I, do §2º, do citado artigo foi revogado pela Emenda Constitucional n. 6 de 15.8.95, que por sua vez, revogou o artigo 171 da Constituição Federal, acabando com a preferência pela empresa brasileira de capital nacional como critério de desempate<sup>93</sup>. Em entendimento mais extensivo, Justen Filho entende que os três incisos perderam sua vigência, amparado pela interpretação dada pelo Tribunal de Contas da União, na decisão n. 456/2000<sup>94</sup>.

Outra exceção àquele princípio ocorre no caso de critério de desempate

---

<sup>93</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Temas Polêmicos sobre Licitações e Contratos**, 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 78.

<sup>94</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 14ª ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 303.

referentemente às aquisições de bens e serviços de informática e automação, conforme §4º, inciso IV do artigo 45 da Lei n. 8.666/93. Dito dispositivo determina seja observado o disposto no artigo 3º da Lei n. 8.248/91, quer seja na preferência desta ordem: bens e serviços com tecnologia desenvolvida no país e bens e serviços produzidos no País, com significativo valor agregado local.

A Lei n. 8.666/93 ainda revela outros dispositivos visando assegurar a isonomia e a competitividade, como no artigo 30, § 5º, artigo 42 (§§ 1º, 3º, 4º, 6º), artigo 44, § 1º e pelo artigo 90, que por seu turno, define como crime o ato de frustrar ou fraudar o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação.

A Lei que institui a modalidade pregão nos certames públicos não estabelece qualquer discriminação entre os licitantes ou outra condição suplementar ao disposto no Estatuto de Licitações (Lei n. 8.666/93).

Por outro lado, a finalidade da Lei da MPE (LC 123/06) é claramente de alterar as regras licitatórias para criar facilidades a determinada categoria. Ou seja, aqui houve a adoção de regras discriminatórias a favor das MPE's quando participarem nas licitações públicas. São os artigos da LC 123: 42 (exigência de documento comprovando regularidade fiscal somente na assinatura do contrato); 43, §1º (2 dias após a declaração de que é vencedor para regularização da regularidade fiscal) ; 44 (criação do empate ficto, entre MPE e outras empresas que não se enquadrem nessa situação, possibilitando que aquelas possam apresentar cobrir a oferta, sendo que considerar-se empatado o lance até 10% superior em qualquer modalidade, exceto no pregão, cujo lance não poderá ser 5% superior à menor proposta ); 47 e 48 (tratamento diferenciado para as MPE).

Na esteira da LC 123/06, foi editada a Lei Federal n. 11.488/07, que em seu art. 34 concede o mesmo tratamento favorecido das MPE às cooperativas. A propósito interessante artigo jurídico defende a participação de cooperativas em

licitações públicas<sup>95</sup>.

Posteriormente, serão cotejadas as inovações licitatórias na LC 123/06 com base no princípio da isonomia.

## 2.4 Princípio da economicidade

A doutrina pátria não enfrenta o princípio da economicidade, de forma clara, mas sempre como um fim implícito na Administração Pública. E não há porque criticar este enfoque, em vista de que, como visto acima (item 1.1 desta monografia), o objetivo da licitação é conseguir a contratação mais vantajosa ao órgão público. Tal contratação, na maioria das vezes, envolve menos desembolso de dinheiro (menor preço), e, nas hipóteses legais, fica ressalvado o direito de se contratar por um preço maior, desde que determinada característica peculiar, seja atendida e imprescindível ao funcionamento da máquina (melhor técnica).

Ora, o Dicionário Houaiss<sup>96</sup> define que economicidade é a “relação entre custo e benefício a ser observada na atividade pública”. Ou seja, a economicidade na atividade pública se dá quando da contratação, é ponderado o custo do produto ou serviço e benefício experimentado à Administração. Trata-se, indubitavelmente, de uma prática usual para todos os setores e com muito mais razão, ao Poder Público, que gere o dinheiro do povo, a *res publica*.

O conceito de economicidade tangencia a própria definição de licitação pública, posto que, em ambos os casos, querer-se-á atender ao binômio custo-

---

<sup>95</sup> COPOLA, Gina. **A Participação das Cooperativas em Licitações: O direito de Preferência previsto pela Lei Federal n. 11.488, de 15 de junho de 2007**. Revista de Direito Administrativo (RDA), 21, setembro de 2007.

<sup>96</sup> Disponível em <http://houaiss.uol.com.br/busca.jhtm?verbete=economicidade&stype=k>, acessado em 24 de outubro de 2008.

benefício.

Conforme noticiado pelo Tribunal de Contas do Estado de Goiás, o princípio da economicidade é visto como um dos vetores a serem observados, ao lado da legalidade e legitimidade, a fim de gerar benefícios aos cofres públicos. Nas palavras de um dos técnicos daquela Casa fica melhor esclarecido:

Na prática, a análise processual da **economicidade** estaria na aquisição de insumos com qualidade adequada, na quantidade apropriada e ao menor custo possível. Estaria na comparação com os preços de mercado, através de estudos técnicos do processo de formação de preço e de um Banco de Dados com informativos de preços<sup>97</sup>.

Paulo Bugarin, abalizado autor que enfrentou a economicidade na ótica de princípio constitucional, leciona o seguinte:

A inserção do princípio da economicidade no plano positivo exprime e consagra uma nítida opção dos constituintes de 1988 por uma radical e estrutural mudança na esfera de legitimação do espaço público na sua missão de ponto de recepção e reflexão concreta e construtiva dos enormes e urgentes anseios individuais e coletivos presentes em nossa perversa realidade socioeconômica.

[...]

Constitui-se em importante elemento de valorização da gestão pública séria, competente e compromissada como o amplo conjunto de legítimas demandas sociais. Exprimindo-se, segundo ele, em “dupla e complementar atuação<sup>98</sup>”.

Ligado à economicidade, sem dúvidas, está o princípio da eficiência. Introduzido como princípio constitucional no art. 37, “caput”, por meio da Emenda Constitucional n. 19/98.

Helly Lopes Meirelles crê na eficiência como um dos propulsores da Administração Pública, devendo ser almejado no cumprir das atribuições dos agentes públicos, realizando-os com “presteza, perfeição e rendimento funcional<sup>99</sup>”. É considerado princípio de vanguarda, pois exige que as funções sejam

<sup>97</sup> ESTEVAM, Luís, **Análise da economicidade**, disponível em <http://tcenet.tce.go.gov.br/Downloads/Arquivos/000048/Economicidade.pdf>, acessado em 24 de outubro de 2008.

<sup>98</sup> **O Princípio Constitucional da Economicidade na Jurisprudência do Tribunal de Contas da União**, Belo Horizonte: Fórum, 2004, pp. 107-108.

<sup>99</sup> Op. cit., p. 94.

desempenhadas com afinco, de modo que sejam colimadas vantagens para o serviço público e satisfaça as necessidades dos cidadãos, desde que em harmonia com as leis.

Considera Di Pietro, que a eficiência tem dois aspectos a serem analisados:

Em relação ao **modo de atuação do agente público**, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao **modo de organizar, estrutura, disciplinar a Administração Pública**, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público (grifo da autora)<sup>100</sup>.

Dos princípios constitucionais, no entender desta administrativista, a eficiência pode ser considerado apenas um *plus* aos demais, sendo que se sobrepusesse a algum deles, principalmente ao da legalidade, poderia colocar em colapso a segurança jurídica e o próprio Estado de Direito.

Pragmático ao princípio da eficiência, Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>101</sup> entende que a *eficiência* “é algo mais do que desejável”, porém em razão de sua natureza acaba por se tornar “simples adorno agregado ao art. 37 ou o extravasamento de uma aspiração dos que buliram no texto”.

Enfrentou-se criticamente, em outra monografia do presente autor, tal posicionamento do Prof. Bandeira de Mello, nas palavras abaixo transcritas:

No que pese seu conhecimento, há de se discordar deste jurista, pois uma vez elevado à condição de princípio, a eficiência será sempre um norte em todas as leis infraconstitucionais que forem criadas. Pelo simples fato de estar contida no artigo 37, a eficiência já merece uma atenção especial daqueles que controlam a atividade administrativa, podendo sê-lo exigido ao se analisar a finalidade e motivação do agente público no uso de suas atribuições. Há de se repelir a ineficiência e burocratismo da máquina estatal, então nada melhor que alçar o princípio constitucional da eficiência como um dos parâmetros a serem exigidos da Administração Pública. Com toda vênua ao ilustre autor, a eficiência nunca deve ser considerada um adorno, mas uma aspiração do Estado no lido com a “*res publica*”, em choque frontal com o uso insatisfatório da Administração, buscando-se meios efetivos para fazê-lo da melhor forma, e contrapor-se veementemente sob a “ótica burra e limitada” da legalidade, que há de ser observada, porém, otimizada.

---

<sup>100</sup> Op. cit., p. 83.

<sup>101</sup> Op. cit., p. 75.



Assim, se houvesse duas maneiras legais de se resolver determinado problema e em ambas resultassem no mesmo final, há de se consagrar aquela solução mais rápida, que seja mais eficiente, sob pena de se aumentar o gasto da Administração Pública<sup>102</sup>.

Feito esse parêntese acerca do princípio da eficiência, tangencia a economicidade com o princípio da moralidade e da razoabilidade. Com acerto, Marcelo Figueiredo argumenta que o atendimento da moralidade administrativa só se fará possível com a observância dos princípios expressos da legitimidade e economicidade, e do princípio implícito da razoabilidade<sup>103</sup>.

Decerto, os princípios não podem ser interpretados de modo absolutos em si mesmos. É como diz Bugarin, com propriedade, acerca da relação entre moralidade/economicidade/razoabilidade:

Por outro lado, parece razoável se sustentar que, *não necessariamente*, o agir moral tem que se qualificar como econômico. Ou seja, a moralidade administrativa pode, tendo em vista superiores razões de interesse público ou social, também balizadas pelo princípio da *razoabilidade*, autorizar que não seja adotada a solução que ofereça maior vantagem econômica em si, mas a que se revele mais adequada ou razoável para o alcance das *finalidades públicas* almejadas, especialmente em contextos de carências sociais, calamidade pública, etc<sup>104</sup>.

Lamenta-se que a economicidade não esteja explicitada dentre os princípios regedores da Administração Pública do art. 37. Sem embargo, a economicidade foi contemplada na Carta da República no art. 70, “caput”, como um dos vetores da atuação do controle externo da Administração, quando se refere à fiscalização financeira, contábil e orçamentária.

A economicidade foi positivada na legislação infraconstitucional pátria, nos

---

<sup>102</sup> SCARPINO JUNIOR, Luiz Eugenio. **Pregão como modalidade inovadora nas licitações públicas**. Ribeirão Preto, 2004, Monografia Jurídica, Universidade de Ribeirão Preto, p. 27.

<sup>103</sup> Prossegue, em seu dizer: “*Por intermédio da economicidade controla-se também a moralidade administrativa, pois evita-se a produção de atos economicamente inadequados (lucros exagerados, superfaturamento de obras e serviços públicos, dispêndios desnecessários, etc)*”. **O controle da moralidade na Constituição**. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 95.

<sup>104</sup> Op. cit., p. 135.

arts. 1º, §1º, e 43, II, da Lei n. 8.443/92<sup>105</sup> e art. 15, IV da Lei n. 8.666/93<sup>106</sup>.

Logo, deve velar o Poder Público pela aplicação sistemática e obrigatória do princípio da economicidade, sob pena dos respectivos administradores terem suas contas rejeitadas, sujeitando-se às penas da Lei<sup>107</sup>, independentemente da conduta estar eivada de má-fé<sup>108</sup>.

Acerca do controle e fiscalização das contas públicas, o então Presidente da Corte de Contas da Itália (*Corte dei Conti*), Giuseppe Cataldi assevera que não deve ser observada apenas a legalidade isoladamente, mas sim no contexto em que se inserem os aspectos de regularidade, eficiência e economicidade, como se ilustra em suas palavras: “verificam-se simultaneamente os aspectos valorativos da atividade administrativa, de forma particular a eficiência na atuação e a economicidade nos resultados<sup>109</sup>”.

Ou seja, não basta o Administrador gastar conforme manda a Lei. Essa é sua primeira obrigação. Em segundo lugar, o Administrador deve gastar bem, buscando a economia. Novamente com base no escólio de Cataldi, tem-se que:

---

<sup>105</sup> **Lei n. 8.443/92:**

Art. 1º Ao Tribunal de Contas da União, órgão de controle externo, compete, nos termos da Constituição Federal e na forma estabelecida nesta lei:

(...)

1º No julgamento de contas e na fiscalização que lhe compete, o Tribunal decidirá sobre a legalidade, de legitimidade e a **economicidade** dos atos de gestão e das despesas deles decorrentes, bem como sobre a aplicação de subvenções e a renúncia de receitas.

(...)

Art. 43. Ao proceder à fiscalização de que trata este capítulo, o Relator ou o Tribunal:

I – omissis.

II - se verificar a ocorrência de irregularidade quanto à legitimidade ou **economicidade**, determinará a audiência do responsável para, no prazo estabelecido no regimento interno, apresentar razões de justificativa.

<sup>106</sup> **Lei n. 8.666/93:**

Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão:

IV - ser subdivididas em tantas parcelas quantas necessárias para aproveitar as peculiaridades do mercado, visando **economicidade**.

