

**FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE SERGIPE
BACHAREL EM DIREITO**

VALDINEIDE SILVA SANTANA

**AS MICROS E PEQUENAS EMPRESAS (ME) E AS EMPRESAS DE
PEQUENO PORTE (EPP) E SUA PARTICIPAÇÃO DIFERENCIADA NOS
PROCESSOS LICITATÓRIOS.**

**ARACAJU (SE)
2018**

VALDINEIDE SILVA SANTANA

**AS MICROS E PEQUENASS EMPRESAS (ME) E AS EMPRESAS DE
PEQUENO PORTE (EPP) E SUA PARTICIPAÇÃO DIFERENCIADA NOS
PROCESSOS DE LICITATÓRIOS.**

Monografia apresentada a Faculdade de
Administração e Negócios de Sergipe –
FANESE, como requisito parcial e
conclusão do curso de Bacharelado em
Direito.

Orientador:

Prof. Msc. Emerson Charles Pracz

**ARACAJU (SE)
2018**



S231m SANTANA, Valdineide Silva.

As Micros E Pequenas Empresas (ME) E As Empresas De Pequeno Porte (EPP) E Sua Participação Diferenciada Nos Processos Licitatórios/ Valdineide Silva Santana; Aracaju, 2018. 53 f.

Monografia (Graduação) – Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe. Coordenação de Direito.

Orientador: Prof. Me. Emerson Charles Praciz

1. Licitação 2. Administração Pública 3. Legislação 4. Tratamento Diferenciado 5. Lei Complementar nº 123/2006 6. Isonomia I.Título. CDU 342.4(813.7)

Elaborada pela Bibliotecária Lícia de Oliveira CRB-5/1255

VALDINEIDE SILVA SANTANA

**AS MICROS E PEQUENASS EMPRESAS (ME) E AS EMPRESAS DE
PEQUENO PORTE (EPP) E SUA PARTICIPAÇÃO DIFERENCIADA NOS
PROCESSOS DE LICITATÓRIOS.**

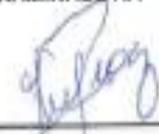
Monografia apresentada à
Faculdade de Administração e
Negócios de Sergipe - FANESE,
como requisito parcial e conclusão
do curso de Bacharelado em Direito.

Orientador:

Prof. MSC. Emerson Charles Pracz

Aprovada em: 01 de 12 de 2018,

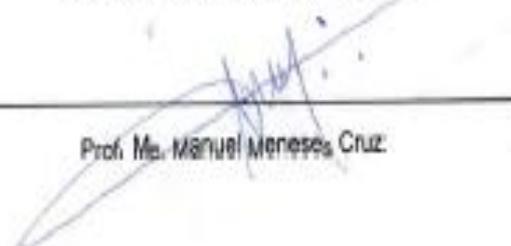
BANCA EXAMINADORA



Prof. MSC. Emerson Charles Pracz



Prof. Esp. Luiz Ricardo Pinto Ribeiro



Prof. Ms. Manuel Meneses Cruz

Dedico este trabalho aos meus digníssimos Pais, que com amor aquecem a minha alma e me ensinaram a ver luz, mesmo onde só existiam trevas.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao Universo, pelo tudo e pelo nada e a Deus, que é a “Força Sublime” que existe dentro de nós.

Gratidão por essa vida, que é maravilhosa, cheia de mistérios e surpresas, com roteiro imprevisível, onde somos os grandes autores do nosso próprio destino.

Gratidão eterna aos meus pais, meus anjos, meus amores, que tanto acreditam e investem nos meus sonhos, confiando na minha vitória, apoiando-me e cuidando de mim como a sua “eterna menina”.

Gratidão em especial ao meu Ilustre Orientador, Prof. Msc. Emerson Charles Pracz, que me motivou a concluir esta graduação, quando as dificuldades me desestimularam. Este ser humano maravilhoso, que me estendeu a mão em um momento tão difícil, me incentivando a vencer os obstáculos e a não desistir de mim mesma.

Agradeço aos professores que me transmitiram seus ensinamentos com dedicação e esmero e pelo cuidado que por vezes recebi ao longo dessa jornada.

Gratidão a minha amiga Vanesa, a quem tenho muita admiração, por ser uma mulher virtuosa, bondosa, cheia de alegria e Amor de Deus.

Agradeço a todas as pessoas, aos amigos e familiares, que de alguma forma contribuíram para mais esta vitória na minha vida, com palavras de apoio e estímulo e ações. Aos colegas das diversas turmas pelas quais passei, com suas colaborações para a minha conclusão acadêmica.

EPIGRÁFE

“Nós devemos aprender a viver juntos como irmãos, ou pereceremos juntos como tolos”.

Martin Luther King

RESUMO

A Licitação é o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse. Como procedimento, desenvolve-se através de uma sucessão ordenada de atos vinculantes para a Administração Pública e para os licitantes, propiciando igual oportunidade a todos os interessados e atuando como fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos. O estudo em questão tem como objetivo principal as Microempresas (ME) e as Empresas de Pequeno Porte (EPP), suas características e especificações e participação dentro do processo licitatório, versando sobre o tratamento diferenciado que lhes é prestado, frente às demais empresas licitantes, uma vez que gozam de benefícios trazidos em lei específica, que é a Lei Complementar nº 123/2006. Dissertar sobre a jurisprudência e a doutrina atualizadas sobre a licitação dentro da Administração Pública, que contribui para aproximar o administrador da legalidade, tendo assim, função específica de transmitir informações capazes de impor segurança na realização e concretização das várias fases do procedimento licitatório, assegurando maior confiança nas relações entre administradores e interessados no processo, mais precisamente os licitantes. Em síntese, foram considerados os critérios que a Administração Pública deve observar para promover a melhor contratação possível em se tratando de processos licitatórios, atendendo com isonomia, razoabilidade e proporcionalidade inerentes aos princípios da Administração Pública, que são: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência.

Palavras-chave: Licitação. Administração Pública. Legislação. Tratamento Diferenciado. Lei Complementar nº 123/2006. Isonomia.

ABSTRACT

The Bid is the administrative procedure through which the Public Administration selects the most advantageous bid for the contract of interest. As a procedure, it is developed through an orderly sequence of acts binding on the Public Administration and bidders, providing equal opportunity to all interested parties and acting as a factor of efficiency and morality in administrative affairs. The main objective of this study is Micro-enterprises (ME) and Small Enterprises (EPP), their characteristics and specifications and participation in the bidding process, dealing with the differential treatment provided to them, in relation to other bidders, since they enjoy benefits brought by a specific law, which is Complementary Law 123/2006. Dissertation on up-to-date jurisprudence and doctrine on bidding within the Public Administration, which contributes to bring the administrator closer to legality, thus having a specific function of transmitting information capable of imposing security in the execution and execution of the various phases of the bidding process, ensuring greater trust in the relationships between managers and stakeholders in the process, more precisely the bidders. In summary, the criteria that the Public Administration must observe in order to promote the best possible contracting in relation to bidding processes, given the isonomy, reasonableness and proportionality inherent to the principles of Public Administration, which are: legality, impersonality, morality, publicity , efficiency.

Keywords: Bidding. Public administration. Legislation. Differential Treatment. Complementary Law nº 123/2006. Isonomy.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

- **ART** - Artigo
- **CF** – Constituição Federal
- **EPP** - Empresa de Pequeno Porte
- **LC** - Lei Complementar
- **ME** - Microempresa
- **EPP** - Empresa de Pequeno Porte
- **STF** – Supremo Tribunal federal
- **ADINs** - Ações Diretas de Inconstitucionalidade

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 LICITAÇÕES PÚBLICAS: GENERALIDADES	14
2 PRINCÍPIOS BÁSICOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	19
2.1 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE	19
2.2 PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE	20
2.3 PRINCÍPIO DA MORALIDADE	21
2.4 PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE DE SEUS ATOS	22
2.5 PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA.....	23
2.6 PRINCÍPIO DA IGUALDADE ENTRE OS LICITANTES	23
2.7 PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO EDITAL	25
2.8 PRINCÍPIO DO JULGAMENTO OBJETIVO	26
2.9 PRINCÍPIO DA PROIBIDADE ADMINISTRATIVA.....	27
3 MODALIDADES DE LICITAÇÃO PREVISTAS NA LEI 8.666/93	28
3.1 CONVITE	29
3.2 CONCORRÊNCIA	30
3.3 CONCURSO	30
3.4 TOMADA DE PREÇOS	31
3.5 LEILÃO	32
3.6 PREGÃO ELETRÔNICO	33
4 OS LICITANTES/PARTES DO PROCESSO	35
5 O TRATAMENTO DIFERENCIADO ÀS MICROEMPRESAS (ME) E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE (EPP) NO CERTAME LICITATÓRIO	38
5.1 A GARANTIA CONSTITUCIONAL DADA ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS	39
5.2 ORDEM ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	42
5.3 PRINCÍPIO DO TRATAMENTO FAVORECIDO PARA EMPRESAS DE PEQUENO PORTE.....	43
5.4 DA NÃO VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA	46
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS	50
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	52

INTRODUÇÃO

Na atualidade as Microempresas e Pequenas Empresas - ME, bem como as Empresas de Pequeno Porte - EPP, assumem papéis essenciais na conjuntura socioeconômica do país. Isto se dá através da sua alta representatividade, do elevado número dessas empresas existentes no mercado e sua capacidade de geração de renda.

No sistema de mercado concorrencial os bens e serviços podem ser adquiridos através dos mecanismos da oferta e da procura. Nesse contexto, as leis do mercado são ditadas por dispositivos de troca de um bem ou por unidade monetária. Para tanto, no que tange a Administração Pública, a obtenção de bens ou serviços ocorrem de forma diferenciada. Nesse sentido, é preciso seguir a legislação vigente e adquiri-los através de procedimentos licitatórios.

Na Administração Pública, a licitação é um procedimento que visa a aquisição de bens e serviços ofertados pela sociedade, oportunizando assim a realização de contratos com empresas privadas, desde que, acordem quanto aos critérios estabelecidos, assegurem o interesse público e a igualdade de oportunidades entre os concorrentes.

Um mecanismo que assegura a ocorrência do uso dos procedimentos licitatórios é a Constituição Federal Brasileira, que garante impreterivelmente que na Administração Pública, os contratos relacionados às obras, serviços, compras e alienações devem ocorrer através de processos licitatórios, desde que, assegurem condições de igualdade a todos os concorrentes e estabeleçam cláusulas obrigatórias de pagamento e das propostas garantidas nos termos da lei.

