

**FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE SERGIPE**

**CARLOS YURI BARROS DE SOUZA**



**O FAVORECIMENTO ÀS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO  
PORTE NAS COMPRAS E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS**

**Aracaju**

**2012**

**CARLOS YURI BARROS DE SOUZA**

**O FAVORECIMENTO ÀS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO  
PORTE NAS COMPRAS E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS**

Monografia apresentada a Faculdade de  
Administração e Negócios de Sergipe –  
FANESE, como um dos pré-requisitos para  
obtenção de grau de bacharel em Direito.

**Orientador (a):**

**PROF. MS. PEDRO DURÃO**

**Aracaju**

**2012**

FANESE  
BIBLIOTECA Dra. CELUTA MARIA MONTEIRO FREITAS  
N.º RG. \_\_\_\_\_ DATA   /  /    
ORIGEM \_\_\_\_\_

#### FICHA CATALOGRÁFICA

Souza, Carlos Yuri Barros de

O favorecimento às microempresas e empresas de pequeno porte nas compras e contratações públicas/ Carlos Yuri Barros de Souza. – 2012.

93f.

Monografia (Graduação) – Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe, 2012.

Orientação: Me. Pedro Durão

1. Direito administrativo 2. Licitações e contratos  
3. Empresas de pequeno porte 4. Benefícios legais I. Título

CDU 342.9(813.7)

**CARLOS YURI BARROS DE SOUZA**

**O FAVORECIMENTO ÀS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO  
PORTE NAS COMPRAS E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS**

Monografia apresentada a  
Faculdade de Administração e  
Negócios de Sergipe – FANESE,  
como um dos pré-requisitos para  
obtenção de grau de bacharel em  
Direito.

**Aprovada em 25/06/2012**

**BANCA EXAMINADORA**

**Prof. Ms. Pedro Durão**  
**Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe – FANESE**

**Prof. Vitor Condorelli dos Santos**  
**Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe – FANESE**

**Prof. Agripino Alexandre dos Santos Filho**  
**Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe – FANESE**

## AGRADECIMENTOS

Agradecer nem sempre é uma tarefa fácil, o medo de esquecer alguém importante é suficiente para bloquear o fluxo de palavras no monitor. Entretanto, poucas coisas são tão necessárias na vida quanto agradecer.

O início óbvio é por meus pais, e dessa vez eu não vou fugir do lugar-comum. Agradeço a meu pai José Carlos (*in memoriam*), advogado, defensor público, o amor que ele me transmitiu pelos livros. Não foi fácil digitar esse *in memoriam*, como não foram fáceis esses anos sem sua presença pai, seus conselhos ainda ecoam em minha cabeça, espero ter a sapiência suficiente para segui-los, e quem sabe ser um dia um pai tão bom e amado quanto você foi, quanto você é.

Agradeço a minha mãe, mulher de fibra e coragem, amparo e porto seguro de meu pai e dos filhos, capaz não só de suportar os momentos mais difíceis, mas também de superá-los. Obrigado mãe por me ensinar a seguir em frente, obrigado por me fazer entender, mesmo na desesperança, que um futuro se descortinava. Eu ainda preciso de sua força, e sei que posso contar com ela.

Agradeço a minhas irmãs, não só por me suportarem, mas por me entenderem. Só Deus sabe como elas conseguem. Eu as amo, embora tão poucas vezes tenha dito isso.

Agradeço aos meus familiares, e em especial na figura dos meus tios Fernando (*in memoriam*) e Zalo, verdadeiros pais sempre que eu precisei.

Agradeço ao meu orientador, o professor mestre Pedro Durão pelo apoio e confiança.

Agradeço a Mônica, amor da minha vida, mulher a quem todos os dias eu tento merecer, por me ensinar a amar, por me completar, por me fazer uma pessoa melhor, ou pelo menos tentar ser uma. Por ser amiga, idealista, corajosa e honesta. Pra sempre Mozinha, pra sempre.

E agradeço a Jeová, por colocar todas estas pessoas em minha vida, pela minha vida em si.

Dedico este trabalho aos meus pais, que me ensinaram a viver, e a Mônica, que me ensinou a amar.