<sup>107</sup> Declaração de inelegibilidade, que obstará a possibilidade de se candidatar a cargo eletivo nos três anos subsequentes, nos termos do art. 1º., inc. I, “g” da Lei Complementar n. 64/90.

<sup>108</sup> Se houve conduta provida de má-fé, o agente estará sujeito às sanções da Lei de Improbidade Administrativa (Lei n.8.429/92), do Decreto n. 210/67 (para os chefes dos Poderes); Lei n. 10.028/2000 (Infração administrativa contra as leis de finanças públicas), além do próprio Código Penal. .

<sup>109</sup> Prospettive Attuali della Funzione della Corte dei Conti. Roma: Il Foro Amministrativo, ano L, 1974 Apud BUGARIN, Paulo Soares, op. cit., p. 106.

É preciso avaliar a correlação entre os fins que se deseja alcançar e a ação desenvolvida para esse fim. Esta perspectiva propôs novamente, sobretudo, o problema da validade de muitos controles minudentes, intempestivos, alguns dos quais, por outro lado, resultam também ineficientes, evidenciando-se, portanto, a necessidade de adequar os tradicionais institutos de controle que possuíam funções apenas jurídicas<sup>110</sup>.

Bugarin aprofunda a reflexão do doutrinador italiano e dá ao princípio da economicidade a função de impor uma “ampla investigação da correlação efetiva entre os fatores ensejadores das decisões tomadas (motivos) e os objetivos pretendidos (finalidades), baseadas em elementos racionalmente fundamentados<sup>111</sup>”.

Marçal Justen Filho assevera que o princípio da economicidade é um desdobro da indisponibilidade do interesse público<sup>112</sup>. Dito administrativista ilustra a importância do princípio da economicidade no aspecto das competências discricionárias dos agentes públicos. Ou seja, o caso concreto deverá ser norteado pela economicidade quando da escolha pelo agente (se será realizada licitação – pois poderá ser dispensada ou inexigível; a modalidade eleita – concorrência, tomada de preços, convite; registro de preços; pregão; o tipo de julgamento – em regra, menor preço; a escolha do objeto). Nas palavras de Justen Filho: “*concede-se liberdade ao agente administrativo precisamente para assegurar que opte pela melhor solução possível, em face do caso concreto*<sup>113</sup>”.

A discricionariedade não é um salvo conduto, um escudo para o agente público deixar de atender ao princípio da economicidade, sempre que lhe convier. A discricionariedade é importante e essencial no modo de administrar do seu dirigente. Sem seu uso, todas as administrações seriam iguais e estagnadas. No entanto, existem claros limites, e dentre eles, se insere a economicidade:

Por outro lado, a economicidade delimita a margem de liberdade atribuída

---

<sup>110</sup> Ibidem, pp. 106-107.

<sup>111</sup> Op. cit., p. 108.

<sup>112</sup> Comentários à Lei de Licitações..., pp.69-70.

<sup>113</sup> Op. cit., p. 70.

ao agente administrativo. Ele não está autorizado a adotar qualquer escolha, dentre aquelas teoricamente possíveis. Deverá verificar, em face do caso concreto, aquela que se afigure como a mais vantajosa, sob o ponto de vista das vantagens econômicas<sup>114</sup>.

Portanto, tendo o Administrador duas opções igualmente vantajosas ao interesse público, deverá optar pela solução que traga economia aos cofres públicos.

Aquilata Bugarin a sua obra com as considerações finais abaixo transcritas:

Revela-se fundamental a difusão, progressiva e permanente, de uma “cultura” de avaliação/escolha dos atos públicos de gestão pela ótica da sua *racionalidade econômica*, bem qualificada, (...) nas suas dimensões materiais: a) obtenção do máximo resultado social possível com os meios alocados, ou b) obtenção do resultado social almejado com o mínimo de meios alocados, ou seja, com o menor custo social possível.

Com isso se homenageia, em primeira e última instância, o interesse público primário, estimulando uma atuação *legítima, eficiente e econômica* do Poder Público na busca do fortalecimento das suas precípuas finalidades institucionais, no amplo e complexo cenário de injustiça social e ineficiência estatal que caracteriza e qualifica, em múltiplas dimensões, o espaço público nacional<sup>115</sup>.

Perpassado este princípio e concluída toda a fundamentação teórica, será possível adentrar ao mérito do tema desta monografia.

---

<sup>114</sup> JUSTEN FILHO, Comentários..., p. 70.

<sup>115</sup> Op. cit., p. 220.

## **CAPÍTULO 3 – METODOLOGIA DA PESQUISA**

### **3.1. Método**

A presente pesquisa se pautou pelo método descritivo, baseado em fontes secundárias, com dados teóricos e conceituais.

#### **3.1.1. Material**

Foram utilizados livros, artigos jurídicos, extraídos inclusive da internet, além de pesquisa às legislações correlatas.

#### **3.1.2. Procedimento**

Feito o levantamento bibliográfico sobre o tema objeto de estudo, foi o mesmo analisado e criticado à luz das legislações vigentes. Mediante reflexão e cotejo analítico, o posicionamento do autor será ilustrado no capítulo seguinte, e com desfecho na conclusão.

### 3.2. Problema

O princípio da isonomia e a economicidade nas contratações públicas se fazem presentes nas licitações diferenciadas previstas na Lei Geral da Micro e Pequena Empresa, com a viabilidade de incidência desta regra na Administração Pública?

### 3.3. Hipóteses

Sim, o princípio da isonomia se faz satisfatoriamente atendido, na medida em que trata desigualmente determinado segmento empresarial, com embasamento constitucional (art. 3º, art. 170, inciso IX, art. 179), e a economicidade nas contratações públicas não é prejudicada em razão dos benefícios que geram à determinada localidade com eliminação das desigualdades regionais ou a promoção do desenvolvimento econômico e social.

Não, pois embora o princípio da isonomia se faça satisfatoriamente atendido, na medida em que trata desigualmente determinado segmento empresarial, com embasamento constitucional (art. 3º, art. 170, inciso IX, art. 179), a economicidade nas contratações públicas é prejudicada pela restrição do universo de competidores, que poderá gerar maior dispêndio de recursos em consequência.

Não, pois o princípio da isonomia não é atendido, sendo que o tratamento diferenciado na Lei da Micro e Pequena Empresa gera segmentação inconstitucional (à revelia dos arts. 19, III e 37, XXI da Constituição Federal), embora a economicidade nas contratações públicas seja assegurada com a eliminação das desigualdades regionais ou a promoção do desenvolvimento econômico e social.

Não, pois o princípio da isonomia não é atendido, sendo que o tratamento

diferenciado na Lei da Micro e Pequena Empresa gera segmentação inconstitucional (à revelia dos arts. 19, III e 37, XXI da Constituição Federal), e a economicidade nas contratações públicas é prejudicada pela restrição do universo de competidores, que poderá gerar maior dispêndio de recursos em consequência.

### **3.4. Objetivos**

Destacar as novidades advindas com a Lei Complementar n. 123/2006 no âmbito das licitações, com ênfase no tratamento diferenciado para as micro e pequenas empresas.

Analisar se no âmbito das licitações públicas que envolvam a participação das Micro e Pequenas Empresas sob a égide da Lei Complementar n. 123/2006, tanto o princípio da isonomia quanto a economicidade nas contratações públicas se fazem atendidas.

Analisar a extensão do princípio da isonomia, e da economicidade nas contratações públicas, especialmente sob a ótica do tratamento diferenciado na LC 123/06, com as consequências e desdobros possíveis que referidos princípios possam implicar.

Analisar se a economicidade nas contratações públicas devem sempre ser buscadas, especialmente quando se lida com interesses sociais ou econômicos que objetivam o desenvolvimento de importante segmento empresarial.

## CAPÍTULO 4 – DISCUSSÃO E ANÁLISE DE RESULTADOS

### 4.1. Considerações iniciais e hermêutica para solução do caso

Dentre os objetivos destacados para ser versado nessa monografia, um deles era a análise da LC 123 e suas inovações nas Licitações Públicas. Tal ponto foi parcialmente cumprido no Capítulo 2 (itens 2.1 e 2.2), através do cotejo da Lei e das opiniões de respeitadas doutrinas. Falta a opinião do autor da monografia, sobre alguns aspectos dissonantes ou não enfrentados pela doutrina.

Passar-se-á, mais à frente, a analisar cada bloco da Lei da MPE, sob o prisma hermenêutico agora enunciado.

É chegado o momento de verificar a adequação da LC 123/06 na área de licitações públicas com os princípios da isonomia e economicidade.

O choque todo guarda raízes constitucionais. Tanto o tratamento diferenciado às MPE quanto os princípios da isonomia e economicidade possuem balizas da Lei Maior. E mesmo as licitações públicas foram constitucionalizadas.

A Lei Maior trata das licitações no artigo 37, XXI, lá grafa-se que a regra é contratar mediante tal processo, “**assegurando igualdade de condições a todos os concorrentes**”. Ao mesmo tempo em que a norma trata de licitações, destaca o



princípio da isonomia. A economicidade é princípio implícito dentro da ordem das licitações, mas é explicitado pela Carta no artigo 70 quando é versada a fiscalização contábil, financeira e orçamentária. Como dito, o conceito de economicidade tangencia a própria definição de licitação pública, posto que, em ambos os casos, querer-se-á atender ao binômio custo- benefício.

Quando se refere às MPE, a Constituição lhe defere tratamento diferenciado em regimes especiais ou simplificados para **impostos e contribuições** (art. 146, III, “b”). A Carta assegura o **tratamento favorecido** às MPE estabelecidas e administradas no país (art. 170, IX) ao versar sobre princípios gerais da atividade econômica. Mais adiante, a Constituição explica no mesmo título “atividade econômica”, no artigo 179 de que forma entende deva ocorrer o tratamento diferenciado às MPE: “visando a incentivá-la pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias”.

Afigura-se um aparente choque de princípios constitucionais. E é sempre assim em uma Constituição tão extensa e que assegura tantos direitos. Tal colidência, por si só, não levaria a resultado algum no caso ora estudado, caso não se editasse a LC 123/06, concedendo tratamento favorecido à MPE em licitações públicas.

Dita Lei, afeta sim alguns princípios, como o da isonomia e economicidade, como sustentáculos da finalidade das licitações públicas. Não há solução fácil quando interesses legítimos se chocam.

Os princípios são vetores supremos, tal como delineia Juarez Freitas, e quando há uma antinomia jurídica, o intérprete do direito deve erigi-lo acima da própria Lei<sup>116</sup>. É como Robert Alexy distingue princípios e regras jurídicas, como sendo o primeiro “*mandatos de optimización*” enquanto as regras possuem conteúdo

---

<sup>116</sup> O controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais. 2 ed., São Paulo: Malheiros, 1999, p. 48.

determinativo<sup>117</sup>. Não há diferença entre elas, cada um tem seu âmbito de aplicabilidade.

Está-se deparando com um verdadeiro “hard case” (caso difícil), tal como delineado por Ronald Dworkin<sup>118</sup>. A solução não comporta simplesmente partir-se da meridianidade aristotélica e ficar no meio-termo. Os freios e contrapesos estão na própria Constituição Federal. O que intriga é achar essa solução.

Qualquer operador do Direito pode ser o intérprete da Constituição Federal. Seguindo a linha defendida por Peter Häberle tem-se o seguinte:

Propõe-se, pois, a seguinte tese: no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição.

(...)

Interpretação constitucional tem sido, até agora, conscientemente, coisa de uma sociedade fechada. Dela tomam parte apenas os intérpretes jurídicos "vinculados às corporações" ("Zünftmäßige Interpreten") e aqueles participantes formais do processo constitucional. A interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento da sociedade aberta. Todas as potências públicas, participantes materiais do processo social, estão nela envolvidas, sendo ela, a um só tempo, elemento resultante da sociedade aberta e um elemento formador ou constituinte dessa sociedade ("weil Verfassungsinterpretation diese offene Gesellschaft immer von neuem mitkonstituiert und von ihr konstituiert wird"). Os critérios de interpretação constitucional não de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade<sup>119</sup>.

O intérprete da Constituição, desta forma, são todos. A palavra final é do Supremo Tribunal Federal, curador da Lei Maior. Mas não é o único quem diz como

<sup>117</sup> Apud BUGARIN, Paulo Soares, op. cit., p. 111.

<sup>118</sup> Casos difíceis, ou hard cases, expressão utilizada pelo autor americano Ronald Dworkin, são os casos em que não há uma regra ou princípio aplicável para a solução, havendo necessária atuação subjetiva do intérprete e a realização de escolhas, com eventual emprego de discricionariedade. “in” NUNES JUNIOR, Amandino Teixeira. A moderna interpretação constitucional. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 60, nov. 2002. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3497>>. Acesso em: 15 jan. 2009.

<sup>119</sup> HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997, pág. 13 Apud NUNES JUNIOR, op. cit.

o direito deve ser outorgado.

Segundo o método fenomenológico de Recaséns Siches, “é impossível determinar o que seja o Direito sem observar que o Direito pressupõe o fim do Direito; outro critério de valor para o Direito não é outro senão a idéia de Justiça<sup>120</sup>”.

Qual é o critério de Justiça no caso em análise?