Dada a importância das empresas no âmbito econômico nacional, o Governo Federal publicou o Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte, e que por meio da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, que ficou conhecida como a Lei Geral das Micro e Pequenas Empresas. Ainda nesse contexto, insere-se nesta seara a Lei Complementar nº 123/06 que trata dos benefícios de natureza tributária referentes às ME e EPP, objetivando o incentivo a atividades empresariais. Esses mecanismos propostos pelo direito administrativo também contemplam os dispositivos pertencentes ao Direito Comercial, Trabalhista e Processual. Mediante as necessidades e graças a este dispositivo legal, foi incluso

o aumento no número de participações das ME e EPP nos processos de compras de bens e serviços públicos. A partir do exposto, justifica-se o tema, uma vez que são fundamentais o conhecimento e a conscientização a respeito dos complementos da Lei de Licitação, levantados pela Lei nº 123/2006, que apresenta os benefícios às ME e as EPP ao desenvolvimento econômico e social do país.

Nesse contexto, o objetivo geral é investigar a participação diferenciada das Microempresas (ME) e das Empresas de Pequeno Porte (EPP) nos processos licitatórios, mediante as circunstâncias legais nas licitações públicas, no âmbito dos poderes da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, de acordo com a Lei Complementar nº 123/06 referente ao Estatuto Nacional das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte.

Como objetivos específicos têm-se: apresentar a legislação pertinente ao tema, bem como, as definições de vários estudiosos; analisar as características elementares ao procedimento licitatório; identificar o tratamento jurídico diferenciado dispensado às ME e EPP nos processos de licitação, bem como os desafios e estratégias adotadas por estas empresas para participar, ganhar e se manter nas contratações públicas.

Quanto ao aspecto metodológico à pesquisa caracteriza-se como um estudo comparativo que visa investigar a participação diferenciada tanto das Microempresas (ME), quanto das Empresas de Pequeno Porte (EPP) nos processos licitatórios. Quanto a sua natureza, a pesquisa insere-se como qualitativa, e quanto ao objeto é exploratória, pois, visa conhecer os fatos e fenômenos relacionados ao tema através de levantamentos bibliográficos, legislações, páginas da web, entre outras.

Dessa maneira, baseado nas considerações anteriores e visando compor conexões com temas e conceitos correlatos ao tema cerne deste estudo, este trabalho apresenta além desta introdução, mais seis capítulos. O primeiro capítulo apresenta licitações públicas e as suas generalidades. Enquanto o segundo capítulo trata dos princípios da Administração Pública. O terceiro capítulo expõe as modalidades de licitação previstas na Lei 8.666/93. Já o quarto capítulo trata dos licitantes/partes do processo. O quinto capítulo traz o tratamento diferenciado dispensado às Micro e Pequenas Empresas (ME) e Empresas de Pequeno Porte (EPP) no certame licitatório. E por fim, as considerações finais. Dispensado às Micro

e Pequenas Empresas (ME) e Empresas de Pequeno Porte (EPP) no certame licitatório. E por fim, as considerações finais.

CAPITULO I - LICITAÇÕES PÚBLICAS: GENERALIDADES

Antes de prosseguir a monografia, necessário se faz conceituar o significado do termo Licitação no âmbito da Administração Pública. Com a criação da Lei nº 8.666, em 21 de junho de 1993, o procedimento de licitação passa a ser obrigatório para quaisquer aquisições que a Administração Pública pretenda efetuar.

Os diversos doutrinadores consultados para a consecução deste trabalho apresentam definições semelhantes. A conceituação de Administração Pública segundo Pedro Durão (2018, p. 31) explica o seu significado no âmbito de atuação:

Administração Pública compreende todos os bens e serviços destinados à satisfação do interesse coletivo, podendo, para tanto, adquirir bens móveis, imóveis ou serviços a serem utilizados de maneira eficaz em favor da sociedade.

Desse modo, a Administração Pública deverá selecionar a melhor proposta, bem como, assegurar a qualquer interessado a oportunidade de disputar a participação nas licitações da Administração. Consequentemente, a Licitação Pública compreende a realização dos objetivos pertinentes à Administração Pública, bem como um instrumento utilizado para a satisfação de uma coletividade. Nesse sentido, Meirelles (2008, p. 264), ao definir o significado de licitação, já o vincula ao cumprimento de alguns princípios administrativos:

Licitação é o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse. Como procedimento, desenvolve-se através de uma sucessão ordenada de atos vinculantes para a Administração e para os licitantes, o que propicia igual oportunidade a todos os interessados e atua como fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos.

Para o professor Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p. 514), pode-se conceituar licitação da seguinte maneira:

É um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas. Estriba na ideia de competição, a ser travada isoladamente entre os que preencham os atributos e aptidões necessários ao bom cumprimento das obrigações que se propõem assumir.

Enquanto para Paulo e Alexandrino (2011, p. 385).

Licitação é um procedimento administrativo, de observância obrigatória pelas entidades governamentais, em que, observada a igualdade entre os participantes, deve ser selecionada a melhor proposta dentre as apresentadas pelos interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, uma vez preenchidos os requisitos mínimos do edital.

Portanto, após a análise de diversos conceitos encontrados na bibliografia pesquisada, podemos verificar que licitações públicas são certames promovidos pela Administração Pública para adquirir bens ou contratar serviços. Quanto à natureza, Licitação Pública é ato vinculado, estritamente formal, com regras estabelecidas e objetivas.

Para Marçal Justen Filho (2012, p. 316), "a Licitação Pública deve ocorrer obedecendo a um ordenamento, que visa empreender a lisura do processo. Assim, para o referido autor, a Licitação Pública nada mais é que um procedimento administrativo disciplinado por lei e por um ato administrativo prévio, que determina critérios objetivos de seleção da proposta de contratação mais vantajosa, com observância do princípio da isonomia [...]". Nesse sentido, a licitação pública torna-se disciplinada pela lei e através do ato convocatório, porém, os atos devem ser realizados estritamente na vinculação de um edital, visto que, a competência discricionária exauriu-se na sua confecção.

Portanto, segundo Durão (2018, p. 32) a "finalidade da licitação é se apoiar em uma ideia de respeito e dignidade no uso das verbas públicas, que estão sob o governo de um representante da coletividade chamado autoridade pública". Deste modo, a licitação objetiva obter a melhor oferta, aquela que for mais vantajosa à Administração Pública. Segundo Durão (2018, p. 32), é aquela que "apresente uma proposta de aquisição econômica, eficaz e eficiente".

Destina-se conforme o entendimento que tivemos, a obter os menores custos para o erário e ao mesmo tempo, permitir a mais ampla participação dos interessados. A Constituição Federal do Brasil (1988) disciplina as Licitações Públicas, conforme expresso no seu inciso XXI do art. 37, que determina a obrigatoriedade deste certame licitatório, que descreve:

[...] ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante licitação pública, sendo assegurada 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 econômicas indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Constitucionalmente as empresas no processo licitatório têm assegurada a sua participação na Constituição Federal do Brasil, desde que sigam todos os procedimentos lícitos e segundo seu enquadramento nas condições amplas de concorrência e igualdade jurídica. Deste modo, para Durão (2018, p. 41) “a licitação é como uma marcha procedimental, em que há uma sequência de atos a ser praticada em busca de um resultado final, qual seja, a melhor aquisição à Administração Pública”.

A sucessão de atos no procedimento licitatório é desenvolvida em duas fases: a fase interna e a fase externa. A fase interna antecede a realização do certame e abrange a definição do objeto a ser licitado, da modalidade do procedimento a ser adotada, do critério a ser utilizado para julgamento das propostas, a elaboração do edital, entre outros. Sobre a fase interna Pedro Durão (2018, p. 41) explica que:

A etapa interna é realizada no próprio órgão público e se baseia em um planejamento prévio para estabelecer a abertura do devido processo, definindo o objeto da licitação com base em um estudo de preços de mercado, reservando os recursos necessários para as despesas e, finalmente, elaborando os termos e condições, observando os critérios de julgamento com ênfase na qualidade e no preço.

Porém, nessa fase o planejamento deve ser consistente, eficiente, de acordo com as necessidades reais da Administração, tendo em vista a melhoria dos serviços públicos oferecidos à sociedade. No planejamento da etapa interna, Durão (2018, p. 41) expõe que: “o administrador deve priorizar um projeto seguro, dentro do quadro normativo e de princípios correspondentes”.

A fase externa tem início com a publicação do Edital de Licitação e engloba a prática de todos os atos necessários à contratação. Observa Mello (2013):

As licitações possuem uma etapa interna e uma externa. A interna é aquela em que a promotora do certame, em seu recesso, pratica todos os atos condicionais à sua abertura; antes, pois, de implementar a convocação dos interessados. A etapa externa – que se abre com a publicação do edital ou com os convites – é aquela em que, já estando estampadas para terceiros, com a convocação de interessados, as condições de participação e disputa, irrompe a oportunidade de relacionamento entre a Administração e os que se propõem afluir ao certame (MELLO, 2013, p. 586).

Cabe observar que somente há discricionariedade na fase interna do procedimento, uma vez que publicado o edital, tanto a Administração Pública quanto os interessados em participar do certame estarão sujeitos à observância dos termos do instrumento convocatório. Segundo Pedro Durão (2018, p. 32) o processo licitatório tem como premissa: “alcançar uma disputa igualitária, sadia e ética”, o referido em tela expõe que, deve prioritariamente ocorrer sem “interferências ou favoritismos” e pautadas em uma “disputa justa”, além de ser marcada por uma “competição e rivalidade” sadia.

Juridicamente, a Administração Pública está restrita aos limites normativos que determinam cada espécie de licitação previamente determinada, sendo efetuada com o objetivo de obter suas aquisições de bens e serviços, em prol do interesse da coletividade, estritamente dentro dos parâmetros autorizados por lei.