Miguel Reale assenta com brilhantismo:

É inegável que há preceitos que obrigam juridicamente sem serem a expressão do justo, como há outros que não vigoram por falta de correspondência com as aspirações coletivas. É um fato, mas não devemos esquecer que é a própria apreciação racional das condições necessárias ao bem comum que atribui *juridicidade*, embora parcial ou incompleta, a essas regras, preferindo que um preceito vigore nessas condições, a fim de evitar que se perturbe a ordem indispensável à vigência de *preceitos plenos* que seria loucura sacrificar sem motivos verdadeiramente ponderosos.

[...] é sempre o estudo direto das realidades sociais, políticas, econômicas, etc que podem fornecer elementos decisivos para uma solução aproximadamente rigorosa<sup>121</sup>.

Portanto, não há uma análise linear sobre o critério hermenêutico utilizado. Deve atender à vontade popular, mas por outro lado, garantir interesses considerados superiores, ou no escólio de Reale, “preceitos plenos”, até porque, a atividade estatal consiste exatamente na aplicação e concretização dos princípios constitucionais.

Analisa-se se os princípios, considerados como pontos de partida de base constitucional, foram consagrados na nova legislação.

São várias as técnicas hermenêuticas. Não existe apenas uma correta. Cada bloco de inovações da LC 123 que dispõe sobre licitações será analisado

---

<sup>120</sup> REALE, Miguel, **Fundamentos do direito**. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 254.

<sup>121</sup> Op. cit., p. 316.

isoladamente.

Prossiga-se às técnicas hermêuticas.

Segundo o método normativo-estruturante, lastreado nos posicionamentos de Friedrich Müller e Konrad Hesse que foram sintetizados por Inocêncio Mártires Coelho, podem ser compreendidos no trecho a seguir:

Dessa forma, na tarefa de *concretizar* a norma constitucional – porque neste domínio, pela estrutura normativo-material, aberta e indeterminada, dos preceitos constitucionais, a retrospectiva interpretação cedeu o lugar à prospectiva *concretização* -, o aplicador, para fazer justiça à complexidade e magnitude da sua tarefa, deverá considerar não apenas os elementos resultantes da interpretação do *programa* normativo, que é expresso pelo texto da norma, mas também aqueles decorrentes da investigação do seu *âmbito* normativo, que igualmente pertence à norma, e com igual hierarquia, enquanto representa o pedaço da realidade social que o programa normativo “escolheu” ou, em parte, criou para si, como seu âmbito de regulamentação<sup>122</sup>.

Konrad Hesse assevera que a interpretação constitucional é a **concretização** da Constituição, devendo ser realizado mediante a incorporação da realidade, levando-se em consideração as peculiaridades das concretas relações vitais que essa norma pretende regular<sup>123</sup>.

Existe ainda o princípio da força normativa da Constituição, o qual considera que a interpretação ideal deve preferir dar maior **eficácia** à norma constitucional. Dar concretude à Constituição significa projetá-la no ordenamento infraconstitucional<sup>124</sup>.

A máxima efetividade, considerada como um princípio hermenêutico, “orienta os aplicadores da Lei Maior para que interpretem as suas normas em ordem a otimizar-lhes a eficácia, mas sem alterar o conteúdo<sup>125</sup>”. Os valores e bens

---

<sup>122</sup> **Interpretação Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 93.

<sup>123</sup> Apud COELHO, Inocêncio M., op. cit., p. 94.

<sup>124</sup> Ibidem, p. 105.

<sup>125</sup> COELHO, Inocêncio M., op. cit., p. 107.

constitucionais merecem ser otimizados, com a máxima efetividade, salvaguardando-os, em caso de conflito normativo. Esse modelo, por óbvio, não encerra a eleição dos bens e valores constitucionais considerados de maior importância, sendo essa uma tarefa do hermeneuta.

O princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade parece ser uma ferramenta satisfatória para resolver conflitos legais. Resolver-se-á os conflitos mediante a ponderação de bens, pondo lado a lado a adequação (*Geeignetheit*) e a necessidade (*Erforderlichkeit*), cotejando daí uma solução equilibrada. Verifica-se, desta forma, se houve um excesso do poder legislativo. Gilmar Mendes leciona com precisão:

A validade das manifestações do Estado, analisadas estas em função de seu conteúdo intrínseco - especialmente naquelas hipóteses de imposições restritivas incidentes sobre determinados valores básicos - passa a depender, essencialmente, da observância de determinados requisitos que pressupõem “não só a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos pelo legislador, mas também a adequação desses meios para consecução dos objetivos pretendidos (...) e a necessidade de sua utilização (...)”, de tal modo que “Um juízo definitivo sobre a proporcionalidade ou razoabilidade da medida há de resultar da rigorosa ponderação entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador (...)”<sup>126</sup>.

O princípio da interpretação conforme a Constituição agiria como uma forma de se corrigir a distorção de um texto infraconstitucional, de modo que o intérprete deverá escolher o sentido adequado, valorizando o trabalho legislativo, sem tolhê-lo da sua acepção original<sup>127</sup>. Se o texto confrontar a Carta, deve ser declarado inconstitucional pelo Poder Judiciário, e nunca presumido, pois a Lei goza de presunção de constitucionalidade. Cabe ao Poder Judiciário declarar a (in)constitucionalidade da Lei, seja mediante controle difuso (por qualquer juiz de direito ao se deparar com o caso concreto) ou concentrado (pelo Supremo Tribunal Federal, julgando a Lei em abstrato).

---

<sup>126</sup> MENDES, Gilmar. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº. 5, agosto, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acessado em 27 de janeiro de 2009.

<sup>127</sup> COELHO, Inocêncio M., op. cit., p. 107.

O famoso caso norteamericano *Marbury versus Madison*, julgado em 1803 pela Suprema Corte daquele país, decidiu concretamente que, havendo conflito entre lei e a Constituição, esta deve prevalecer, por ser hierarquicamente superior<sup>128</sup>.

Não cabe ao Poder Executivo Municipal declarar se uma norma federal é ou não constitucional<sup>129</sup>. No entanto, na prática, o Poder Executivo deve tomar rédeas da situação e pode instaurar, incidentalmente, um aparente conflito, ao aplicar determinada regra conforme a Constituição, mediante sólido embasamento jurídico. Caberá ao Judiciário, caso provocado, dizer quem está com a razão.

Aos fins a que este trabalho se destina, especificamente para a análise do princípio da isonomia, é certo que foram adotados os parâmetros doutrinários do Professor Celso Antônio Bandeira de Mello, citados no item 2.3 (pp. 48-49). Será verificado o nexó lógico que retrata concretamente um **bem** (a LEI), que apesar de abstrata, pode ser contrastada com **pressupostos fáticos** (na sua aplicação) e em outras legislações, principalmente com a Constituição Federal.

Ademais, é de se perquirir se as regras de tratamento privilegiadas atendem ao princípio da economicidade também. Outra pergunta incidental que o caso comporta é no sentido de saber como ter tratamento diferenciado sem ferir os princípios da isonomia e da economicidade.

Discuta-se, a seguir, nos moldes metodológicos delineados.

---

<sup>128</sup> LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**, 10 ed., São Paulo, Método, 2006, p. 107.

<sup>129</sup> Se fosse uma norma municipal, caberia ao Prefeito vetá-la ou, caso derrubado o veto, poderia arguir sua inconstitucionalidade no Tribunal de Justiça local. Como a norma é federal, não detém o município poderes para deixá-la.

## 4.2. Da Discussão

### 4.2.1. Do enquadramento legal

A Lei estabeleceu claramente a forma de enquadramento legal das MPE (confira item 2.2.1).

Porém, na prática, podem ocorrer situações nas quais as MPE devam perder automaticamente o direito a usufruir das benesses fiscais e de acesso aos mercados públicos. Caso contrário, poderá haver a concessão indevida do tratamento diferenciado.

Considerando que, se uma MPE participa de um certame público cujo valor do contrato do objeto em disputa exceda a R\$ 2,4 milhões, para ser executado em menos de 1 (um) ano, não poderá obter o tratamento diferenciado para os fins licitatórios. Por uma questão de lógica, dita licitante caso esteja enquadrada como MPE, no posicionamento do autor, não poderá usufruir das benesses do empate ficto, posto que notoriamente dito contrato (de valor superior à R\$ 2,4 milhões) a levará à exclusão retroativa da qualidade de MPE mencionada no §10º. do art. 3º.

Na mesma esteira, entende-se que o Poder Público pode exigir em seu Edital que as MPE comprovem ou declarem, sob as penas da Lei, que não possuem contratos públicos cujo limite anual de todos eles exceda a R\$ 2,4 milhões, a fim de evitar que as mesmas possam usufruir indevidamente de tais beneplácitos legais (empate ficto e comprovação de regularidade fiscal diferida).

É possível que determinado licitante concorrente, denuncie até o momento da celebração do contrato o vício jurídico da MPE (apenas quando essa ganhar o

certame após usar os benefícios legais), invocando o art. 43, §5º. da Lei n. 8.666/93 (inabilitação em razão de fato superveniente).

Trata-se assim, de trazer moralidade no tratamento diferenciado às MPE's, em momento anterior à análise da constitucionalidade das inovações nas licitações.

#### 4.2.2 Da regularidade Fiscal

A regularidade fiscal é diferida exclusivamente para as MPE's.

Acerca do item **regularidade fiscal** (item 2.2.2.1), se faz necessário uma leitura crítica, antes mesmo de cotejá-la com o princípio da isonomia. Assim, caso a MPE saiba que não terá meios de obter a regularidade fiscal ou que sua dívida seja de difícil resgate ou parcelamento, deverá declinar sua participação antes de pedir prazo para sanar sua irregularidade, sob pena de tumultuar indevidamente o processo e de, inclusive, incorrer em crime licitatório<sup>130</sup>.

Caso contrário, se a MPE insistir no prazo de 2 dias para obter a regularidade fiscal e não conseguir cumprir com o avençado, atrairá as punições previstas no Edital. A punição, apenas poderá ser impingida mediante processo administrativo em que sejam assegurados a ampla defesa e o contraditório (art. 5º, LV da Constituição Federal).

---

<sup>130</sup> Pois o licitante fez falsa afirmação, e se valeu de expediente para excluir outro concorrente com regularidade fiscal pela, a conferir Lei n. 8.666/93, 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".



Parece, no entanto, que em matéria de punição, dever-se-ia optar pela legislação mais benéfica, razão pela qual, caso tal descumprimento seja dentro da modalidade pregão, o licitante infrator estaria sujeito apenas à sanção do art. 81 da Lei n. 8.666/93, caso o Edital previsse especificamente nesse sentido.

Sobre a não apresentação de regularidade fiscal, não se deve confundir a **habilitação diferida com recusa em firmar contrato**, posto que os reflexos são absolutamente diversos. Como realmente se tratam de fases distintas, a opção por apresentar documento acerca da regularidade fiscal, quando da consolidação do contrato, faz com que a habilitação fique condicionada a evento futuro. Se o licitante não apresentar o documento regularmente, isso gerará sua inabilitação superveniente, e não mormente, na recusa em firmar contrato. Assim, defensável a tese de que não há qualquer sanção cabível na hipótese de descumprimento ao citado artigo.

Retome-se o comentado pelo Professor Justen Filho (final do tópico 2.2.2.1), quando se refere sobre a regularidade fiscal. Segundo dito autor, a regularidade fiscal poderia ser interpretada em sentido amplo, a ponto de se considerar, por exemplo, que a falta de pagamento em órgão de classe pudesse ser diferida, tal como previsto no art. 43 da LC 123/06. Não se compartilha de abalizada opinião. Admitir a regularização de qualquer documento, fora os que não estejam elencados no rol da regularidade fiscal, é dar interpretação extensiva à norma restritiva. Seria abrir a Caixa de Pandora a qualquer situação, tornando a licitação instável a ponto de toda e qualquer irregularidade documental ser passível de sanabilidade. É certo que o art. 42 se refere à qualificação econômica exclusivamente, ao passo que, a falta de certidão em órgão de classe é exigência de caráter técnico. Portanto, são situações jurídicas distintas, e, segundo o magistério de Celso Antônio Bandeira de Mello, ocorre um *discrímen* não professadamente assumido pela norma, razão pela qual, de início, inaplicável a extensão do art. 42 a quaisquer outros requisitos senão do da regularidade fiscal.

**Não há reflexo direto no princípio da economicidade**, tal como delineado

neste trabalho, no que tange à regularidade fiscal dos artigos 42 e 43 da LC 123. Efetivamente não existem recursos públicos envolvidos na regularidade fiscal diferida. No entanto, **há um reflexo indireto**, indesejável do ponto de vista econômico, quando determina momento posterior para regularização fiscal.

Trata-se aqui de verificar que o princípio da economicidade envolve não só o máximo resultado social possível, com o mínimo de meios alocados, significando, o menor custo social possível. Ora, exigir das MPE's que quitem seus impostos somente na ocasião de assinatura de contrato público, é estimular o calote, o retardo do pagamento. Qual estímulo teriam as MPE's em quitar regularmente seus impostos, posto que, poderiam participar de licitação pública normalmente, e apenas caso logrem detentoras da melhor proposta, teriam que regularizar sua situação?

Ressalte-se que as MPE's são naturalmente protegidas na forma de recolhimento de tributos, mediante unificação e diminuição de valores. Não se pode olvidar um segundo aspecto, pois está a se conceder oportunidade de empresas despreparadas se aventurarem em um procedimento licitatório, podendo gerar retardos inconvenientes. Em terceiro, como citado alhures, estar-se-á estimulando o inadimplemento, no qual as MPE's pagariam seus tributos exclusivamente se lograssem contratos públicos!

Portanto, "a priori", o princípio da economicidade seria ferido com a regularidade fiscal diferida. No entanto, a leitura deve ser coadunada com a Constituição Federal.

O artigo 37, inciso XXI da Constituição Federal determina que seja cobrada dos licitantes a apresentação das exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. A Lei Maior não estipula o momento de apresentação dos documentos de habilitação econômica. A determinação de apresentação está na lei infraconstitucional.

O artigo 179 da Carta entende de que forma deva ocorrer o tratamento diferenciado às MPE: “visando a incentivá-la pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias”.

Certamente, a regularização fiscal diferida incentiva a simplificação da obrigação tributária. O momento de regularização é postergado, a bem da simplificação das MPE's, que por seu turno recebem tratamento diferenciado da Constituição Federal.

Em tese, teriam as MPE's, dificuldades em pagar impostos, contribuições, taxas. Daí, a razão da norma constitucional lhes favorecer. A facilitação fiscal é um interesse prestigiado constitucionalmente.

Logo, do ponto de vista constitucional, o princípio da economicidade é **abrandado** a par de sempre facilitar a regularização fiscal das MPE's. Portanto, os artigos 42 e 43 da LC 123 não ferem o princípio da economicidade.

Não há, destarte, igualdade de condições entre os licitantes, quando um deles pode apresentar documento em oportunidade posterior. Há discriminação na regularidade fiscal diferida, posto que, só podem gozar de tal benefício as MPE's. Inegável, por outro lado, o relevante papel desempenhado pelas MPE's no Brasil. O tratamento favorecido é uma cláusula constitucional, um princípio da ordem econômico deferido às MPE's.

Pois bem.

Retorne-se ao art. 37, XXI da Carta. Lá está grafado que a regra é contratar mediante licitação processo, “**assegurando igualdade de condições a todos os concorrentes**”. A igualdade de condições, como visto, pode ser atendida de várias formas. E o tratamento igualitário deferido no citado inciso não se reveste na

roupagem formal. A isonomia sempre deve ser lida em seu aspecto material. Já foi referido que na Lei de Licitações, em caso de empate, afere como critério definidor do eleito, o uso de tecnologia nacional, por exemplo (inciso IV do art. 45, e art. 3º. §2º, IV da Lei n. 8.666/93 c.c. art. 3º, IV da Lei n. 8.248/91).

Também se prevê que o tratamento favorecido às MPE's é um princípio geral da ordem econômica brasileira (art. 170, IX, CF). A LC 123/06 veio a trazer facilidades tributárias, fiscais, de regularização e no acesso ao mercado nacional.

A LC 123 atribui em linhas expressas que está a se dispensar favorecimentos às MPE's. Há explicação lógica para o discriminar: dar mais oportunidades às MPE's em participarem de certames, mesmo que com alguns débitos sanáveis no decorrer da disputa. O freio, no caso concreto, é de se observar malefício aos demais contendores do certame.

E assim não se vislumbra em termos práticos qualquer malefício às não-MPE's pelo fato da LC 123 prever que outra classe de empresas (MPE) poderá apresentar documento depois delas. Não está a se atrapalhar o preço, imiscuir-se em critérios técnicos das não-MPE's.

Para que se prossiga na análise iniciada, antes deve-se perquirir: a quem interessa aferir a regularidade fiscal?

A resposta é óbvia: trata-se de cláusula garantidora do direito do Poder Público, do interesse governamental em contratar apenas com empresas quites com seus tributos. O diferimento da regularidade fiscal não significa desvirtuar a apresentação da regularidade, mas sim, postergar sua comprovação.

O tratamento diferenciado é garantido na Constituição, mas no limite em que não atinja a isonomia no processo licitatório.

Entende-se que não há prejuízo ao princípio da isonomia no caso da regularidade fiscal diferida. A regularidade fiscal, como visto, é voltada ao Poder Público. Não há afetação na vontade, na disputa, caso uma empresa apresente a regularidade fiscal no final do processo.

Interpreta-se que a isonomia no processo licitatório se refere ao fato de que as empresas possam dispor das mesmas armas para assegurar o resultado prático: obtenção do contrato público com maior vantajosidade à Administração.

A exigibilidade de quitação de tributos é uma condição direcionada ao próprio órgão público. A regularidade fiscal pertence à fase habilitatória. A habilitação colima observar a idoneidade dos proponentes. A regularidade fiscal busca aferir a capacidade financeira para suportar os ônus inerentes à execução do contrato e os custos dela decorrentes. Como dito, envolve-se o interesse do órgão público.

Não afeta a disputa a regularidade fiscal diferida. A norma benéfica é pertinente do ponto de vista lógico, e não há prejuízo às partes envolvidas. A logicidade da regra se dá pelo fundamento constitucional de facilitação tributário e fiscal. Às empresas concorrentes não-MPE's sobra apenas um **desconforto**: impossibilidade de apresentar regularidade fiscal apenas no momento da contratação. No entanto, o favorecimento advém da Carta, que, por seu turno, não é um cheque em branco para os desmandos do legislador infraconstitucional. A Constituição previu tratamento favorecido à MPE. A não-MPE não goza de favorecimento, e sim do rigor legal<sup>131</sup>. Todas as concorrentes entrarão no processo

---

<sup>131</sup> E não poderia ser de outra forma. Os grandes grupos empresariais são considerados privilegiados. Celso Antônio Bandeira de Mello diz que, num caso hipotético, haveria nexos lógico em desequilíbrio entre grandes grupos empresariais e empresas de porte médio, podendo gerar situação "detrimentosa para estas últimas e privilegiada para os primeiros, o quais se outorgariam, por exemplo, favores fiscais sob fundamento de que graças à concentração de capital operam com maior nível de produtividade, ensejando desenvolvimento econômico realizado com menores desperdícios". Continua a lecionar: "A distinção estaria apoiada em real diferença entre uns e outras. Demais disso, existiria, no caso, um critério lógico suscetível de ser invocado, não se podendo falar em discrimen aleatório. Sem embargo, a desequilíbrio em pauta seria ofensiva ao preceito isonômico por adversar um valor constitucionalmente prestigiado e prestigiar um elemento constitucionalmente desvalorado". "in" Conteúdo Jurídico..., p. 43.

licitatório, e disputarão o contrato. A diferença é que a casta das MPE's serão favorecidas na fase da regularidade fiscal. Só. A regularidade fiscal ainda deverá estar em conformidade para a assinatura do contrato, caso contrário, não será firmado. E nem poderia, tal como determina o art. 195, §3º. da Constituição Federal<sup>132</sup>.

O freio do princípio da isonomia, segundo analisado, se exterioriza pelo não término da disputa. Enquanto as empresas estiverem disputando, com os mesmos instrumentos e expedientes, apresentando documentos compatíveis entre si, o objetivo maior da licitação se faz assegurado.

Como não existe isonomia pura e a igualdade formal é malquistada, residirá alguma mínima diferença entre empresas.

Não havendo efeito contraposto ou dissonante ao interesse público, ao menos considerada a intenção normativa da LC 123/06, **a discriminação da regularidade fiscal diferida** é lícita e constitucional<sup>133</sup>.

Sem embargo, inegáveis serão os reflexos negativos da aplicação de dita legislação, como já se teve a oportunidade de expor (por exemplo, atraso nas contratações, estímulo ao retardo no cumprimento das obrigações fiscais, etc). A norma em discussão é desacertada, conforme se concluiu neste trabalho, de modo que, o administrador público deverá prever critérios objetivos e sérios para punir severamente àqueles licitantes inconvenientes que usem de tal artifício indevidamente.

Fica grafada a presente sugestão prática de que o Edital preveja a

---

<sup>132</sup> Art. 195, §3º: "A pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o Poder Público nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios".

<sup>133</sup> O posicionamento da obra é coadunado por PALAVÉRI, Marcelo, op. cit., p. 29 e SANTOS, José Anacleto Abduch, op. cit., p. 25..Em sentido contrário, entendendo pela inconstitucionalidade dos artigos 42 e 43, JUSTEN FILHO, Marçal, op. cit., p. 90.

obrigatoriedade de que o licitante MPE apresente declaração, contendo os seguintes dizeres:

*“Declaro para os devidos fins de direito, que, caso a empresa X apresente documentos de regularidade fiscal vencidos ou contendo débitos, deverá ser procedida sua regularização até o momento destinado à contratação, não podendo ser invocada escusa de qualquer natureza, pois sabedora de que todas as obrigações fiscais deveriam estar quites. Por essa razão, declaro que satisfarei todas as condições previstas em Edital, nos prazos da Lei, sendo que, em caso contrário, responderei pela prática do ilícito do artigo 299 do Código Penal, além das multas referidas no Edital, e penalização com declaração de inidoneidade administrativa, sendo certo que serão cientificados o Tribunal de Contas e Ministério Público, para tomada das medidas cabíveis”.*

Se de um lado a Lei assegura benefícios, por outro lado, a Administração Pública não pode ficar refém aos devaneios e desmandos das más empresas que deles se valem para tumultuar o processo licitatório, causando prejuízos ao interesse da comunidade.

#### **4.2.3 Do empate ficto e critério de desempate**

Já foi visto que a LC 123 quer que as MPE's aфирam contratos públicos em maior escala. Para tanto, criou norma aleatória, com percentuais quase cabalísticos, para justificar o empate ficto. Não há explicação para que uma proposta 10% maior de uma MPE seja considerada empatada com outra proposta inferior de uma não-MPE (se fosse pregão o intervalo seria de 5%). O critério para estabelecer o percentual foi plasmado do SBA (Small Business Act), a legislação dos Estados Unidos da América para fomentar as MPE's. Segundo se verificou, não deixa de ser um tanto quanto aleatório, mas efetivamente é um parâmetro objetivo, uma vez já

positivada a regra.

Pois bem. Considerado o empate ficto, terá a MPE a possibilidade de baixar a proposta até então vencedora. Do ponto de vista econômico, considerado isoladamente, a Administração seria beneficiada com uma contratação menos onerosa. De se verificar a proposta seja considerada exequível, ou seja, se ela pode ser executada no preço estabelecido. Neste espectro, **o princípio da economicidade não é afetado com o empate ficto, vez que decorrerá contratação com menor valor** com a aplicação de tal regra.

Com relação ao princípio da isonomia, a situação não é tão simples assim. Há, efetivamente, quebra da igualdade de condições da disputa quando se privilegia as MPE's em detrimento de outras empresas. É lícito e coadunam-se com as normas constitucionais os arts. 44 e 45 da LC 123/06?

A resposta, após detida análise, é negativa. Os artigos 44 e 45 da LC 123 são inconstitucionais, pois, ferem o princípio da isonomia.

Ao contrário do que foi analisado no item anterior (constitucionalidade do art. 42 e 43), o empate ficto e o desempate em favor da MPE criam distorções na disputa.

Foi dito que o freio do princípio da isonomia ocorreria com o alijamento da disputa das não-MPE's. As não-beneficiadas deteriam **menos** armas e expedientes para lograr o contrato público.

A LC 123 arrosta da disputa uma não-MPE. Muito mais inteligente seria se o legislador reabrisse a disputa, reavivando uma MPE, a reiniciar aquela caso fosse considerada empatada (do ponto de vista ficto mesmo considerado). A não-MPE teria o direito a continuar a disputar o contrato, mesmo que a MPE baixasse seu



preço. Seria salutar ao interesse público, e nenhum interesse subjetivo seria ferido, pois haveria a paridade de armas. Se assim fosse, o dispositivo seria constitucional, pois, ao mesmo tempo que garante direitos da “classe desprivilegiada” (MPE’s), possibilitaria às “poderosas” (não-MPE’s) o direito de continuar a disputa, em prol do menor custo possível ao Estado. Os vocativos “desprivilegiada” e “poderosas” não estão na Lei, mas são lidos nas entrelinhas, com clarividência.

A paridade de armas é um conceito que advém do direito processual germânico (*waffengleichheit*), que por seu turno, é desdobrado do princípio do contraditório, que pode ser assim ementado: “dar as mesmas oportunidades para as partes e os mesmos instrumentos processuais para que possam valer os seus direitos e pretensões<sup>134</sup>”.

Ao conferir unicamente às MPE’s que participem da disputa, mesmo tendo ofertado lance maior, e não dando chances das outras empresas prosseguirem no processo, é ferido de morte valor supremo da Constituição Federal em relação às licitações públicas.

Cite-se novamente o art. 37, XXI da Carta da República: “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...**”. O processo de licitação deve assegurar igualdade de condições a todos os concorrentes. É um princípio indeclinável. Não se justifica desigualar a disputa de modo efetivo, como grafam os artigos 44 e 45.

É defendida a constitucionalidade da regularidade fiscal diferida (arts. 42 e 43) em razão de não interferir na disputa propriamente dita, pois se tratava de exigência prescrita ao órgão público. O desequilíbrio do favorecimento deve ser razoável. No caso da regularidade fiscal, se justificava o favorecimento, em nome da simplificação das obrigações administrativas e tributárias e mesmo, ao considerar a diferenciação

---

<sup>134</sup> NERY JR., Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**, 8. Ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004, p. 188.

das MPE's como um princípio da atividade econômica.

O *discrímen* do tratamento diferenciado não pode afrontar outra norma constitucional robustamente, tal como ocorre na espécie do empate ficto e desempate para as MPE's.