Nesse sentido, a LC 123/2006 trouxe juridicamente um repertório de incentivos às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, através de um tratamento extremamente diferenciado, conforme o disposto nos artigos 42 a 45 e de 47 a 49 da referida LC, que trazem a normatização do tratamento favorecido e diferenciado a ser dispensado às Microempresas - ME e Empresas de Pequeno Porte – EPP, quando participantes de licitações públicas no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Importa delimitar, segundo o artigo 3º da Lei Complementar nº 123/2006, qual o conceito de Microempresas (ME) e de Empresas de Pequeno Porte (EPP):

Art. 3º Para os efeitos desta lei complementar consideram-se Microempresas ou Empresas de Pequeno Porte, a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário a que se refere o art. 966 da lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que:

I - no caso da Microempresa, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais); e

II - no caso de Empresa de pequeno Porte, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais). (Redação dada pela Lei Complementar nº 155, de 2016) Produção de efeito.

O Estatuto da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte foi construído com o intuito de fomentar o empreendedorismo e a redução burocrática que impedia

o nascimento de novos negócios, que estruturalmente não se apresentavam de forma robusta, ou seja, não possibilitava um contingente suficiente de colaboradores que superassem os entraves de sua criação.

Antes, contudo, faz-se necessária uma abordagem geral sobre os princípios pertinentes à matéria, as modalidades de licitação existentes e as suas fases, para uma compreensão do regime jurídico próprio do assunto e embasamento necessário para a abordagem profícua das alterações introduzidas pela Lei Complementar nº 123/06. Tal abordagem será realizada no próximo capítulo, conforme abaixo.

CAPÍTULO II - PRINCÍPIOS BÁSICOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A Lei nº 8.666/1993 – Lei de Licitações estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos. Nela estão todos os procedimentos que devem ser realizados, entre a iniciativa pública e privada, para execução de obras e serviços. Todos os contratos de aquisição de bens e serviços públicos efetuados entre as empresas da iniciativa privada e a Administração Pública deverão ser feitos através de processo licitatório e obedecer aos critérios dessa lei.

Ainda de acordo com esta lei, o processo licitatório está condicionado aos princípios básicos da Administração Pública, elencados no art. 37 da Constituição Federal de 1988, quais sejam: da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência, da proporcionalidade, da publicidade, da concorrência, do procedimento formal, da informalidade, da vinculação ao ato convocatório, do julgamento objetivo, do segredo das propostas, da premiação, da razoabilidade, da motivação. Assim como dos princípios correlatos da igualdade entre os licitantes, da vinculação do edital, do julgamento objetivo, e da probidade administrativa.

A licitação tem como principais objetivos garantir a igualdade na concorrência entre as empresas participantes da licitação, bem como a escolha da proposta mais vantajosa para a Administração Pública, em prol dos interesses da sociedade.

2.1 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Este princípio estabelece que a Administração Pública não possa se distanciar dos desígnios da lei e do bem comum, tendo que cumpri-la na sua íntegra, sob pena de invalidação do ato e responsabilização de seu autor. Qualquer ato estatal que não esteja em concordância com os mandamentos legais, está sujeito a anulação. A Administração só pode fazer o que a lei autoriza, quando e como ela define, não devendo desvincular-se dos preceitos legais.

O Princípio da legalidade está consagrado na Constituição Federal da República do Brasil/1988, em seu artigo 5º inciso II, que estabelece: "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei". A respeito do aludido princípio asseveram Meirelles (2006, p. 149):

Quanto ao princípio da legalidade, significa, nos termos do art. 5º, inciso II, da nossa Constituição, que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, um preceito multifuncional cujo núcleo essencial se espraia e se especifica no âmbito do ordenamento jurídico, dando origem a múltiplas expressões — processo legislativo, devido processo legal, supremacia da lei, perante a lei, reserva de lei, anterioridade da lei, vigência da lei, incidência da lei, retroatividade e ultratividade da lei, represtinação da lei, lacunas da lei, legalidade administrativa, legalidade penal e legalidade tributária, entre outras — as quais, embora distintas em sua configuração formal, substancialmente traduzem uma só e mesma ideia, a de que a lei é o instrumento por excelência de conformação jurídica das relações.

Em sua concepção clássica, oriunda do primeiro modelo de Estado de Direito, o princípio da legalidade visava resguardar o particular contra investidas arbitrárias dos monarcas. Na atualidade, temos esta proteção aos direitos do particular enfatizados na nossa “Constituição Cidadã.”

No procedimento formal, a Licitação está vinculada às prescrições legais que regem todos os seus atos e fases. Não só a lei, mas também os regulamentos, as instruções e os editais, que pautam o procedimento da licitação, vinculando a Administração Pública e os licitantes a todas as suas exigências, desde a convocação dos interessados até a homologação do julgamento e conseqüentemente a formalização do contrato com a licitante que angariou o pleito.

2.2 PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE

A atividade da Administração deve ser dirigida a todos os cidadãos, sem destinação a determinada pessoa ou discriminação de qualquer natureza. O ato administrativo deve ser elaborado destinando-se ao benefício de qualquer pessoa, ao atendimento ou à ordenação de todos os administrados.

Como bem observa Justen Filho (2012, p. 86):

A impessoalidade e a objetividade do julgamento são emanações da isonomia, da vinculação à lei e ao ato convocatório e da moralidade. Indicam vedação a distinções fundadas em caracteres pessoais dos interessados, que não reflitam diferenças efetivas e concretas (que sejam relevantes para os fins da licitação). Excluem o subjetivismo do agente administrativo. A decisão será impessoal quando derivar racionalmente de fatores alheios à vontade psicológica do julgador. A impessoalidade e a objetividade do julgamento conduzem a que a decisão independa da identidade do julgador. A impessoalidade e a objetividade do julgamento significam, inclusive, o afastamento de conveniências puramente políticas dos governantes. Assim, por exemplo, infringe a impessoalidade e a objetividade a decisão ofensiva à lei ou ao ato convocatório, mesmo quando

o seu conteúdo for compatível com os reclamos imediatos da opinião pública. As regras que disciplinam a licitação devem ser respeitadas e o critério de julgamento não pode ser a compatibilidade com as demandas dos eleitores. O princípio da impessoalidade é essencial à democracia e a democracia acarreta a edição de normas jurídicas destinadas a disciplinar condutas futuras dos governantes e dos administrados. O respeito às normas jurídicas é essencial ao regime democrático.

Seguindo este raciocínio na esfera administrativa Di Pietro (2001, p. 71) defende que “a impessoalidade da Administração tanto pode significar que esse atributo deve ser observado em relação aos administrados, como em relação à própria Administração”. Neste caso, o princípio relaciona-se à finalidade pública que deve nortear toda a atividade administrativa.

Numa segunda definição, o princípio significa que os atos administrativos são imputáveis não ao funcionário que os pratica, mas ao órgão público do qual o funcionário faz parte. Aqui o princípio refere-se à Administração, que detém a responsabilidade legal pelos atos praticados por seus agentes públicos, quando no exercício de suas atividades .

Para o professor Bandeira de Mello (2006, p. 523), “o princípio da impessoalidade torna desnecessária a proibição de quaisquer favoritismos ou discriminações impertinentes, sublinhando o dever de que, no procedimento licitatório, sejam todos os licitantes tratados com absoluta neutralidade”.

2.3 PRINCÍPIO DA MORALIDADE

O princípio da moralidade consiste num conjunto de regras de conduta que regulamentam o agir do administrador público, que dele não pode afastar-se. Além de obediência à lei, o ato administrativo não deve fugir às regras da ética, da moral e dos bons costumes. Há de se destacar que mesmo quando não afronta a lei, uma conduta ofensiva à ética e à moral não é válida. Esclarece Motta (2005, p. 85) “o princípio da moralidade obriga à correta utilização do dinheiro público, ou seja, os cidadãos têm direito a um governo honesto”.

Nas licitações públicas, é consenso que a conduta dos administradores públicos e também dos licitantes deve ser lícita e não afrontar a moral, a ética, os costumes e as regras da boa administração.

2.4 PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE DE SEUS ATOS

Este princípio, que é explicitamente citado no art. 37 da Constituição Federal, preconiza, a visibilidade dos atos da administração, para viabilizar o exercício pleno do controle por parte da sociedade, eliminando possibilidades ao comportamento ocultista, promovendo a queda das dificuldades ao acesso de dados e documentos aos interessados e também como forma de motivá-los ao conhecimento pleno dos atos administrativos no decorrer do processo.

Prescreve este princípio o dever da Administração Pública mostrar plena transparência em seus atos, exceto nos casos em que o sigilo se justifique por ser imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, exceção permitida na Constituição Federal do Brasil (1988), art. 5º, inciso XXXIII:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

Resumindo o entendimento sobre o princípio da publicidade nas licitações públicas, cabe recordar os dizeres de Justen Filho (2012, p. 72), “quando observa que, nas licitações, o princípio da publicidade desempenha duas funções: permitir o amplo acesso dos interessados ao certame e a facultar a verificação da regularidade dos atos praticados”.

O efetivo cumprimento do princípio da publicidade possibilita o controle social, desejo da sociedade brasileira, ainda em fase embrionária, e contrapõe-se ao antigo modo patrimonialista de gerenciar a coisa pública. O controle só é possível se os fatos forem conhecidos, o que, por sua vez, só se torna possível com a sua divulgação. Daí que o conceito de cidadania se alarga com a ampla publicidade dos fatos pela Administração Pública, o que implica a informação integral.

2.5 PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA

O princípio da eficiência resume-se no dever da Administração em realizar

suas atribuições com presteza e rendimento funcional. Sendo assim, o procedimento licitatório traz dentre os seus objetivos: o melhor atendimento às necessidades aquisitórias da Administração para a disposição ao público, a redução de tempo e custos, a simplificação das rotinas na licitação, o incremento no número de concorrentes.

Hely Lopes Meirelles (2006, p. 102) fala no princípio da eficiência como um dos deveres da Administração Pública, definindo-o como “o que se impõe a todo agente público de realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional”. Acrescenta, ainda, que “esse dever de eficiência, corresponde ao dever de boa administração”.

Vale dizer que a eficiência é princípio que se soma aos demais princípios impostos à Administração, não podendo sobrepor-se a nenhum deles, especialmente ao princípio da legalidade, sob pena de sérios riscos à segurança jurídica e ao próprio Estado de Direito.