É desproporcional e irrazoável restringir a disputa do certame, a partir de dado momento somente às MPE's. Isso cria instabilidade nas contratações públicas, podendo, inclusive, afugentar grandes e importantes empresas que geram muitas riquezas (vide tributos). Qual a razão de se investir tempo e pessoal para captação de um contrato público, quando o fato *aléa* está presente e pode mudar abruptamente a disputa? Poderá a grande empresa prever o preço dado pelo seu concorrente MPE, para que não atinja a marca do empate ficto? Claro que não. Trata-se de um dado imprevisível. As não-MPE's seriam desestimuladas a participarem de certames públicos ou, no mínimo, tratar com incredibilidade o processo. Ou se conferem as mesmas armas às não-MPE's, ou então, o princípio da isonomia se faz arrostado.

Considerar-se-ia, no entanto, constitucional a regra que estabelecesse que, em caso de empate real e nominal (ou seja, efetivamente o mesmo preço), uma MPE levaria vantagem sobre outra não-MPE. Aí reside um critério objetivo, de discriminação positiva, em casos de raras ocorrências. O empate ficto é irrazoável, e o desempate somente para as MPE's fulminam a isonomia.

A desigualação ilícita se dá pela restrição da disputa. Há um efeito contraposto, malquisto pela norma constitucional. É interesse da Lei Maior a manutenção da isonomia na disputa do processo licitatório. E a Constituição não considera o acesso aos mercados públicos, mediante tratamento favorecido nas licitações, como um valor. A simplificação admitida das MPE's é na ordem administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias (art. 179, CF), nunca, nas licitações públicas. Se o art. 170, IX da CF assegura o tratamento favorecido às MPE

como um valor, assenta no inciso IV do mesmo artigo a “livre concorrência” como outro princípio igualmente importante.

A restrição da livre concorrência nas licitações públicas desvaloriza o art. 170, IV da CF. Cria-se distinção entre brasileiros ou preferências injustificadas pela Lei Maior (art. 19, III). Mas, a razão maior da inconstitucionalidade dos arts. 44 e 45, se assenta na expressa dicção do art. 37, XXI da CF.

Portanto, com fundamento no presente estudo, consideram-se **absolutamente inconstitucionais** as normas esculpidas nos arts. 44 e 45 da LC 123/06<sup>135</sup>.

O modo de salvar a aplicação de citado artigo é interpretá-lo conforme a Constituição Federal. Ora, para que se dê eficácia constitucional aos arts. 44 e 45 da LC 123/06, deve-se interpretar que o benefício para cobrir as ofertas se aplicam também às não-MPE's, fazendo com que se reabrisse efetivamente a disputa, para que todas as empresas compreendidas no patamar de empate ficto, pudessem formular lances sucessivos<sup>136</sup>. Somente desta forma, lendo-se conforme a Constituição é que se daria razoabilidade aos arts. 44 e 45, consagrando a isonomia entre todas as empresas na esteira do interesse público.

#### 4.2.4 Dos objetivos do tratamento diferenciado da MPE

A LC 123/06 criou outras facilidades em que só se beneficiam as MPE's.

---

<sup>135</sup> Na mesma linha TORRES, Ronny Charles Lopes de, op. cit., p. 381 e RIGOLIN, Ivan Barbosa, op. cit., p. 535. Em sentido contrário: SANTOS, José Anacleto Abduch, op. cit., p. 25 e JUSTEN FILHO, Marçal, op. cit., p. 104. Para este último autor paranaense, a razão da constitucionalidade do discriminar reside na situação econômica das não-MPE's, e assenta: “Logo, a situação do licitante que não seja destinatário do tratamento reservado a MPE ou EPP deve conduzi-lo a ofertar a menor proposta possível. Até se pode reputar existente uma presunção absoluta de inexecutabilidade de qualquer proposta mais reduzida. Em outras palavras, ciente da possibilidade de que uma ME ou EPP formule um lance mais reduzido em caso de empate ficto, o licitante terá o ônus de chegar ao limite de promover outro lance ainda mais reduzido posteriormente àquele apresentado por uma ME ou EPP”, op. cit., p. 104.

<sup>136</sup> Era este o entendimento de Marçal Justen Filho na primeira edição da obra “Estatuto da Microempresa...”, que foi modificado na segunda edição, editada em 2007 e citada nas referências bibliográficas, p.103.

As restrições se afiguram claramente inconstitucionais, e os motivos que sustentam a exclusividade são frágeis.

Os objetivos gerais para tratamento diferenciado e simplificação são comuns para as licitações exclusivas, subcontratação e fracionamentos, versados neste item e nos subseqüentes (4.2.5 e 4.2.6).

Os objetivos para o *discrímen* são:

- 1 - desenvolvimento econômico e social no município e região.
- 2 – Ampliação da eficiência das políticas públicas.
- 3 – Incentivo à inovação tecnológica.

Primeiro, desenvolvimento econômico e social do município e região.

Perigosíssimo o precedente. Sob o preceito de desenvolver o município e região, estar-se-á a editar licitações exclusivas para MPE's. No entanto, parece que se sequer dirigir a licitação para empresas sediadas no município e na região. É dizer que esta inovação vai na contramão do que veda a Lei de Licitações (art. 3º., §1º, I<sup>137</sup>), e distingue a qualidade do licitante pelo local de origem (art. 19, III, da Constituição Federal). Se o tratamento diferenciado for nesta toada, será manifestamente ilegal e inconstitucional. Se a intenção da norma foi desenvolver a região e a cidade com contratações de MPE's, o legislador obrou em erro. Sem o direcionamento da licitação, não há como se vedar a participação de empresas alienígenas.

---

<sup>137</sup> Lei n. 8.666/93, Art. 3º., §1º É vedado aos agentes públicos: I - 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.

Caso não haja direcionamento, é impossível obter-se o desenvolvimento econômico do município e região com licitações exclusivas para as MPE's naturalmente. Portanto, a norma além de inconstitucional é incongruente. Desacertada duas vezes.

O segundo e terceiros objetivos ("ampliação da eficiência das políticas públicas" e "incentivo à inovação tecnológica") são inviáveis. Tratam-se de normas de cunho *programáticas*, que mais ressoam vontade do que um mandamento efetivo, a despeito do restante da LC 123.

Não há como efetivar licitações visando ampliar eficiência das políticas públicas. Afinal, o que é eficiência das políticas públicas? É uma redundância sem sentido, pois todas as políticas públicas devem ser eficientes (art. 37, "caput", CF).

O incentivo à inovação tecnológica também se afigura estranha a ser contida em mandamento licitatório. A única forma de se ter inovação tecnológica numa licitação se daria no momento da elaboração do Edital, para escolha do objeto ou forma de execução dos serviços. No entanto, é incompatível vincular tratamento diferenciado de MPE em licitações públicas com inovação tecnológica. A norma é lamentável. Como estimular tratamento diferenciado para MPE's que possuam inovação tecnológica a conseguirem contrato público?

Por óbvio, a intenção de incrementar a inovação tecnológica é bem vinda. No entanto, conectar inovação tecnológica-licitação é um componente perigoso. Porque bens de tecnologia ou estão sujeitos ou à dispensa de licitação ou a serem contratados mediante avaliação de técnica. Logo, é estranho inovação tecnológica dentro das licitações das MPE's, posto que estas se realizam na modalidade menor preço.

Ademais, restringir licitações de insumos sujeitos à inovação tecnológica às MPE's é estimular contratações onerosas, posto que, via de regra, tais bens ou

serviços estão sujeitos a altíssimos investimentos das grandes empresas. Em regra grandes empresas possuem capacidade para desenvolver inovação tecnológica com custo mais barato. Outro ponto é que, embora as MPE's, possam desenvolver tecnologia de ponta, não teriam concorrência com outras MPE's e sim com outras empresas não-MPE's. Sob todos os aspectos analisados o objetivo de inovação tecnológica não se coaduna com o tratamento diferenciado das MPE's em licitações públicas.

Portanto, os três objetivos elencados no artigo 47 da LC 123/06 que autorizariam o tratamento diferenciado e simplificado em certames públicos se mostram desacertados<sup>138</sup>.

Para o bloco legislativo do artigo 48 da LC 123/06, cabe análise volitiva do agente público em sua implementação. O "caput" deste artigo prevê a disponibilidade da Administração em realizar licitações preferenciais. Se a Lei faculta, cabe ao agente dar eficácia prática ao conteúdo normativo, ou não. Não há conteúdo impositivo, vinculado na norma em análise.

Cabendo discricionariedade na realização de licitações exclusivas, conclui-se pela posição de que o Administrador **não deverá** aplicar o art. 48 em nenhum dos seus incisos.

Não se trata de insubordinação à legislação, mas sim, em melhor adequar o interesse público, frente às normas e princípios constitucionais. Enquanto o Poder Judiciário não acoima de inconstitucional parte da LC 123, estará o Poder Executivo a agir como verdadeiro aplicador da Lei, definindo que o conteúdo do art. 48 é inviável, conforme exposto.

---

<sup>138</sup> Comunga com tal posição Marçal Justen Filho, op. cit., p. 116:

"Não se admite que a Administração Pública produza liberalidades na transferência de recursos para entidades privadas, visando pura e simplesmente a redistribuição de riqueza. Transferir dinheiro do Estado para entidade privada (seja ela microempresa, empresa de pequeno porte ou macroempresa) somente é admissível quando se configurar a existência de benefícios aos interesses coletivos. Em outras palavras, as fórmulas complexas e sofisticadas contempladas no art. 47 não podem ser o fundamento legislativo para ser produzida a pura e simples transferência de benefícios para empresas privadas. Essa solução corresponderia à destruição da função do contrato administrativo. Não se trataria de *função social*, mas de *abuso de poder* por parte do Estado".

#### 4.2.4.1 Licitações exclusivas

O momento é de análise das licitações exclusivas. Trata-se da previsão do inciso I do art. 48 da LC 123/06.

Primeiro, são certames restritos às MPE's. Segundo, o valor estipulado é de R\$ 80 mil.

Não poderia ser mais infeliz o legislador. Sacrifica-se o interesse público nas contratações públicas em detrimento do "clube das MPE's".

Do ponto de vista crítico, seria adequado que as licitações públicas restritas às MPE's, ou ao menos, na contratação preferencial de MPE's naqueles casos em que a licitação fosse dispensável (art. 24, incisos I e II da Lei n. 8.666/93). Ou seja, em contratações de bens e serviços de engenharia no limite de até R\$ 15 mil, e em outras espécies, de até R\$ 8 mil, poderia ser realizadas as licitações exclusivas.

Portanto, a discricionariedade do Administrador embasada na Lei poderia ser coadunada com a legislação vigente e mesmo com a intenção da Constituição Federal (art. 37, XXI). A Carta diz que a regra é a realização de licitação; a exceção a ser estipulada em Lei infraconstitucional, é a dispensa e a inexigibilidade.

Se a regra é licitação, deve-se obedecer ao período seguinte da norma constitucional: assegurando igualdade de condições a todos os concorrentes. Não há como realizar licitação sem que seja assegurado o princípio da isonomia na disputa.

Portanto, **a exclusividade das licitações públicas destinada às MPE's**

**cria uma estirpe inconstitucional**, atentatória ao princípio da isonomia.

Não é um critério constitucional o favorecimento das MPE's em licitações públicas. O art. 179 da Carta apregoa para as MPE's a simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias. Não há amainamento em normas constitucionais sobre tratamento privilegiado em licitações públicas.

O art. 48, I, da LC 123/06 supõe pertinência lógica em abstrato: trazer favorecimento às MPE's, pois logram proporcionalmente menos contratos públicos do montante que representam das empresas brasileiras (elas são 98% das empresas brasileiras, mas representam menos de 10% dos contratos públicos). No entanto, o discrimen desta regra choca a Constituição, pois limita a participação de não-MPE's na disputa. O arrote ao princípio da isonomia é frontal. A restrição da disputa gera a inconstitucionalidade.

E não é somente sobre este aspecto que reside a inconstitucionalidade. O princípio da economicidade não se faz atendido com as licitações exclusivas do art. 48, I.

O acesso ao mercado estatal não justifica o sacrifício do interesse público. A restrição gera menos concorrência. Menor concorrência leva ao aumento de preços, pois, esta é a lógica do sistema capitalista.

Com a restrição de concorrentes, quem perde é a Administração Pública. O Estado deve ampliar a disputa, sempre. A Lei do Pregão trouxe isso. Com a realização dos Pregões presencial e eletrônico, e Bolsa Eletrônica de Compras (BEC) no Estado de São Paulo é gerado economia aos cofres públicos de mais de





benefício para as MPE's no caso das subcontratações, trata de se pagar diretamente a quem realizou o serviço, no caso, a subcontratada. Desta forma, concede-se incentivos fiscais às contratantes que subcontratem serviços das MPE's, posto que, o fato da receita adentrar diretamente às subcontratadas, fará com que não se tributem a entrada e a saída da movimentação financeira da subcontratante. Ou seja, é uma facilitação e estímulo às subcontratações.

A solução legislativa de pagamento direto à subcontratante, todavia, é estranha. É coerente do ponto de vista econômico-tributário. No entanto, gera questionamentos do ponto de vista jurídico, em razão de que a responsabilidade pela execução e entrega dos serviços será sempre da subcontratante. Afigure-se o exemplo a seguir: - a Administração firma contrato com a empresa A, que subcontrata a MPE denominada B. A Administração terá liame jurídico com A, exclusivamente, podendo cobrar responsabilidade apenas desta empresa. No entanto, possui deveres para com B, de lhe quitar os valores correspondentes ao que subcontratou. O problema, ocorrerá, na hipótese do objeto em execução apresentar defeito, posto que a Administração se voltará apenas contra A, aplicando-lhe as penas cabíveis, enquanto que B seguirá incólume, sem nenhum arranhão ou risco, podendo, inclusive, participar de certames públicos neste mesmo órgão.

Há com a subcontratação obrigatória, em tese, vilipêndio ao princípio da isonomia. Analise-se tal norma segundo o modelo de Celso Antônio Bandeira de Mello:

A norma singulariza uma categoria de pessoas MPE's. As MPE's são consideradas desamparadas do ponto de vista econômico. Há lógica no tratamento diferenciado com a lógica que se pretende alcançar (aumento nas contratações públicas). A norma assume a desequiparação das MPE's quando obriga a subcontratação.

No entanto, um item não se faz atendido para que a norma possa ser considerada isonômica: leva-se a efeitos contrapostos ou dissonantes dos interesses prestigiados constitucionalmente. Exatamente neste ponto, a norma se acoima de inconstitucional, pois faz exigência casada: a contratante **deverá** obrigatoriamente subcontratar uma MPE, além de se prever o pagamento direto à subcontratada (art. 48, §2º.)

Primeiramente, se a contratante (em tese não-MPE) sabe que terá que subcontratar uma MPE em parcela dos serviços, isso fará com que, o custo de tal subcontratação seja obrigatoriamente repassado ao Poder Público. O princípio constitucional da economicidade é desprestigiado<sup>142</sup>.

Em segundo, o pagamento direto às subcontratadas, como dito, pode gerar efeitos nocivos, principalmente para a Administração, no que tange à segurança jurídica<sup>143</sup>. Fere-se também, a personalidade da contratação, posto que o contratado será de outro que não participou do processo licitatório<sup>144</sup>.

---

<sup>142</sup> SANTOS, José Anacleto Abduch, op. cit., p. 124 assenta nesta toada: "A limitação de ordem econômica deriva do aumento de custos que a subcontratação pode representar para a licitante não enquadrada. A planilha de custos do subcontratante deverá incorporar os custos da subcontratação (BDI, encargos adicionais, etc), o que pode inviabilizar sua proposta comercial. A subcontratação importará apropriação de custos que inexistiriam pela execução integral do contrato pelo licitante vencedor do certame que não se enquadre na categoria de ME ou EPP. Supondo que a apropriação desses custos adicionais pela subcontratante não inviabilize a proposta, certamente importará em menos vantajosa para o Poder Público. Parece clara a restrição à participação, à competitividade e à vantajosidade".

<sup>143</sup> JUSTEN FILHO, Marçal, op. cit., p. 118. Inclusive, acrescenta dito autor, "a subcontratação obrigatória não pode ser admitida nas hipóteses em que se configurar um vínculo de natureza personalíssima entre Administração Pública e particular contratado". RIGOLIN, Ivan Barbosa, op. cit., pp. 200-201, grafa seu inconformismo: "O §2º. estabelece a subversão total da regra da subcontratação, permitindo que os pagamentos aos subcontratados se faça diretamente sem passar pelo contratado. Isso jamais é permitido, nem remotamente, na lei de licitações, art. 72, que *mantém a responsabilidade do contratado por eventuais subcontratações* que faça, autorizada pela Administração. Se a responsabilidade é sempre do contratado, então como admitir com dinheiro público a quem nem sequer é contratado? De duas uma: ou o legislador é um novo Nero, a incendiar Roma voluntariamente, ou devota ódio mortal ao direito. Quando alguém afirma ter vergonha de ser brasileiro, se falar tecnicamente poderá ser por realidades como esta. *Jamais em hipótese alguma, sob o pretexto que for, poderá a Administração pagar a quem não é seu contratado*, como subcontratado não é. Se o legislador não sabe o que faz nem o que escreve – e de um Congresso como o de 2003 a 2007 não se espera trabalho diferente -, alguém precisa saber o que faz" (destaque do autor).

<sup>144</sup> JUSTEN FILHO, op. cit., p. 118: "A subcontratação obrigatória não pode ser admitida nas hipóteses em que se configurar um vínculo de natureza personalíssima entre Administração Pública e particular contratado".

Em terceiro, a obrigatoriedade de subcontratar destoa do princípio constitucional da livre iniciativa<sup>145</sup> (arts. 1º, IV; 170, “caput”, CF). Eficaz e legal seria se a subcontratação das MPE´s ficasse no campo da estipular a faculdade, tal como fulcrado na atual Lei de Licitações (art. 72, 8.666/93). A obrigatoriedade limita, restringindo das empresas estabelecer os parâmetros técnico-operacionais de como determinada obra ou serviço deveriam ser executados/entregues.

Deste modo, **não se fazem atendidos os princípios da isonomia e economicidade na subcontratação obrigatória de MPE´s.**

#### 4.2.4.3 Fracionamento

O legislador aqui incorreu no mesmo equívoco mencionado no item 4.2.4.1 (Licitações Exclusivas). Trata-se de criar um tipo de licitações restritas. Independente de ser **licitação exclusiva para MPE** (guardada a cota dos 25%) ou **fracionamento interno do objeto** como exposto no item 2.2.2.3.

De qualquer forma, mesmo se considerado o fracionamento interno do objeto, como preceituado por Marçal Justen Filho, ainda assim somente participarão deste módulo as MPE´s. Não deixaria de haver uma subespécie de licitação ou um processo diferenciado dentro da licitação.

Tanto os princípios da isonomia quanto o da economicidade não foram contemplados. Os motivos são idênticos ao do que se esposou no item 4.2.4.1. Em suma, o processo licitatório levará à restrição indevida da disputa da disputa e

---

<sup>145</sup> TORRES, Ronny Charles Lopes de., op. cit., p. 387.

contratações mais onerosas<sup>146</sup>.

**O fracionamento** do art. 48, III da LC 123/06, deste modo, **é inconstitucional**.

#### **4.2.5 Das hipóteses de afastamento do tratamento diferenciado**

Prescreve o artigo 49 da LC 123/06, quatro hipóteses em que o tratamento diferenciado do art. 48 não se aplicaria.

Como já se posicionou nesta monografia pela inaplicabilidade prática dos artigos 47 e 48, além de doutrinariamente, foram taxados de inconstitucionais os incisos do art. 48, cada um por seus próprios motivos, grafa-se que a advertência do art. 49 é inócua.

Visando discussão acadêmica, verifique-se às hipóteses prescritas.

O inciso I do art. 49 traduz a necessidade de que o tratamento diferenciado e simplificado fosse previamente estipulado em Edital.

Outra hipótese (art. 49, II) assenta que é necessário no mínimo 3 (três) fornecedores “competitivos” sediados local ou regionalmente, capazes de cumprir as

---

<sup>146</sup> RIGOLIN, Ivan Barbosa, op. cit., p. 200, ataca a norma ao prescrever: “*O inciso III é de uma imoralidade sem tamanho*. Permite que o edital reserve uma parte do objeto (se for bens ou serviços divisíveis) a micro e pequenas empresas, pouco importando se o preço dessas foi excessivo ou mesmo muito superior ao da empresa vencedora. A lei permite exatamente isso, o que é sumamente deletério ao Poder Público, ou seja: desperdice-se dinheiro público com propostas que não sejam as melhores e mais vantajosas, apenas porque são de micro e de pequenas empresas. Neste ponto o legislador, se é que se deu conta do despautério da regra, perdeu por completo o senso comum e o pouco espírito que lhe restava, e o inciso deve merecer repúdio, o mais veemente, por parte de qualquer administrador sério” (destaque do autor).

exigências estabelecidas no instrumento convocatório. Primeiro, de se atacar a restrição de ordem local à norma proscria, vide sua absoluta inconstitucionalidade. Em segundo, a falta de praticidade do termo “competitivo” ao se referir às MPE’s. Qual será a definição de “competitivo” do legislador? Que oferte preços camaradas? Que não goste de perder? Enfim, não poderia ser mais atécnica a letra da Lei.

Depois de tanto criticar a norma, deve-se elogiar um lampejo de bom senso do legislador, no inciso III do art. 49. Lá está grafado que o tratamento diferenciado e simplificado não se aplicaria caso não fosse vantajoso para a Administração ou representasse prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado. Enfim, o princípio da economicidade foi lembrado. No entanto, conclui-se que o princípio da economicidade sempre deve ser contemplado, exceto quando abrandado constitucionalmente (item 4.2.2).

A advertência do art. 49, III serve para acoimar de ilegal e inconstitucional quase todas as disposições de licitações da LC 123/06, posto que, conforme demonstrado neste trabalho, o tratamento diferenciado e simplificado não é vantajoso e representa prejuízo nas contratações.

Por fim, o redundante legislador no inciso IV do art. 49, diz que não se aplica o tratamento diferenciado ou simplificado nas hipóteses de dispensa ou inexigibilidade de licitação, previstas nos arts. 24 e 25 da Lei de Licitações. Desnecessário o inciso, assim como a maior parte da LC 123 ora estudada.

#### **4.2.6 Tratamento diferenciado *versus* Princípios *versus* Aplicabilidade**

O último questionamento que merece ser enfrentado é o seguinte: Como conceder tratamento diferenciado nas licitações para MPE’s sem ferir os princípios da isonomia e economicidade?

Expôs-se no decorrer deste trabalho que os princípios constitucionais da isonomia e economicidade funcionam como freio ao legislador infraconstitucional, para que não vilipendie direitos, tanto para enfraquecer a disputa quanto para sobrepujar o interesse público sobre o privado.

Um a um, dir-se-á como se pode (ou não) conceder facilidades às MPE's:

a-) Da regularidade fiscal diferida (item 4.2.2)

Entende-se que o dispositivo dos arts. 42 e 43 atinente à regularidade fiscal é constitucional. Sua aplicabilidade encontra guarida nos princípios constitucionais tratados nesta monografia. A única salvaguarda para integral aplicabilidade da regularidade fiscal se restringe à exigência obrigatória no Edital de uma Declaração das MPE's que pretenderem fazer uso de tal beneplácito.

Evidente que decorrerão reflexos negativos da aplicação de dita legislação, como já exposto (por exemplo, atraso nas contratações, estímulo ao retardo no cumprimento das obrigações fiscais, etc). A norma em discussão é desacertada, de modo que, o administrador público deverá prever critérios objetivos e sérios para punir severamente àqueles licitantes inconvenientes que usem de tal artifício indevidamente.

b-) Do empate ficto e critério de desempate (item 4.2.3)

A regra do empate ficto é inadequada, porém, o que tornam os artigos 44 e 45 inconstitucionais são os critérios de desempate.

A única forma de adequar os dispositivos ao princípio da isonomia seria interpretá-los conforme a constituição. Assim, não se afastaria o empate ficto das MPE's, por outro lado, ampliar-se-ia tal empate também para as não-MPE's, e todas elas participariam da disputa, nos mesmos moldes da fase de lances do pregão, até que se atinja o melhor preço (desde que não inexecuível). Ganham todos os

licitantes (inclusive não-MPE's). O processo é isonômico e o interesse público se faz observado.

c-) Das licitações exclusivas, subcontratação e fracionamento (item 4.2.4 e seguintes)

Como defendido nos itens 4.2.4.1, 4.2.4.2 e 4.2.4.3, o tratamento diferenciado para as MPE's nas hipóteses de licitações exclusivas, subcontratação e fracionamento não podem ser aplicados.

Os princípios da isonomia e da economicidade não são contemplados nestes itens e não há forma hermenêutica de salvar os artigos 47, 48 e 49 da LC 123/06. Como o tratamento diferenciado das MPE's em citados dispositivos, é conferido como uma faculdade ao agente público, basta ao Administrador quedar-se inerte, e não realizar licitações contemplando tais questões.



## CONCLUSÃO

O objetivo da Lei Geral das MPE's, especialmente quando versa sobre o tratamento diferenciado, é aumentar o percentual de contratações públicas para estas empresas, que hoje, não significam nem 10% das compras governamentais, visando atingir um percentual próximo de 25%, representando R\$ 20 bilhões adicionais<sup>147</sup>. No Brasil, de acordo com o IBGE, existem 14,8 milhões de micro e pequenas – 4,5 milhões formais e 10,3 milhões informais – que respondem por 28,7 milhões de empregos, por 99,23% dos negócios do país<sup>148</sup>, 67% das ocupações [postos de trabalho] e tais negócios equivalem a 20% do PIB (Produto Interno Bruto)<sup>149</sup>.

Apenas na cidade de Ribeirão Preto (SP), estão formalmente constituídas 31.276 MPE's, nos ramos comercial, industrial, de serviços e agricultura<sup>150</sup>.

Segundo dados do SEBRAE, **27% das MPE's constituídas** fecham em menos de 1 ano. Em dados concretos, do ano de 2006 foram encerradas 81 mil empresas, o que acarretou no desemprego de 267 mil pessoas, e perda financeira

---

<sup>147</sup> São Paulo beneficia micros nas licitações: Compras públicas Estado é oitavo do país a regulamentar legislação federal, Diário Oficial do Estado de 11.07.2008, disponível em <http://www.boxnet.com.br/IMESP/PDF/20080711/estado/07.pdf>, acessado em 26 de janeiro de 2009.