2.6 PRINCÍPIOS DA IGUALDADE ENTRE OS LICITANTES

Este princípio tem como objetivo impedir qualquer tipo de discriminação a qualquer um dos participantes do certame seja na forma de elaboração de cláusulas no edital, que favoreça uns em detrimento de outros, ou mediante julgamento parcial, que desigale os iguais ou iguale os desiguais. O princípio da igualdade é um dos alicerces da licitação, mencionado no inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal, que proíbe preferências de uns licitantes em detrimento de outros:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômicas indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Como descrito, princípio da igualdade refere-se à isonomia, assegurada a todos que preenchem os requisitos exigidos, o direito de participar do certame, além

do tratamento igualitário a ser dispensado obrigatoriamente a todos no curso deste. O desatendimento desse princípio fere o interesse público e, em consequência, o princípio da finalidade, caracterizando desvio de poder. Logo, o ato que favorece ou persegue os interesses particulares pode ser considerado nulo por desvio de finalidade (MOTTA, 2005),

Por outro lado, cumpre assinalar que, a teor da Lei Complementar 123 de 14 de dezembro de 2006, reguladora das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, conforme caracterização que lhes é dada no art. 3º, caput e incisos I e II, quando a oferta de empresa, assim qualificada, for igual ou até 10% superior (5% no caso de pregão) a mais bem classificada, serão consideradas empatadas com ela, sendo-lhe permitido reduzir seu preço abaixo do que havia sido proposto pelo melhor ofertante (MEIRELLES, 2008),

Além disto, conforme os artigos 47 a 49 desse diploma, desde que previsto e regulamentado na respectiva legislação, União, Estados, Distrito Federal e Municípios, em vista da promoção social em seus âmbitos e do incentivo a inovações tecnológicas, poderão conceder tratamento diferenciado e simplificado para as Microempresas e Empresas de Pequeno Porte e, para tanto, efetuar licitações restritas a Microempresas e Empresas de pequeno porte para contratações até valores máximos estabelecidos nos padrões descritos na lei.

Já as disposições previstas nos artigos 47 e 48 da LC 123/2006, dependem de disposição expressa no edital, tendo em vista se tratar de licitações exclusivas para as Microempresas e Empresas de Pequeno Porte:

1. A possibilidade de as microempresas e das empresas de pequeno participar de licitação não acarreta, por si só, a disparidade de tratamento no tocante aos requisitos de habilitação, com base na LC 123/2006, privilégio este que, nos termos do art. 49, I, da citada lei complementar, deve estar expressamente previsto no edital da licitação. Do contrário, concorrerão em igualdade de condições com as demais empresas, sob a pena de quebra do princípio da isonomia e adoção de critérios não previstos no edital.
2. Agravo regimental a que se nega provimento.

Sendo assim, mesmo que as regras dispostas nos artigos 44 e 45 não estejam previstas no edital, as Microempresas e Empresas de Pequeno Porte poderão exigir seu cumprimento. Já as regras previstas nos artigos 47 e 48 deverão, para ser cumprido, estar expressamente dispostas no edital de licitação.

2.7 PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO EDITAL

Esse é o princípio basilar de toda a licitação, pois a Administração não pode se afastar das formulações exigidas no edital, dispensando-as ou exigindo procedimentos não estabelecidos no mesmo. O edital é a lei interna do procedimento licitatório, vinculando a seus termos, tanto os licitantes como a Administração que o expediu, conforme o descrito no art. 41 da Lei 8.666/93, que estabelece que a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculado. Assim, a vinculação ao edital é princípio básico de toda licitação.

É o que nos ensina Meirelles (2008, p. 257):

Assim, estabelecidas as regras do certame, tornam-se inalteráveis para aquela licitação, durante todo o procedimento. E mais: “Se no decorrer da licitação a Administração verificar sua inviabilidade, deverá invalidá-la e reabri-la em outros moldes, mas, enquanto vigente o edital ou convite, não poderá desviar - se de suas prescrições, quer quanto à tramitação, quer quanto ao julgamento”.

Caso haja falhas ou inadequação do edital aos propósitos da Administração, pode ele ser aditado através de erratas ou elaborado em outros termos, sempre se dando ampla publicidade e reabrindo-se novo prazo, caso tal fato acarrete mudança na elaboração das propostas. A divulgação do edital tem que ser efetuada no Diário Oficial do ente federativo correspondente e em jornal de grande circulação da localidade, podendo a Administração publicá-lo em resumo (MEIRELLES, 2008).

2.8 PRINCÍPIO DO JULGAMENTO OBJETIVO

Este princípio indica que no julgamento das propostas a Administração deve observar os critérios objetivos definidos no ato convocatório. Com isso, não será permitida a utilização de fatores subjetivos ou de quaisquer critérios não previstos no ato convocatório, mesmo que em proveito da Administração Pública. De igual modo, não cabe ao pregoeiro discricionariedade para escolher como vencedora proposta que desobedeça a ditame do instrumento convocatório, mesmo que mais vantajosa.

Julgamento objetivo, nos dizeres de Paulo e Alexandrino (2011, p. 389), significa que “além dos critérios serem objetivos, eles devem estar previamente definidos no edital”.

Prossegue o doutrinador afirmando que “não seria possível, por exemplo, querer o pregoeiro e sua equipe de apoio, durante a realização do certame, escolher novos critérios para julgar as propostas apresentadas”. Ao tratar do assunto, Justen Filho (2016, p. 448), afirma o seguinte:

Em termos amplos, a objetividade significa imparcialidade mais finalidade. O julgamento objetivo exclui a parcialidade (tomada de posição segundo o ponto de vista de uma parte). Mas isso é insuficiente. Além da imparcialidade, o julgamento tem de ser formulado à luz do interesse público. O interesse público não autoriza, contudo, ignorarem-se as disposições norteadoras do ato convocatório e da Lei. Não se admite que, a pretexto de selecionar a melhor proposta, sejam amesquinados as garantias e os interesses dos licitantes e ignorado o disposto no ato convocatório.

Observa-se que o encadeamento lógico do autor descreve, como necessário ao julgamento objetivo, que sejam atendidos na sequência, em grau de importância crescente, a exigência de imparcialidade, de atendimento ao interesse público, do ato convocatório e do disposto em lei.

2.9 PRINCÍPIO DA PROIBIDADE ADMINISTRATIVA

Probidade administrativa é um termo relacionado ao Direito e caracteriza o agir com honestidade da Administração Pública. Também se aplica ao desempenho de quem exerce uma função pública, como é o caso dos servidores concursados ou de outros agentes públicos. Esse princípio deve ser o norteador de todos os atos emanados do administrador público. Está ele disposto no artigo 37, parágrafo quarto da Carta Magna, que se apresenta como:

Art. 37. A Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

§ 4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

Na hipótese de seu descumprimento, poderá seu autor incorrer na suspensão dos direitos políticos, na perda da função pública, na indisponibilidade

dos bens e no ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível. Conforme expõe Alves (2008, p. 34) “A probidade tem o sentido de honestidade, boa-fé, moralidade por parte dos administrados. Na verdade, o exercício honrado, honesto, probo da função pública leva à confiança que o cidadão comum deve ter em seus dirigentes”.

Esse princípio exige que o administrador atue com honestidade para com os licitantes e, sobretudo, para com a própria Administração. Assim, evidentemente concorrendo para que sua atividade esteja de fato voltada para o interesse administrativo, que é o de promover a seleção mais acertada possível.

CAPÍTULO III - MODALIDADES DE LICITAÇÃO PREVISTAS NA LEI 8.666/93

A licitação é composta por diversas modalidades, tendo suas características definidas em lei. Contudo, a escolha da modalidade ocorre de acordo com as características e valor do objeto que será contratado. Tendo em vista a aprovação da Lei 8.666, em 1993, houve a definição das modalidades que poderiam ser utilizadas no Brasil. Desde então, a licitação passou a ser obrigatória e essa lei define todas as normas do procedimento licitatório no país (MEIRELLES, 2008).

As modalidades de licitação são: Concorrência, Tomada de Preços, Convite, Concurso, Leilão e Pregão. As primeiras estão previstas na Lei nº 8.666/93 e a última na Lei nº 10.520/2002. As regras da Lei Complementar nº 123/06 são aplicáveis somente à Concorrência, Tomada de Preços, Convite e Leilão. Já o Pregão Eletrônico está descrito na Lei nº 10.520/2002.

A Lei 8.666/93 traz em seu art. 1º que estabelece “normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”. As diversas modalidades de licitação, definidas no art. 22 da Lei 8.666/93, tem como critério de definição o valor estimado para a compra, obra ou serviços a serem contratados.

Porém, o parágrafo 1º do artigo 23 permite a utilização de uma modalidade mais complexa no lugar da mais simples, independentemente do valor do contrato, não sendo permitido o contrário. Conforme exposto na Lei 8.666/93:

Art. 23. As modalidades de licitação a que se referem os incisos I a III do artigo anterior serão determinadas em função dos seguintes limites, tendo em vista o valor estimado da contratação: § 1º As obras, serviços e compras efetuadas pela Administração serão divididos em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade sem perda da economia de escala (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994).

Assim, a licitação como meio para a efetivação de contratações na Administração Pública, pode ser realizada por várias modalidades, norteadas pelos princípios e normas estabelecidas pela Lei nº. 8.666 de 1993, conhecida como Lei de Licitações, que traz sete modalidades de licitação, que são: a Concorrência, a Tomada de Preços, o Convite, o Concurso, o Leilão, o Pregão Presencial e o Pregão

Eletrônico. “As modalidades de licitação têm características próprias, destinando-se a determinados tipos de contratação. A licitação é o gênero, aonde as modalidades são as espécies” (SOARES, 2001, p. 22).

Torna-se necessária uma análise dessas modalidades definidas na lei de Licitação, pois são instrumentos utilizados no processo de aquisição de bens e serviços públicos. A seguir será abordada a conceituação das modalidades de licitação, bem como as hipóteses de cabimento de cada uma delas.

3.1 CONVITE

A modalidade de licitação prevista no parágrafo 3º do artigo 22 da Lei nº. 8.666/93 apresenta-se mais simples que as demais, conquanto destina-se a contratações de pequenos valores. Sua convocação deverá ser de até 05 (cinco) dias úteis anteriores à data de entrega das propostas.

Como afirma Soares (2001, p 23), “é a espécie de licitação com número mínimo obrigatório de três interessados do ramo competente a seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados pela unidade administrativa”. Desse modo, ela se dá entre interessados, cadastrados ou não, escolhidos e convidados pela unidade administrativa em número não inferior a três, devendo a cópia de o instrumento convocatório ser afixada em local apropriado, para que aquelas empresas cadastradas na correspondente especialidade, manifestando interesse até 24 (vinte e quatro) horas anteriores à data de apresentação das propostas, possam da licitação ter notícia e assim, participar como licitantes.

Como já mencionado, dentre todas as modalidades, o Convite é a mais simples, sendo a mais adequada para pequenas contratações, cujo objeto não detém maiores complexidades, ou seja, de pequeno valor. É a única modalidade de licitação que não exige publicação de edital, já que a convocação é feita por escrito (carta-convite), obedecendo a uma antecedência legal de cinco dias.

3.2 CONCORRÊNCIA

Modalidade de licitação, prevista no parágrafo 1º do artigo 22 da Lei nº. 8.666/93, da qual poderão participar quaisquer interessados, convocados com uma

antecedência mínima de 30 (trinta) ou 45 (quarenta e cinco) dias da data de entrega dos requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para a consecução de seu objeto. Conforme ressalta Soares (2001, p. 23):

Para os contratos de grande vulto, grande valor, não se exigindo registro prévio ou cadastro dos interessados, cumprindo que satisfaçam as condições prescritas em edital, que deve ser publicado com, no mínimo, trinta dias de intervalo entre a publicação e o recebimento das propostas.

Nota-se que a primeira etapa desta modalidade é a habilitação preliminar, causando assim, uma rica fonte de litígios e disputa entre os participantes da licitação. Segundo Soares (2001, p. 23) afirma que:

o Estatuto das Licitações e Contratos Públicos, além desses casos específicos, que a concorrência é obrigatória quando, em havendo parcelamento, o valor das licitações das parcelas, em conjunto, corresponda à montante igual ou superior ao previsto para a modalidade concorrência,

Essa disputa reflete-se em recursos administrativos e medidas judiciais que acabam por postergar, por prazos longos e indetermináveis, a conclusão da licitação. Contudo, independentemente do valor, a lei prevê que a modalidade concorrência deve ser adotada nos seguintes casos:

- a) compra de bens imóveis;
- b) alienações de bens imóveis para as quais não tenha sido adotada a modalidade leilão;
- c) licitações internacionais;
- d) concessões de direito real de uso, serviço ou obra pública.

3.3 CONCURSO

Modalidade de licitação, prevista no parágrafo 4º do artigo 22 da Lei nº. 8.666/93 este requisito destina-se a trabalhos técnicos, artísticos ou científicos, eminentemente de cunho intelectual. A convocação deverá ser feita com a antecedência mínima de 45 (quarenta e cinco) dias da data de realização do evento para interessados que possuam a qualificação exigida no edital e são instituídas premiação ou remuneração para os vencedores, cujos critérios de avaliação foram previamente estabelecidos no ato convocatório, ao qual tenha sido dada ampla publicidade (SOARES, 2001).

É uma espécie mais simples em relação à concorrência, já que dispensa as formalidades específicas dessa. O concurso não confere ao vencedor qualquer direito a contratar com a Administração. Cabe salientar que, esta modalidade não é aplicável ao processo de aquisições de bens e serviços comuns.

3.4 TOMADA DE PREÇOS

Modalidade de licitação prevista no §2º do artigo 22 da Lei nº. 8.666/93, destinada a interessados convocados com uma antecedência mínima de 15 (quinze) ou 30 (trinta) dias da data de entrega das propostas, previamente cadastrados até o terceiro dia útil anterior à data do recebimento das mesmas, devendo-se levar em conta a necessária qualificação na fase de habilitação, desde que observada às qualificações necessárias, conforme prescreve o Estatuto das Licitações e Contratações Públicas. Nesse sentido, expõe Soares (2001, p. 23):

É admissível, a tomada de preços, nas contratações de obras, serviços e compras dentro dos limites de valor estabelecidos em lei e corrigidos por ato administrativo competente. A grande característica dessa modalidade, que a distingue da concorrência é a existência de habilitação prévia dos licitantes, através dos registros cadastrais. Esses cadastros são registros dos fornecedores de bens, executores de obras e serviços que ali se inscreveram, mantidos por órgãos e entidades administrativas que frequentemente alcancem procedimentos licitatórios.

É necessário, na tomada de preços, ao menos um prazo de quinze dias, entre a publicação e a data informada para o recebimento das propostas. Observa-se que na tomada de preços só podem participar do certame os cadastrados, isto é, o inscrito em registro cadastral diferentemente ocorre no pregão que é para qualquer interessado, cadastrado ou não.

Porém, conforme afirma Soares (2001, p. 24), “entretanto, fica claro que o procedimento da tomada de preços acaba se tornando tão complexo quanto o da concorrência. A vantagem que havia na legislação anterior é que a comissão se limitava a examinar os certificados de registro cadastral, o que já não pode ocorrer sob a nova lei, pois, havendo licitantes fora do cadastro, a comissão de licitação terá que examinar toda a documentação para a denominação”.

3.5 LEILÃO

Modalidade de licitação, prevista no parágrafo 5º do artigo 22 e no artigo 53 da Lei nº. 8.666/93 é utilizada para a venda de bens móveis e semoventes e, em casos especiais, também de imóveis (artigo. 19 III). Nesse contexto, Soares (2009, p. 26) afirma que: “é a espécie entre quaisquer interessados para a venda de bens móveis inservíveis para a Administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou ainda para a alienação de bens imóveis cuja aquisição haja dação em pagamento ou derivado de procedimento judicial”.

Nesse sentido, Durão (2018, p. 79) expõe que na modalidade leilão:

É utilizado para a venda de bens: móveis inúteis para o estado e produto legalmente confiscados ou embargados; como também imóveis provenientes de processos judiciais ou entregues de forma a saldar uma dívida, nos casos em que a alienação seja útil à Administração Pública.

Há dois tipos de leilão: o *comum*, que só pode ser efetuado por um leiloeiro oficial, se houver e é regulamentado por legislação federal pertinente¹, mas as condições de sua realização poderão ser estabelecidas pelo órgão interessado; e o *administrativo*, que é utilizado para a venda de mercadorias apreendidas como contrabando ou “esquecidas” nas alfândegas, nos armazéns ferroviários ou nas repartições públicas, cujas normas são também regulamentadas pela administração interessada.

3.6 PREGÃO ELETRÔNICO

Essa modalidade tem amparo no artigo 37, XXI da Constituição Federal de 1988, foi elaborada a Lei nº 10.520/2002, instituindo a nova modalidade de licitação denominando-a de pregão presencial ou, como querem alguns, o pregão tradicional, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, para aquisição de bens e serviços comuns.

Essa modalidade é muito similar ao leilão, apenas que não se destina à alienação de bens públicos e à obtenção da maior oferta possível. O pregão visa à aquisição de bens e contratação de serviços, pelo menor preço (MELLO, 2013).

No que tange ao pregão eletrônico não há obrigatoriedade de convidar licitantes para participação do certame, uma vez que, todo procedimento é realizado através sistema de informação em seus infinitos recursos, como por exemplo, a internet. Outro ponto marcante do pregão eletrônico é que sua aplicação não se vincula ao valor do contrato, mas à natureza da prestação do serviço que virá a ser executado pelo particular.

Verifica-se, pelo exposto, que o pregão apresenta pelo menos duas características distintas das demais modalidades. Uma a de que, ao contrário das demais modalidades, é que o valor é determinante de sua variedade, o pregão é utilizável qualquer que seja o valor do bem ou serviço a ser adquirido; a outra a de que o exame da habilitação não é prévio ao exame das propostas, mas posterior a ela.

No pregão ocorre a inversão das fases de propostas e de habilitação, em que somente analisar-se-á a habilitação do licitante que formulou a melhor proposta e com isso, traz maior agilidade e desburocratiza o processo licitatório.

De fato, a habilitação e o julgamento, das propostas serão decididos em uma única fase, sendo a habilitação verificada apenas em relação ao licitante vencedor, invertendo-se, assim, o procedimento tradicional, onde a habilitação sempre precede ao exame das propostas.

Desta forma, as normas licitatórias brasileiras, associadas com os conceitos acima expostos, Segundo Pedro Durão (2018, p. 79) “trazem parâmetros de valor às modalidades de concorrência, tomada de preços e convite, enquanto que o concurso, o leilão e o pregão, se estabelecem conforme o objeto licitado”.

Ainda para Durão (2018, p. 79), nas modalidades que estão descritas na Lei nº. 8.666/93, “o iter licitatório” que segundo mensura o referido autor deve obedecer a etapas da “fase interna de planejamento”, bem como, “as etapas externas”, com a divulgação do edital de condições, a apresentação documental e as propostas que permitem a habilitação daqueles que serão os proponentes e a classificação das propostas, e dos recursos adequados, e por fim, a premiação ao vencedor e a contratação pública pretendida.

Porém, nessa fase é preciso analisar toda a documentação, avaliar e comprovar através de documentos, bem como, e observar os critérios previstos na Lei nº. 8.666/93 de forma rigorosa, a ponto de que todos os licitantes e somente

aqueles que conseguem passar de todas as etapas do ato licitatório, têm suas propostas classificadas para a fase de julgamento (DURÃO, 2018).

O procedimento licitatório, portanto, é quase sempre indispensável para a elaboração de um futuro contrato administrativo. Diga-se futuro, pelo fato de que o Estado não está obrigado a contratar com o vencedor da licitação. Este apenas possui a mera expectativa de tal direito, ou seja, se Administração contratar terá que ser com ele, porém ela pode optar por não estabelecer esse contrato.

CAPÍTULO 4 - OS LICITANTES/PARTES DO PROCESSO

São classificados como responsáveis pela licitação, todos os agentes públicos designados pela autoridade de competência, conforme ato administrativo próprio, para compor a Comissão de Licitação, ser pregoeiro ou para a realização da licitação na modalidade Convite (MELLO, 2013).

O interessado em participar do certame, no entanto, deverá preencher as condições necessárias ao reconhecimento do direito de licitar, sob a penalidade de sua proposta de contratação não ser apreciada. Sobre as aludidas “condições” assevera Meirelles (2006, p. 132): “São condições para participar da licitação as que a Administração, tendo em vista a natureza, o vulto e a complexidade do objeto do certame, estabelecer como mínimos necessários à habilitação dos proponentes”.