<sup>148</sup> Informações tiradas de [http://www.sebrae.com.br/customizado/sebrae/integra\\_bia?ident\\_unico=1129](http://www.sebrae.com.br/customizado/sebrae/integra_bia?ident_unico=1129), acessado em 26 de janeiro de 2009.

<sup>149</sup> Disponível em [http://www.sebraesp.com.br/conhecendo\\_mpe](http://www.sebraesp.com.br/conhecendo_mpe), acessado em 26 de janeiro de 2009.

<sup>150</sup> Estatísticas atualizada até fev/07 disponível em [http://www.sebraesp.com.br/sites/default/files/MPES/2007/m490\\_rib.pdf](http://www.sebraesp.com.br/sites/default/files/MPES/2007/m490_rib.pdf), acessado em 26 de janeiro de 2009.

total de R\$ 15,7 bilhões<sup>151</sup>.

As políticas governamentais de apoio às MPE's são consideradas importantes para, em média, 25% dos entrevistados ao se considerar como fator mais importante para sobrevivência das empresas<sup>152</sup>.

Quando se avalia a razão para o fechamento das MPE's, dos entrevistados, apenas 6% consideram que a "concorrência forte" foi um fator vital para a falência. Ainda, considerando os motivos úteis para evitar o fechamento, os entrevistados alegaram: que o apoio do governo faz falta (12%); que faltou clientes (2%) e que faltou acesso aos mercados (2%). Ou seja, ao se avaliar os números oficiais do SEBRAE/SP (Serviço de Apoio às Micro e Pequenas Empresas de São Paulo), **as MPE's que reclamam de falta de clientes e/ou mercados são apenas 4% dos entrevistados**. Para as demais, é mais preocupante, por exemplo, o empréstimo bancário (28%), e a consultoria empresarial (18%), etc.

Portanto, o motivo sob o qual se consubstancia a LC 123/06, de aumentar a participação das MPE's nas compras governamentais, não é de todo correto. É certo que elas não detêm participação substancial nas contratações públicas. No entanto, segundo informado pelas próprias MPE's legalmente constituídas, o problema de mercado ou de clientes é pouco substancial.

As MPE's não-constituídas formalmente (que representam mais do que o dobro das constituídas) sequer poderiam cogitar participar de certames públicos, tampouco, facilidades para melhor concorrerem. Estas estão em um estágio embrionário, trabalhando informalmente, e não teriam condições de adentrar ao processo licitatório, quiçá com facilidades. Cabe ao Poder Público, primeiramente, incluí-las na formalidade, criando condições justas e atrativas para que recolham os

---

<sup>151</sup> Taxa de mortalidade de Micro e Pequenas Empresas, disponível em [http://www.sebraesp.com.br/sites/default/files/mortalidade\\_2006\\_2007.pdf](http://www.sebraesp.com.br/sites/default/files/mortalidade_2006_2007.pdf), acessado em 26 de janeiro de 2009.

<sup>152</sup> Ibidem.

tributos correspondentes.

Por ora, está-se a tratar de facilitações das MPE's para alavancarem contratos públicos.

O tratamento simplificado às MPE's é uma norma constitucional, no entanto, o âmbito das benesses é consubstanciado nas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias. Também inegável é o fato de que o tratamento favorecido às MPE's é um princípio geral da atividade econômica.

Pois bem. Acima do interesse privado, do desenvolvimento econômico de entidades privadas está o Estado. O Poder Público detém supremacia sobre o privado, até para poder estimulá-lo. E certas políticas públicas (como a que se pretende pela LC 123) se afiguram absolutamente equivocadas, tanto do ponto de vista fático quanto jurídico.

Segundo a linha doutrinária do Professor Miguel Reale, em sua teoria mais famosa, tridimensionalidade do direito, o direito é composto por fato, valor e norma<sup>153</sup>. Se para as MPE's a falta de acesso a mercados e mais propriamente, de compras públicas, **não se afiguram relevantes do ponto de vista fático** (apenas 4% consideram problemático), a diferenciação delas nas licitações públicas é **equivocada**, no sentido de que sua norma é vazia, incompleta. Não se traduz um direito justo, segundo a concepção realiana, os artigos que versam sobre licitação pública na LC 123.

---

<sup>153</sup> Miguel Reale, **Teoria Tridimensional do Direito**, 5. ed., Editora Saraiva: São Paulo, 2003, p. 75: Em suma, o termo "tridimensional" pode ser compreendido como traduzindo um processo dialético, no qual o elemento normativo integra em si e supera a correlação fático axiológica, podendo a norma, por sua vez, converte-se em fato, em um ulterior momento do processo, mas somente com referência e em função de uma nova integração normativa determinada por novas exigências axiológicas e novas intercorrências fáticas. Desse modo, quer se considere a experiência jurídica, estaticamente, na sua estrutura, quer em sua funcionalidade, ou projeção histórica, verifica-se que ela só pode ser compreendida em termos de normativismo concreto, consubstanciado-se nas regras de direito toda a gama de valores, interesses e motivos de que se compõe a vida humana, e que o intérprete deve procurar captar, não apenas segundo as significações particulares emergentes da "praxis social", mas também na unidade sistemática e objetiva do ordenamento vigente.

Do ponto de vista jurídico, quando a LC 123/06 se imiscuiu em licitações públicas, no título “acesso a mercados”, também houve falhas gritantes, tanto pela ausência da melhor técnica legislativa (com relação à sistemática de licitações, quebra de lógica, etc), quanto por ferir a Constituição Federal em certas ocasiões.

A intenção do legislador pode ter sido louvável, no entanto, o resultado final não foi favorável do ponto de vista do interesse público.

As licitações públicas através da LC 123/06 ficarão mais prolongadas, e ao invés de se continuar na esteira da otimização e ampliação da disputa (disseminada com o crescente uso do Pregão), o processo de compras tornar-se-á muito mais complexo<sup>154</sup>. Se as MPE's não participavam dos certames por falta de capacitação técnica, entende-se que as supostas facilitações podem trazer, em verdade, dificuldades. Por exemplo, caso uma MPE decida participar de um certame sem que sua regularidade fiscal esteja quite, poderá vir a ter problemas caso firme declaração em sentido oposto, e não logre resultado (em regularizar seus débitos fiscais), o que pode gerar uma série de punições cíveis, administrativas e até criminais.

Além disso, a restrição à competitividade gerada pela LC 123/06 fere direitos de outras empresas, gerando efeitos indesejáveis não só à Administração Pública (contratações mais onerosas), quanto aos empresários (que desestimular-se-ão a participar de certames em razão da formação de privilégios às MPE's).

O Poder Público não pode subsidiar o desenvolvimento de negócios incertos, mediante contratação de MPE's, somente pelo fato de serem MPE's. Existem outras políticas públicas muito mais efetivas do que o mau gasto dos recursos públicos. Não há certezas de que a sociedade seja recompensada com contratações onerosas. E pior, tratam-se de subsídios ocultos, pois a sociedade não terá conhecimento do real impacto que a contratação privilegiada das MPE's gerará ao erário. Marçal Justen Filho ainda faz outro alerta, quando diz que “a utilização de

---

<sup>154</sup> Corroborar JUSTEN FILHO, op. cit., p. 145.

contrato administrativo como instrumento para o fomento de atividades econômicas e redução de desigualdades sociais e econômicas traz em si um risco potencial de ampliação da ineficiência do sistema produtivo<sup>155</sup>.

A introdução das MPE's nas contratações públicas não se faz facilitada com a LC 123. Tampouco contratos públicos são mais benéficos do que os privados. Ao contrário, pois para contratar com o Poder Público exige-se uma série de formalidades, seja na contratação, seja até para liquidar o devido (sendo, via de regra, com um espaço de tempo de no mínimo 30 dias, podendo chegar até a 90 dias de atraso sem qualquer sanção à Administração – art. 78, XV, da Lei n. 8.666/93). Contratar com o Poder Público exige preparo, capacitação técnica e financeira.

Seria muito mais racional se o Poder Público promovesse drásticas reduções tributárias<sup>156</sup>, estimulasse a concessão de linhas de crédito subsidiados, facilitasse a formalização das empresas, criasse incentivos diretos à formalização dos trabalhadores (com a desoneração da folha salarial), incrementasse as atividades e produtos, desde a elaboração até a logística visando ampliar o mercado externo, etc.

Estas sim são preocupações reais dos micro e pequenos empresários e seriam medidas efetivas a consagrá-las como um vetor econômico brasileiro (afinal hoje representam 20% do PIB brasileiro e tem absoluto potencial de significar muito mais). Até porque, o montante envolvido nas relações privadas são muito superiores do que é despendido nas relações com o Poder Público<sup>157</sup>. O caminho para que a MPE participe de certames públicos decorreria naturalmente. Não há necessidade

---

<sup>155</sup> Op. cit., pp. 146-147.

<sup>156</sup> Como salientado por JUSTEN FILHO, op. cit., p. 145: "Ao desonerar tributariamente a pequena empresa, o Estado reduz os custos dela – o que é providência bastante e suficiente para assegurar sua proteção. A pequena empresa adquire vantagem competitiva em face dos demais licitantes, eis que os seus custos tributários passam a ser muito menores. Logo, a proposta formulada pela pequena empresa apresentará valor mais reduzido, o que lhe assegurará a vitória na licitação. Não há necessidade de assegurar à pequena empresa o privilégio da regularização fiscal tardia, especialmente quando a entidade se sujeita a carga tributária menor. Nem existe sentido em ser a ela facultada a prerrogativa de introduzir inovações supervenientemente em sua proposta. Muito menos cabível é a consagração dessa figura complexa de licitações diferenciadas, norteadas por cláusulas restritivas".

<sup>157</sup> TORRES, Ronny Charles Lopes de, op. cit., p. 386.

de estímulos inócuos e ilegais.

Pois, com o estímulo da LC 123/06, estar-se-ia no jogo do ganha-perde, no qual, o ganhador é a MPE às custas dos perdedores, o Estado e demais empresas. Melhor é a dinâmica do **ganha-ganha**<sup>158</sup>, no qual a MPE afigura um contrato público, e o Estado tenha para si uma contratação justa, não onerosa, sem desprivilegiar outras empresas, que participaram da disputa, que não lograram êxito naturalmente, e não de forma induzida/facilitada. Todos podem sair satisfeitos da disputa, da relação comercial empreendida com o Poder Público.

A Administração Pública deve estabelecer parâmetros à fiel execução de suas Leis. No topo das normas, está a Constituição Federal. Abaixo estão as leis infraconstitucionais. Se por acaso, determinada lei infringir a Carta, não há que se esperar a manifestação final do Poder Judiciário. O administrador deve agir prontamente, visando garantir o bem maior.

Na esfera municipal, a autoridade maior é o Prefeito Municipal. O **Gerente de Cidades**, como braço direito e auxiliar do Poder Executivo deve ter ampla cognição daquilo que deve ou não ser empreendido. Uma legislação lesiva aos interesses da Administração pode ser diagnosticada e a melhor aplicação do direito, eventualmente, incidida. Os valores constitucionais, como a supremacia do interesse público sobre o privado, são soberanos.

Portanto, conclui-se pela impropriedade da disciplina na LC 123/06 na seara de licitações públicas, constituindo dita Lei a um verdadeiro retrocesso. Alguns dos dispositivos se aplicam, outros podem ser aplicáveis mediante interpretação

---

<sup>158</sup> Inspirada na técnica de negociação de Ronald Shapiro e Mark A. Jankowski preconizada no livro *The Power of Nice: How to Negotiate So Everyone Wins – Especially You!*, New York: John Wiley & Sons, Inc., 1998, Revised Edition 2001, no qual se assevera no original: “The best way to get what you want is to help the other side get what they want” (p. 249), disponibilizado em BAKER, John, Reader’s Review of *The Power of Nice: How to Negotiate So Everyone Wins – Especially You!*, **The Negotiator Magazine** no sítio [http://www.negotiator magazine.com/article267\\_1.html](http://www.negotiator magazine.com/article267_1.html), acessado em 5 de fevereiro de 2009.

conforme à Constituição, enquanto que para outros, o Administrador Público deverá ter-giversá-los.

O problema formulado nesta monografia consistia em saber se o princípio da isonomia e a economicidade nas contratações públicas se faziam presentes nas licitações diferenciadas previstas na Lei Geral da Micro e Pequena Empresa, com a viabilidade de incidência desta regra na Administração Pública.

As hipóteses arguidas para responder à problemática desta monografia foram consideradas a cada um dos dispositivos analisados.

Acerca da regularidade diferida (itens 2.2.2.1, 4.2.2 e 4.2.6), nenhuma das hipóteses formuladas responde à problemática. Isto porque, embora a primeira hipótese seja correta (atendimento aos princípios da isonomia e economicidade em sua acepção abrandada), a justificativa da hipótese no que tange ao princípio da economicidade está incorreta. A incorreção reside no fato de que o abrandamento do princípio da economicidade não gera obrigatoriamente benefícios à determinada localidade com eliminação das desigualdades regionais ou a promoção do desenvolvimento econômico e social. O amainamento do princípio da economicidade encontra guarida na permissibilidade aludida pela Constituição Federal (arts. 170, IX e 179). Lá se preveem condições diferenciadas às MPE's e por esses motivos, a norma constitucional valorou como importante evitar a restrição de MPE's por razões administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias. Assim, a justificativa correta que o presente trabalho propicia, é considerar a norma da regularidade fiscal de acordo com a Constituição, pois obedecido o princípio da isonomia (nos termos da hipótese inicialmente proposta), bem como o princípio da economicidade (mitigado ou lido em sua acepção branda, em razão da valoração constitucional pela simplificação de ordem tributária, não colidente por outro dispositivo – mormente aceito pelo art. 37, XXI da Carta).

No que tange ao empate ficto e critérios de desempate (itens 4.2.3 e 4.2.6, alínea "b"), considerou-se inconstitucional a norma lida em sua acepção pura. A

norma respeita o princípio da economicidade, pois propicia contratação mais vantajosa do que a original (afinal, a MPE deverá baixar a proposta da não-MPE). Por outro lado, o princípio da isonomia é ferido, conforme exposto durante o trabalho (item 4.2.3). Portanto, as hipóteses sufragadas na metodologia não atendem às conclusões deste trabalho. Ademais, aventa-se a possibilidade de interpretar a norma de acordo com a Constituição, de forma a incidi-la, com eficácia legal (item 4.2.3, “in fine”).

A última hipótese levantada foi a que melhor se amoldou ao estudo como um todo. Ela recepciona a problemática sobre o tratamento diferenciado abordado nos itens 2.2.2.3, 4.2.4 e 4.2.6 “c”. Consiste a hipótese em considerar o seguinte: o princípio da isonomia não é atendido, sendo que o tratamento diferenciado na Lei Geral da Micro e Pequena Empresa, gera segmentação inconstitucional e a economicidade nas contratações públicas é prejudicada pela restrição do universo de competidores, que poderá gerar maior dispêndio de recursos em consequência.

Ante o exposto, com estas considerações, procurou-se com coerência dogmática aludir a aplicabilidade da Lei Geral da Micro e Pequena Empresa nas licitações públicas, tratando-a sob a ótica do Administrador Público, e mais especificamente, do Gerente de Cidades.



## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAHIA, **Portal do Servidor do Estado da Bahia**, Eficácia da nova lei de licitações baiana domina debate em congresso, [http://www.portaldoservidor.ba.gov.br/nonline\\_view.asp?cod=86](http://www.portaldoservidor.ba.gov.br/nonline_view.asp?cod=86).

BAHIA. **Lei Estadual n. 9.433**, de 01 de março de 2005. Disponível em [http://www.pm.ba.gov.br/Legis/lei\\_licitacoes\\_9433.pdf](http://www.pm.ba.gov.br/Legis/lei_licitacoes_9433.pdf), acessado em 20 de agosto de 2008.

BAKER, John, Reader's Review of *The Power of Nice: How to Negotiate So Everyone Wins – Especially You!*, **The Negotiator Magazine** no sítio [http://www.negotiatormagazine.com/article267\\_1.html](http://www.negotiatormagazine.com/article267_1.html), acessado em 5 de fevereiro de 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Diferentes mais iguais: O reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil**. Artigo Jurídico. Disponível em <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/diferentesmaisiguais.pdf>, acessado em 07 de janeiro de 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1978.

BRASIL. **Decreto n.º 2.926** de 14 de maio de 1862 <http://www.conlicitacao.com.br/historia/decreto2926.php>, acessado em 24 de novembro de 2007.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, Senado, 1988.

\_\_\_\_\_. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, de 18 de setembro de 1946, disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constitui%C3%A7ao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constitui%C3%A7ao46.htm), acessado em 20 de agosto de 2008.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 41.019**, de 26 de fevereiro de 1957. Disponível em <http://www2.camara.gov.br/internet/legislacao/legin.html/visualizarNorma.html?ideNorma=380053&PalavrasDestaque=>, acessado em 20 de agosto de 2008.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 4.320**, de 17 de março de 1964. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L4320.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4320.htm), acessado em 20 de agosto de 2008.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 4.401**, de 10 de setembro de 1964. Disponível em <http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=115033>, acessado em 20 de agosto de 2008.

\_\_\_\_\_. **Decreto-lei nº 200**, de 25 de fevereiro de 1967. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/Ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del0200.htm](http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/Decreto-Lei/Del0200.htm), acessado em 20 de agosto de 2008.

\_\_\_\_\_. **Decreto 73.140**, de 09 de novembro de 1973. Disponível em [www6.senado.gov.br/sicon/ListaReferencias.action?codigoBase=2&codigoDocumento=202654](http://www6.senado.gov.br/sicon/ListaReferencias.action?codigoBase=2&codigoDocumento=202654), acessado em 20 de agosto de 2008.

\_\_\_\_\_. **Decreto-Lei nº 2.300**, de 21 de novembro de 1986. Disponível em <http://www3.dataprev.gov.br/SISLEX/paginas/24/1986/2300.htm>, acessado em 20 de agosto de 2008.

\_\_\_\_\_. **Lei Federal nº 8.248**, de 23 de outubro de 1991. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8248.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8248.htm), acessado em 24 de novembro de 2008.

\_\_\_\_\_. **Lei Federal n. 8.443**, de 16 de julho de 1992, disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8443.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8443.htm), acessado em 20 de agosto de 2008.

\_\_\_\_\_. **Lei Federal n. 8.666**, de 21 de junho de 1993. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 24 de novembro de 2007.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.472**, de 16 de julho de 1997. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L9472.htm>, em 20 de agosto de 2008.

\_\_\_\_\_. **Medida Provisória n.o 2.026-4**, de 28 de agosto de 2000. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/MPV/Antigas/2026-4.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/Antigas/2026-4.htm), acessado em 20 de agosto de 2008.

\_\_\_\_\_. **Lei Federal n. 10.520**, de 17 de julho de 2002. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10520.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10520.htm), acessado em 20 de agosto de 2008.

\_\_\_\_\_. **Lei Complementar n. 126**, de 14 de dezembro de 2006. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acessado em 24 de novembro de 2007.

BITTENCOURT, Sidney. **As licitações públicas e o estatuto das microempresas**. Rio de Janeiro: Temas & Idéias, 2007.

BUGARIN, Paulo. **O Princípio Constitucional da Economicidade na Jurisprudência do Tribunal de Contas da União**, Belo Horizonte: Fórum, 2004

CHARLES, Ronny. **Leis de Licitações Públicas Comentadas**. Bahia: JusPODIVM, 2008.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CONLICITACAO. Sítio do Consórcio Nacional de Licitação. **Decreto n.º 2.926 de 14 de maio de 1862**, Disponível em <http://www.conlicitacao.com.br/historia/decreto2926.php>, acessado em 2 de setembro de 2008.

COPOLA, Gina. A Participação das Cooperativas em Licitações: O direito de Preferência previsto pela Lei Federal n. 11.488, de 15 de junho de 2007. **Revista de Direito Administrativo (RDA)**, 21, setembro de 2007.

CRETELA JR., José. **Das licitações públicas: comentários à Lei Federal n. 8.666, de 21 de junho de 1993**, 16. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999.

DALLARI, Adílson Abreu. **Aspectos jurídicos da licitação**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Temas Polêmicos sobre Licitações e Contratos**, 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998

\_\_\_\_\_. **Direito Administrativo**. 14ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.

ESTADOS UNIDOS. **Small Business Act** – Public Law 83-163, 67 Stat. 232. Disponível em <http://www.sba.gov/regulations/sbaact/sbaact.html>, acessado em 08 de janeiro de 2009.

ESTEVAM, Luís, **Análise da economicidade**, disponível em <http://tcenet.tce.go.gov.br/Downloads/Arquivos/000048/Economicidade.pdf>, acessado em 24 de outubro de 2008.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby, **Parecer Jurídico** JUJF–Julho/2007, Regulamentação dos direitos das Microempresas e Empresas de pequeno porte quanto à aplicabilidade da Lei Complementar nº 123/2006– e as inovações introduzidas nas licitações e contratos administrativos. [http://www.valeriacordeiro.pro.br/meepp/PARECER\\_JUJF\\_SEBRAE\\_MEs\\_e\\_EPPs.pdf](http://www.valeriacordeiro.pro.br/meepp/PARECER_JUJF_SEBRAE_MEs_e_EPPs.pdf), acessado em 26 de janeiro de 2009.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**, 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

FIGUEIREDO, Marcelo. **O controle da moralidade na Constituição**. São Paulo: Malheiros, 1999.

GASPARINI, Diógenes, **Direito Administrativo**, 4. ed., São Paulo: Saraiva, 1995.

GRAMSTRUP, Erik Frederico. **O princípio da igualdade**. Artigo Jurídico. Disponível em <http://www.hottopos.com/videtur17/erik.htm>, acessado em 07 de janeiro de 2009.

HOUAISS, Antônio. **Dicionário Houaiss Eletrônico**, Disponível em <http://houaiss.uol.com.br/busca.ihtm?verbete=economicidade&stype=k>, acessado em 24.10.2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. **O Estatuto da Microempresa e as Licitações Públicas**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2007.

\_\_\_\_\_. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 9. ed. São Paulo: Dialética, 2002.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**, 10 ed., São Paulo, Método, 2006

LIMA, Jonas. **Licitações para pequenas empresas: novidade da década de 40**. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1364, 27 mar. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9655>>. Acessado em 08 de janeiro de 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 27. ed., São Paulo: Malheiros, 2002.

\_\_\_\_\_. **Licitação e Contrato Administrativo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Administrativo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

\_\_\_\_\_. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**, 3 ed., São Paulo: Malheiros, 2008

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**, 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2007

MENDES, Gilmar. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº. 5, agosto, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acessado em 27 de janeiro de 2009.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Curso de Direito Administrativo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

MUKAI, Toshio. **Licitações: as prerrogativas da administração e os direitos das empresas concorrentes**, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

NERY JR., Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**, 8. Ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004.

NOVO MILÊNIO. Jornal Eletrônico. **História do porto de Santos 4**, Começam as obras. <http://www.novomilenio.inf.br/porto/portoh04.htm>.

NUNES JUNIOR, Amandino Teixeira. A moderna interpretação constitucional . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 60, nov. 2002. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3497>>. Acesso em: 15 jan. 2009.

PALAVÉRI, Marcelo. **A lei da microempresa e as licitações públicas municipais**. São Paulo: Mageart, 2007.

PEREIRA Jr., Jessé Torres. **Comentários à Lei das licitações e contratações da Administração Pública**. 6. ed. São Paulo: Renovar, 2003.

REALE, Miguel, **Fundamentos do direito**. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998

\_\_\_\_\_. **Teoria Tridimensional do Direito**, 5. ed., Editora Saraiva: São Paulo, 2003

RIGOLIN, Ivan Barbosa. **Micro e Pequenas Empresas em Licitação – a LC 123, de 14.12.2006 – Comentários aos Arts. 42 a 49**, Revista IOB de Direito Administrativo, Ano II, n. 14, fev. 2007.

ROSA, Renata Porto de Adri et al. **Princípios informadores do direito administrativo**. São Paulo: NDJ, 1997.

SANTOS, José Anacleto Abduch. **Licitações e o Estatuto da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte**. Curitiba: Juruá, 2008.

SÃO PAULO. Lei Estadual n. 13.121, de 07 de julho de 2008. Disponível em <http://www.pregao.sp.gov.br/noticias/MostraNoti.asp?par=523>, acessado em 20 de agosto de 2008.

\_\_\_\_\_. **Relatório sobre Pregão no Estado de São Paulo**, Portal do Estado de São Paulo, disponível em <http://www.cadastro.pregao.sp.gov.br/ua024000.nsf/Relatorios?ReadForm&tipo=2>, acessado em em 4 de fevereiro de 2009.

\_\_\_\_\_. **BEC – Ambiente Eletrônico de Contratações**, Portal do Estado de São Paulo, disponível em <http://www.bec.sp.gov.br/publico/asp/Home.aspx>, acessado em 4 de fevereiro de 2009.

\_\_\_\_\_. **São Paulo beneficia micros nas licitações**: Compras públicas Estado é oitavo do país a regulamentar legislação federal, Diário Oficial do Estado de 11.07.2008, disponível em <http://www.boxnet.com.br/IMESP/PDF/20080711/estado/07.pdf>, acessado em 26 de janeiro de 2009.

SEBRAE. **Serviço Brasileira de Apoio às Micro e Pequenas Empresas**. Disponível em [http://www.sebrae.com.br/customizado/sebrae/integra\\_bia?ident\\_unico=1129](http://www.sebrae.com.br/customizado/sebrae/integra_bia?ident_unico=1129), acessado em 26 de janeiro de 2009.

SEBRAESP. **Serviço Brasileira de Apoio às Micro e Pequenas Empresas do Estado de São Paulo**. Disponível em [http://www.sebraesp.com.br/conhecendo\\_mpe](http://www.sebraesp.com.br/conhecendo_mpe), acessado em 26 de janeiro de 2009.

SCARPINO JUNIOR, Luiz Eugenio. **Pregão como modalidade inovadora nas licitações públicas**. Ribeirão Preto, 2004, 89 p. Monografia Jurídica, Universidade de Ribeirão Preto.

SCARPINELLA, Vera. **Licitação na modalidade pregão**. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, Marcelo Amaral da. **Digressões acerca do princípio constitucional da igualdade**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 66, jun. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4143>>. Acessado em 07 de janeiro de 2009.

VILHENA, Renata. **O governo em rede**, disponível em [http://www1.serpro.gov.br/publicacoes/tema/158/T151\\_04.HTM](http://www1.serpro.gov.br/publicacoes/tema/158/T151_04.HTM), acessado em 4 de fevereiro de 2009.