Quanto as condicionantes para participação na licitação podem ser classificadas em: específicas ou genéricas. As condições genéricas devem corresponder aos requisitos previstos na Lei n. 8666/93 e ser aplicados a todos os procedimentos licitatórios realizados pelos entes públicos, independentemente de suas peculiaridades e circunstâncias concretas (SILVA, 2014, p. 162).

Entre as condições genéricas destacam-se os requisitos de habilitação, que tal como prevê o artigo 27 da Lei n. 8.666/93, poderão se referir à comprovação de qualificação jurídica, técnica, econômico-financeira, à prova da regularidade fiscal e trabalhista, bem como à demonstração do cumprimento do disposto pelo artigo 7º, inciso XXXIII da CF/88:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:
XXXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998).

Nesse aspecto trata-se dos documentos, como registro comercial ou contrato social da empresa, comprovando o registro conforme a área de atuação, ou a área que segue e tem interesse para participar do processo licitatório (BRASIL, 2010).

De acordo com Mello (2013, p. 139), a habilitação consiste na “fase do procedimento em que se analisa a aptidão dos licitantes. Poderá ela estar integrada

à licitação, constituindo fase da concorrência, quando então será identificada como "habilitação preliminar". Nesta fase deve ser aferido se os participantes detêm condições de celebrar e executar o futuro contrato. Estas condições tangem-se à habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira e regularidade fiscal. A habilitação é verificada em conformidade com os aspectos que são apontados no art. 27 da Lei de Licitação, entendendo-se por aptidão a qualificação indispensável para que sua proposta possa ser objeto de consideração”.

As condições genéricas do direito de licitar, no entanto, não se restringem à habilitação, podendo o edital prever outras exigências a serem cumpridas pelos licitantes. Nesse aspecto, a regularidade da proposta – que, para ser reconhecida como tal deve ser certa, razoável e exequível – também é uma condição genérica para análise da oferta formulada pelo pretense licitante (ALVES, 2008).

As condições específicas, por sua vez, se justificam em razão das particularidades do objeto licitado. São estabelecidas no instrumento convocatório, podem consistir em requisitos formais ou substanciais, e somente serão admissíveis se necessárias e adequadas à demonstração do direito de licitar. Deverá a Administração Pública deliberar sobre as condições específicas na fase interna da licitação, sendo a sua discricionariedade delimitada pela natureza e extensão do objeto a ser contratado. Como bem sintetiza Justen Filho (2012, p. 151) “juridicamente, apenas é titular de direito de licitar aquele que evidenciar condições de satisfazer as necessidades públicas, preenchendo os requisitos previstos na lei e no ato convocatório”.

Por fim, cabe observar que o direito de licitar apresenta também uma vertente passiva. O titular passivo do direito de participação no certame público é justamente o ente público. Nesse aspecto, vale lembrar que o art. 1º da Lei 8.666/93 determina expressamente a aplicação das normas de licitação a todos os Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, aos órgãos da administração direta, aos fundos especiais, às autarquias, às fundações públicas, às empresas públicas, às sociedades de economia mista e as demais entidades controladas direta ou indiretamente pelos entes públicos (TAVARES, 2011),

Bandeira de Mello (2013) adverte que após a alteração do art. 22, inciso XXVII da Constituição Federal, realizada pela Emenda Constitucional 19/98, surgiram dúvidas acerca do regime de licitação aplicável às sociedades de economia

mista e às empresas públicas. Isso porque, após a publicação da EC poderia se concluir – a partir da conjugação do art. 22, inciso XXVII e art. 173, § 1º, incisos II e III do Estatuto Fundamental – que as sociedades de economia mista e as empresas públicas, quando exploradoras da atividade econômica, estariam sujeitas ao regime das empresas privadas e poderiam estabelecer um regime próprio de licitação e contratação, desde que observados os princípios da Administração Pública (SILVA, 2011).

Assim, pode-se afirmar que, excepcionalmente, as sociedades de economia mista e empresas públicas, quando exploradoras de atividade econômica, não serão consideradas como sujeito passivo do direito de licitar.

As empresas que tenham interesse em participar das compras feitas pela Administração Pública e governamentais devem estar previamente cadastradas ou apresentarem a documentação para a realização do cadastro conforme estabelecido pela Lei Federal 8.666/93, apresentando as exigências de cadastramento básico, como habilitação jurídica, regularidade fiscal, qualificação técnica e qualificação econômico-financeira, mas também são necessários que as empresas interessadas estejam atentas nas publicações dos editais que estão contidos os detalhes do objeto da licitação, e conseqüentemente elas devem apresentar as propostas dentro do prazo estabelecido (BRASIL, 2010).

CAPÍTULO 5 - O TRATAMENTO DIFERENCIADO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE NO CERTAME LICITATÓRIO

A partir da criação do Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte, a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, foi criado o regime favorecido e diferenciado para as microempresas e empresas de pequeno porte, no âmbito das licitações e contratações da Administração Pública. Para o correto entendimento da questão é necessário o conhecimento do art. 3º da LC nº 123/06, que trata do enquadramento no regime de Lei Complementar, ou seja, determina quem são os destinatários do tratamento diferenciado.

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

I - no caso da microempresa aufera, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais); e

II - no caso da empresa de pequeno porte aufera, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais).

III - no caso de empresa de pequeno porte aufera, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais) (Redação dada pela Lei Complementar nº 155, de 2016).

A condição de hipossuficiência das Microempresas - ME e Empresas de Pequeno Porte - EPP em relação às empresas de maior porte, apresentam-se em diversos aspectos, dentre os quais, os elevados encargos tributários que incidem sobre o tipo empresarial, conferindo aos pequenos empresários maior proteção. “O mesmo acontece com o elevado número de fechamento desta tipificação empresarial, principalmente quando comparado aos demais empresários, tendo em vista o poder aquisitivo dos proprietários das micro e pequenas empresas ser inferior ao de outros empresários” (SOARES, 2001, p. 217).

5.1 A GARANTIA CONSTITUCIONAL DADA ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS.

A Constituição Federal de 1988, em seus artigos 170, XI e 179, proporcionou às microempresas e empresas de pequeno porte um significativo impulso em sua atuação na economia, oferecendo-lhes tratamento diferenciado no âmbito econômico-financeiro, visando à desburocratização e o incremento da atividade empresarial.

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] IX – Tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

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

Dessa forma, nota-se que a Lei Complementar 123/2006, ao abordar a temática das licitações públicas no âmbito das micro e pequenas empresas, o faz para melhor solidificar o que estava estabelecido na Constituição Federal/1988. Existe uma notável manobra do legislador para efetuar a igualdade material, ou seja, tratar os desiguais dentro de suas desigualdades, sobretudo quando se tratar de procedimentos licitatórios do Poder Público. Em uma formulação clássica, o elemento indispensável à isonomia se refere ao tratamento diferenciado condizente com as diferenças presentes entre as situações em divergência (ALVES, 2008, p. 174).

Ademais, Mamede (2013) afirma que o fato de a LC 123/2006 determinar um tratamento mais benéfico para as microempresas e empresas de pequeno porte não vai de encontro, de maneira alguma, com o princípio da isonomia.

[...] é constatação vetusta, que o princípio da isonomia se expressa pelo tratamento igual aos iguais e tratamento desigual aos desiguais. Normas como a presente concretizam tal máxima de forma fundamentada e justificada. Reconhece-se a importância para a economia dos microempreendimentos e empreendimentos de pequeno porte, reconhecem-se as dificuldades enfrentadas por tais empreendimentos e

busca-se, a partir de um lastro constitucional, atribuir-lhes condições mais propícias ao sucesso.

Porém, dispõe no art. 47 ao art. 49 da supracitada LC 123/2006, a tentativa positiva do legislador em que confere os benefícios pertinentes às empresas de micro e pequeno porte, conforme o exposto:

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.

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.

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.

Contudo, para haver o cumprimento do disposto no artigo 47 da LC 123/2006, o legislador inseriu no artigo 48 os procedimentos que deverão ser realizados pela Administração Pública. No art. 48, inciso I, enfatiza que a administração poderá realizar processo licitatório “destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresa de pequeno porte nas contratações cujo

valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) ”. Essa vantagem deverá estar explícita no edital de convocação. Tem como grande vantagem o fato de que apenas microempresas e empresas de pequeno porte poderão participar de licitações que atinjam o valor mencionado. Isso faz com que a administração tenha em seus certames licitatórios empresas que sejam do município onde ocorra a licitação, promovendo assim, o desenvolvimento das empresas locais, na maioria das vezes enquadradas na Lei nº123/2006.

Nesse sentido, o inciso II, do art. 48, determina 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”. A partir dessa normatização fica autorizada a determinação de subcontratação, fato que obrigará o licitante a buscar parceiros favorecidos pela Lei Complementar nº 123/06. No §2º do art. 48, o legislador determina que o pagamento do objeto licitado possa ser feito diretamente à microempresa e empresa de pequeno porte subcontratada. A partir da inserção dessa medida, que visa evitar que as Microempresas – ME e Empresas de Pequeno Porte – EPP, sejam alvos de calote das empresas contratantes de seus serviços e/ou compradoras de seus produtos.

Ainda nesse contexto, o inciso III, do art. 48, determina “que se estabeleça cota de 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para contratação de microempresas e empresas de pequeno porte, em certames para a aquisição de bens e serviços de natureza divisível”.

Uma exemplificação pertinente para o entendimento do teor jurídico pertencente a LEI DE LICITAÇÃO, seria que se numa Licitação Pública, que tem pretensão de licitar 100 (cem) computadores, no edital de convocação a Administração poderá determinar que a quantidade dos produtos licitados seja dividida em dois lotes: um contendo 75 (setenta e cinco) computadores para todos os licitantes, e outro, contendo 25 (vinte e cinco) computadores, apenas para as microempresas e empresas de pequeno porte.

Portanto, não é procedente qualquer questionamento doutrinário sobre o tema em tela, bem como, debates sobre a possível inconstitucionalidade dos benefícios dados ao micro e pequeno empreendedor. É perfeitamente legítima essa concessão, pois é preciso proporcionar a todos os interessados a oportunidade de

participar ativamente do mercado brasileiro. Os “benefícios atribuídos tentam assegurar a diminuição, ou até mesmo eliminação das diferenças existentes entre as empresas e a observância ao princípio da igualdade” (ALVES, 2008, p. 178)”.

5.2 A ORDEM ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.

A Economia e o Direito, apesar de bem distantes aparentemente, se completam. Contudo, é preciso saber o funcionamento, bem como se pauta a ordem econômica, para então entender os motivos das micros e pequenas empresas receberem tratamento diferenciado, mediante as demais empresas.

No título VII, art. 170 da Constituição Federal é possível aferir sobre a valorização do trabalho do homem e dos princípios norteadores, como a livre iniciativa, a livre concorrência, a soberania nacional, a propriedade e sua respectiva função social e o tratamento privilegiado às microempresas e empresas de pequeno porte.

O princípio da livre iniciativa este presente no art. 1º, IV da CF/88, como um valor que fundamenta a República Federativa do Brasil e que consubstancia um princípio político constitucionalmente conformador. Tavares (2011, p. 215) aborda as diversas faces desse princípio.

A livre iniciativa de que fala a Constituição há de ser, realmente, entendida em seu sentido amplo, compreendendo não apenas a liberdade econômica, ou liberdade de desenvolvimento da empresa, mas englobando e assumindo todas as demais formas de organização econômicas, individuais ou coletivas, como as cooperativas [...].

No entanto, cabe destacar que o microempreendedor não deve confundir a liberdade de iniciativa com liberalidade. Porém, a livre concorrência também é abordada na CF/1988 e de igual modo norteia a ordem econômica, sendo relevante na justificativa das prerrogativas conferidas às micro e pequenas empresas.

A compreensão desse princípio torna-se importante pelo fato de, na seara empresarial do país, ainda ser possível encontrar a concorrência desleal, principalmente devido ao elevado número de multinacionais dominando o mercado consumidor. Com esse fato, visualiza-se a péssima distribuição de lucros entre os indivíduos, afetando principalmente os pequenos empresários e fazendo com que estes não consigam crescer, além da “ocorrência de monopólios de produtos e/ou

serviços, de modo a arbitrar o valor e a qualidade que entendem ser convenientes aos seus interesses” (MELLO, 2013, p. 2001).

Contudo, cabe ao Estado equilibrar as relações empresariais, bem como, o incentivo à livre concorrência, através da intervenção estatal na Economia e impossibilitando os abusos, como a concorrência desleal.

Nessa acepção, o Supremo Tribunal Federal já se pronunciou em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade referente à livre iniciativa e à livre concorrência:

Em face da atual Constituição, para conciliar o fundamento da livre iniciativa e do princípio da livre concorrência com os da defesa do consumidor e da redução das desigualdades sociais, em conformidade com os ditames da justiça social, pode o Estado, por via legislativa, regular a política de preços de bens e de serviços, abusivo que é o poder econômico que visa ao aumento arbitrário dos lucros (ADI 319-QO, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 30/04/93).

Vale destacar que o tratamento diferenciado conferido às micros e pequenas empresas não confronta o princípio da livre concorrência, visto que, esse princípio visa efetivar direitos constitucionalmente garantidos a este segmento empresarial.

5.3 PRINCÍPIO DO TRATAMENTO FAVORECIDO PARA MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE.

Apresentando uma elevada representatividade, as micros e pequenas empresas possuem uma parte significativa da economia brasileira. O tratamento diferenciado dado a essas empresas é constituído sob o manto das leis brasileiras, desde que introduzidas no ordenamento jurídico brasileiro através da Emenda Constitucional nº 06/1995.

Dessa forma, é conferido às micro e pequenas empresas o direito constitucional e todas as garantias e proteções que possuem, haja vista que, desempenham uma função relevante na economia do país. Tavares (2011) afirma que:

Qual seja o princípio do desenvolvimento nacional, é que por meio do regime simplificado permite-se que determinado seguimento de empresas se desenvolva, gerando empregos e riqueza para nação. Também se nota, pois, a ligação com o princípio da livre iniciativa e concorrência, pois de outra forma seria inviável que esse segmento pudesse manter-se na economia nacional. Acaba sendo tutelado indiretamente o consumidor (além

do mercado propriamente dito), já que esta tutela acaba por gerar um mercado aberto a novos agentes, dificultando a formação de grandes empresas que dominem todo o segmento econômico, impondo preços abusivos.

Mediante esse contexto, é possível aferir que o princípio possui um vínculo sólido com o princípio da livre concorrência, visto que, ao se atribuir proteção a empresa de pequeno porte está consolidando a liberdade concorrencial. Lafayete Petter (2006, p. 94-95) acrescenta pontualmente que:

O princípio constitucional invoca um tratamento diferenciado às pequenas empresas aqui constituídas e sediadas, incentivando-as e estimulando-as (é a modalidade de intervenção indireta no domínio econômico). Pequenos negócios enfrentam maiores dificuldades de se constituírem (restrição de linhas de crédito acessa a fornecedores etc.). Ao viabilizar sua criação, instalação e funcionamento, estimula-se a concorrência, mas principalmente a livre iniciativa (num viés substancial), colaborando para o pleno emprego.

A competitividade causada pelas micro e pequenas empresas é um fator essencial para a promoção do impulso econômico nacional. Nessa seara, a inovação possui vínculo direto com o ganho de competitividade das empresas.

O tratamento diferenciado dado as ME e EPP é devidamente constitucional e de relevante sagacidade por parte do legislador, visto que, atribuiu-se não apenas a igualdade formal de tratamento, mas sim a igualdade material, tratando de maneira desigual os que se encontram em situação de desigualdade (SILVA, 2014). Nesse contexto, Meirelles (2008, p. 287) Explica que a licitação é:

O procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse, inclusive o da promoção do desenvolvimento econômico sustentável e fortalecimento de cadeias produtivas de bens e serviços domésticos. Como procedimento, desenvolve-se através de uma sucessão ordenada de atos vinculantes para a Administração e para os licitantes, o que propicia igual oportunidade a todos os interessados e atua como fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos.

Verificou-se que o Direito e a Economia são ciências que se complementam. A Constituição Federal não é só social e política, é também econômica. Essa ordem econômica e seus princípios norteadores são os pilares para a compreensão das prerrogativas que conferem às Microempresas (ME) e Empresas de Pequeno Porte (EPP), o tratamento diferenciado assegurado que lhes é assegurado constitucionalmente.

Quando se trata das contratações com o Poder Público, os benefícios conferidos aos micro e pequenos empreendedores são de extrema relevância, pois o Estado, ao concedê-los, impulsiona o desenvolvimento nacional sustentável, a concorrência isonômica entre os participantes e a diminuição dos gastos com aquisição de bens e serviços.

Os parâmetros da legislação sobre as Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, através da LC 123/2006, encerram vários benefícios, dentre eles: 1) redução de burocracia para abertura e fechamento dos empreendimentos; 2) os impostos federais são substituídos por um único recolhimento mensal sobre o faturamento, observadas as diversas faixas de alíquotas; 3) os impostos estaduais e municipais também poderão ser substituídos por um único recolhimento, dependendo do porte da unidade da Federação; 4) novos setores de serviços foram incorporados ao regime; 5) possibilidade de abater do faturamento, para fins de tributação, as receitas obtidas com exportação; 6) incentivos por meio de compras governamentais; 7) refinanciamento de dívida; 8) simplificação das obrigações trabalhistas, dentre outras vantagens.

Desse modo, estabeleceram-se prerrogativas sobre o tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado para as Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, no âmbito da Administração Direta. Assim, a “Lei Complementar do Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte”, a qual é embasada nos artigos 170, IX, e 179 da Constituição Federal de 1988, estabelecem a necessidade de uma política pública que assegure benefícios às micro e pequenas empresas, objetivando reduzir a desigualdade existente entre elas e as demais empresas.

5.4 DA NÃO VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA

Conforme descrito no Art. 5º da CF (1988) todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, contudo, há também que se levar em conta que os desiguais devem ser tratados desigualmente, sendo este o caso das micro e pequenas empresas.

De acordo com o art. 4º, § único, da Lei de Licitações, é plausível assegurar que a licitação é um artifício administrativo, que é consubstanciado num conjunto de atos de forma ordenada e contínua pelo Poder Público, visando assim, a seleção da melhor oferta, em razão de determinado negócio jurídico que se pretende celebrar por meio de contrato. Cada ato deste cumpre uma função específica na conjuntura geral, seja em relação à Administração Pública licitadora, bem como para com os licitantes que devem contemplar os interesses opostos.

Com ênfase ao art. 3º da LEI DE LICITAÇÃO, é possível concluir que a licitação cumpre duas finalidades básicas, que são a garantia da isonomia na atuação administrativa, bem como a obtenção de propostas mais vantajosas ao Poder Público. Neste sentido, depois de identificada a finalidade nuclear da licitação, constata-se a observância do princípio constitucional da Isonomia.

O tratamento diferenciado outorgado pela LC nº 123/2006 às micro e pequenas empresas poderia ser objeto de questionamento, tendo como pano de fundo eventual violação ao princípio constitucional da Igualdade, encartado no art. 5º da Constituição Federal e a própria isonomia a que se refere a Lei de Licitações em seu art. 3º. Nesse mesmo sentido, tramitavam no STF ADINs que atacavam alguns dispositivos da LC nº 123/2006, arguindo supostas inconstitucionalidades. Todavia, nenhuma das ações questiona os benefícios outorgados às Microempresas - ME e empresas de Pequeno Porte – EPP, no tocante a sua participação nas licitações públicas.

A legitimidade dos benefícios estabelecidos pela Lei Complementar advém de determinação constitucional, expressamente prevista nos art. 170, inc. IX e art. 179 da Constituição Federal/1988.

Esse princípio está expresso no inciso XXI do art. 37 da Constituição da República e corroborado pelo inciso I do parágrafo 1º do art. 3º da Lei 8.666/1993, que proíbe a inclusão de qualquer cláusula ou condição capaz de frustrar ou restringir o caráter competitivo do procedimento licitatório, vedando o estabelecimento de preferências ou distinções em razão da naturalidade, sede ou domicílio dos licitantes. Veda, pois, a realização da denominada “licitação dirigida” ou “licitação direcionada”.

Por sua vez, Marçal Justen Filho (2012, p. 64) observa que “somente serão válidos os benefícios instituídos em prol da ME e EPP que seja apta a assegurar a

neutralização das diferenças por elas apresentadas em face das grandes empresas”.

O tratamento diferenciado estabelecido para as microempresas e empresas de pequeno porte deve ater-se às necessidades que estas possuem frente a sua fragilidade, quando concorrem com empresas de grande porte.

Os benefícios supracitados não poderão ser estabelecidos, sem que as diferenças implicadas no regime licitatório estejam expressamente precisas no edital, ou quando não houver um mínimo de três fornecedores enquadrados como microempresa, empresa de pequeno porte ou cooperativa nos âmbitos local ou regional, ou ainda quando a Administração Pública não considerar vantajoso para o objeto a ser licitado esse tratamento diferenciado, conforme disposto na Lei 8666/1993.

Já com relação aos possíveis questionamentos sobre o protecionismo às ME e EPP, Petter (2006, p. 92 a 94), diz que o princípio constitucional invoca um tratamento diferenciado às pequenas empresas constituídas e sediadas no Brasil, incentivando-as e estimulando-as (é a modalidade de intervenção indireta no domínio econômico). Pequenos negócios enfrentam maiores dificuldades de se constituírem (restrições de linhas de crédito, acesso a fornecedores etc.). Ao viabilizar sua criação, instalação e funcionamento, estimula-se a concorrência, mas principalmente a livre iniciativa (num viés substancial), colaborando para o pleno emprego.

O artigo 44 da Lei Complementar 123/2006 prevê que está assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte. Assim, no caso de empate nas disputas das licitações públicas, existem alguns critérios que em tese, privilegiam as ME e EPP. A respeito do direito de preferência, Zimmer (2009) esclarece que a Lei Complementar 123/2006 oferece às microempresas e às empresas de pequeno porte a vantagem de participar do processo licitatório sem o efetivo preenchimento de todos os requisitos exigidos à habilitação. Ramos (2009) ratifica que:

[...] a Lei Geral criou o que se está chamando de empate ficto ou ficção, uma vez que este se configura juridicamente, não apenas quando houver mais de uma proposta com valores idênticos, mas também serão consideradas como empate as situações em que a diferença entre as propostas se enquadre num determinado limite percentual.

[...] Com relação à análise das propostas e a exequibilidade de preços, cabe-se enfatizar que a Administração Pública deverá verificar a conformidade dos valores propostos na Licitação, com os valores de mercado, cumprindo-se também o dever de constatar a execução imperfeita ou parcial do objeto contratado, ou sua total inexecução.

O Poder Judiciário entende que o princípio da Isonomia deve ser plenamente respeitado, não cabendo um tratamento diferenciado às ME e EPP, somente pelo simples fato de participarem das licitações públicas. Todos os critérios a serem observados com vistas ao favorecimento que predispõe a Lei Complementar nº123/2006 devem constar no edital, caso contrário, as empresas concorrerão em igualdade de condições. O Decreto 6.204/2007 regulamenta o tratamento favorecido, diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte nas contratações. Também estabelece em seu artigo 5º, §4º ao §7º, as condições nas quais será concedido o direito de preferência:

[...] § 4º A preferência de que trata este artigo será concedida da seguinte forma:

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

II – Na hipótese da não contratação da microempresa ou empresa de pequeno porte, com base no inciso I, serão convocadas as remanescentes que porventura se enquadrem em situação de empate, na ordem classificatória, para o exercício do mesmo direito; e

III – no caso de equivalência dos valores apresentados pelas microempresas e empresas de pequeno porte que se encontrem em situação de empate, será realizado sorteio entre elas para que se identifique aquela que primeiro poderá apresentar melhor oferta.

§ 5º Não se aplica o sorteio disposto no inciso III do § 4º quando, por sua natureza, o procedimento não admitir o empate real, como acontece na fase de lances do pregão, em que os lances equivalentes não são considerados iguais, sendo classificados conforme a ordem de apresentação pelos licitantes.

§ 6º No caso do pregão, após o encerramento dos lances, a microempresa ou empresa de pequeno porte melhor classificada será convocada para apresentar nova proposta no prazo máximo de cinco minutos por item em situação de empate, sob pena de preclusão.

§ 7º Nas demais modalidades de licitação, o prazo para os licitantes apresentarem nova proposta deverá ser estabelecido pelo órgão ou entidade contratante, e estar previsto no instrumento convocatório.

Constata-se que o tratamento diferenciado às micros e pequenas empresas está contido expressamente em Legislação Federal, fato esse que o torna “grande benefício” às microempresas e às empresas de pequeno porte. Cabe,

portanto, ao Estado adequar o tratamento às situações que são expostas pela Lei e cumprir de fato, a função social que lhe é incumbida.

Neste sentido, para dar cumprimento ao 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, dispõe o art. 48 da LC nº 123/2006, que a Administração Pública:

- I - Deverá realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nos itens de contratação cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais);
- II - Poderá, em relação aos processos licitatórios destinados à aquisição de obras e serviços, exigir dos licitantes a subcontratação de microempresa ou empresa de pequeno porte;
- III - deverá estabelecer, em certames para aquisição de bens de natureza divisível, cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte.

Note-se, contudo, que as três prerrogativas legais acima elencadas, conferidas às ME e EPP, devendo ser adotada pelos entes da Federação, recebem no art. 49 do mesmo Estatuto, limites para a fixação destas formas de tratamento diferenciado e simplificado.

6 - CONSIDERAÇÕES FINAIS

As Microempresas - ME e Empresas de Pequeno Porte - EPP são, de fato, de extrema importância para o Brasil, representando um pertinente fragmento de sua economia, favorecendo os empregos formais, partilhados entre o comércio e atividades de serviços. É uma verdadeira base da economia nacional do país, devido ao incentivo que recebe do Poder Público, a fim de que realize suas atividades da maneira menos dificultosa e simplificada, gerando mais lucros e o consequente desenvolvimento e crescimento do país.

O presente estudo destacou o debate acerca das alternativas contempladas na Lei Complementar nº 123/2006 para promoção de incentivos e tratamento diferenciado para as Microempresas e Empresas de Pequeno Porte é de grande importância social, sobretudo no que tange às prerrogativas estabelecidas nas Licitações Públicas, por significarem vultosos recursos públicos envolvidos.

Quando se trata das contratações realizadas pelo Poder Público, os benefícios conferidos aos micro e pequenos empresários são de extrema relevância, pois o Estado, ao concedê-los, impulsiona o desenvolvimento nacional sustentável, a concorrência isonômica entre os participantes e a diminuição dos gastos com aquisição de bens e serviços.

Observa-se que o tratamento diferenciado tem respaldo na própria Constituição Federal, que impõe a adoção de medidas jurídicas destinadas a proteger e incentivar a atuação de micros e pequenas empresas, de modo a promover o princípio da Isonomia. A Lei Complementar 123/2006, tem o escopo de incentivar o desenvolvimento econômico e social, bem como estimular o processo de inovação tecnológica, mediante a implantação de políticas públicas mais eficientes para o setor.

Conclui-se que, sendo o instituto da Licitação, o instrumento pelo qual a Administração Pública contrata os particulares, faz-se necessário que todos sejam tratados com igualdade. Todavia, o trabalho desenvolvido demonstra que as ME e EPP são privilegiadas nos processos de licitação, pois são frágeis frente às empresas de grande porte. Desta feita, não há que se falar em violação do princípio da Isonomia, haja vista que os desiguais devem ser tratados desigualmente. Isso

porque podem concorrer em pé de igualdade com empresas de grande porte, contribuindo para economia do erário público.

Nesse contexto, observa-se que no artigo 48 da Lei Complementar nº 123/2006 trazia a possibilidade de participação exclusiva de microempresas e empresas de pequeno porte nas contratações cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais). Contudo, a Lei Complementar nº 147/2014, alterou o artigo 48, estabelecendo que a participação exclusiva de Microempresas - ME e Empresas de Pequeno Porte - EPP nos processos licitatórios de até R\$ 80.000,00 passa a ser obrigatória.

Assim no decorrer deste estudo, evidencia-se que o tratamento diferenciado às Microempresas - ME e Empresas de Pequeno Porte - EPP, possui amparo constitucional e que essa prerrogativa muito contribuiu para a obtenção de um maior índice de sobrevivência das microempresas e das empresas de pequeno porte. O papel do Estado no desenvolvimento econômico é amplamente tratado pela Constituição. Seguindo este exemplo, vemos que o Estado possui meios para proporcionar formas de crescimento político, econômico e social para o país, alinhados ao bem-estar do seu povo, motivo pelo qual a Lei Complementar nº 123/2006, pautada nos princípios constitucionais e alinhada às políticas públicas, possui expressa relevância e contribuição ao progresso do país.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 19. ed São Paulo: Método, 2011.

ALVES, Daniel Marcelo. **Princípios que regem a Licitação**. Negócios Públicos, São Paulo, ano 4, junho 2008.

ANDRADE, Robson Braga de. **Manual Comentado da Lei Geral da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte**. Disponível em:

<http://www.fiemg.org.br>. Acesso em 20 de outubro de 2018.

BRASIL. **Lei Complementar nº 123 de 14 de dezembro de 2006**: Lei Geral das Micro e Pequenas Empresas. Brasília: Senado Federal. Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2007.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao_compilado.htm>

Acesso em: 17 de outubro de 2018.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Licitações e contratos**: orientações e jurisprudência do TCU. 4. ed. Brasília: Secretaria Especial de Editoração e publicações, 2010.

BRASIL **LEI 8.666 de 21/06/1993**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 18 out. 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

DURÃO, Pedro. **Licitações Públicas**. Aracaju: Direito Mais, 2018.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 15. ed São Paulo: Dialética, 2012.

MAMEDE, Gladston; SEGUNDO, Hugo de Brito Machado; NOHARA, Irene Patrícia;

MARTINS, Sergio Pinto. **Comentários ao estatuto nacional da microempresa e empresa de pequeno porte**: Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. São Paulo: Atlas, 2007.

- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30ª edição. São Paulo: Malheiros, 2013.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitações e Contratos Administrativos**. 14ª edição atualizada por Eurico de Andrade Azevedo e Vera Monteiro. São Paulo: Malheiros, 2006.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 34. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
- MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas Licitações e Contratos**. 10ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.
- PETTER, Lafayete Josué. **Direito econômico**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.
- SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado: o substrato clássico e os novos paradigmas como pré-compreensão para o direito constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- ZIMMER JÚNIOR, ALOÍSIO. **Curso de Direito Administrativo**. 3ª ed. São Paulo: Editora Método, 2009.