## RESUMO

A Lei Complementar 123/2006 estabeleceu o tratamento favorecido às Micro Empresas e Empresas de Pequeno Porte em diversas áreas do Direito, entre elas o Direito Administrativo ao privilegiar a participação destas nas licitações públicas. Isto posto, torna-se importante o estudo do tema para estabelecer o *modus operandi* pelo qual a Administração irá dar efetividade à Legislação citada - relativamente às licitações públicas - uma vez que o correto entendimento da aplicação desta Lei, à luz dos artigos 170, IX e 179 da Constituição da República pode favorecer economicamente as empresas de pequeno porte, ou prejudicá-las quando mal interpretadas. O presente trabalho tentará desenvolver uma análise crítica sobre a aplicabilidade dos mandamentos constitucionais relativos às Micro Empresas e Empresas de Pequeno Porte nas licitações públicas, bem como um estudo das consequências práticas oriundas da edição da Lei Complementar 123/2006 no que toca a vantajosidade da participação destas nos processos licitatórios, com especial ênfase para as licitações regidas pelo Decreto 6.204/2007, ou seja, as de âmbito federal. Além da consulta às doutrinas e jurisprudências de praxe, serão apresentados dados oriundos do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, e do portal da internet [comprasnet.gov.br](http://comprasnet.gov.br), do Governo Federal.

Palavras-chave: Direito Administrativo; Licitações e Contratos; Empresas de pequeno porte; Benefícios legais.

## ABSTRACT

The Complementary Law 123/2006 established the favored treatment to the Micro Firms and Little Size Firms at various Law fields, between then, the Administrative Law when it concerns their participations at the public biddings. So, it is important the study of this theme to determine the *modus operandi* on the Administration giving effectiveness to the mentioned Law – relatively to the public biddings – since that the correct understanding of the application of this Law, among the articles 170, IX and 179 of the Republic Constitution, may economically help or harm this firms, when misinterpreted. This work will develop a critical investigation about the applicability of constitutional commandments related to the micro and little firms at the public biddings, and study the real consequences of the Complementary Law 123/2006 as advantages of this kind of firms at the public biddings proceeds, with special emphasis to the public biddings ruled by the Decree 6.204/2007, in other words, that ones in federal scope. Besides the ordinary consulting of the doctrine and the jurisprudence, will be presented data of the Ministry of Planning, Budget and Management, and of the internet portal [comprasnet.gov.br](http://comprasnet.gov.br), of the Federal Government.

Key words: Administrative Law; Public Biddings and Agreements; Little Size Firms; Law Benefits.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

- ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade
- ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamenta
- AGU – Advocacia Geral da União
- CF – Constituição Federal
- CPL – Comissão Permanente de Licitação
- CND – Certidão Negativa de Débito
- CNJ – Conselho Nacional de Justiça
- DEM – Partido Democratas
- DNRC – Departamento Nacional de Registro de Comércio
- GPS – Global Position System
- IN – Instrução Normativa
- LC – Lei Complementar
- LLC – Lei de Licitações e Contratos
- LRF – Lei de Responsabilidade Fiscal
- MPE – Micro e Pequena Empresa
- MPOG – Ministério do Planejamento Orçamento e Gestão
- PIS – Programa de Integração Social
- SERPRO – Serviço de Processamento de Dados do Governo Federal
- SIASG – Sistema de Administração e Serviços Gerais do Governo Federal
- SICAF – Sistema de Cadastramento de Fornecedores do Governo Federal
- SIMPLES – Sistema integrado de pagamento de impostos e contribuições das microempresas e empresas de pequeno porte
- SINREM – Sistema Nacional de Registro de Empresas Mercantis

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TCU – Tribunal de Contas da União

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>11</b>
<b>2 CONTEXTUALIZAÇÃO VESTIBULAR.....</b>	<b>17</b>
2.1 A principiologia aplicada ao tema.....	21
<b>3 A QUESTÃO CONSTITUCIONAL.....</b>	<b>24</b>
3.1 Da constitucionalidade formal das normas postas pela Lei Complementar 123/2006.....	24
3.2 Da constitucionalidade material das normas postas pela Lei Complementar 123/2006.....	27
3.3 Da constitucionalização do Direito Administrativo.....	32
<b>4 O ENQUADRAMENTO COMO MICROEMPRESA OU EMPRESA DE PEQUENO PORTE.....</b>	<b>38</b>
4.1 Críticas ao critério de enquadramento.....	40
4.2 Defesa dos critérios legais.....	43
<b>5 OS BENEFÍCIOS CONCEDIDOS PELA LC 123/2006.....</b>	<b>48</b>
5.1 Prazo especial para apresentação de regularidade fiscal na fase de habilitação.....	51
5.2 A preferência em empates.....	58
5.3 A cédula de crédito microempresarial.....	64
5.4 Licitações diferenciadas.....	70
5.4.1 Licitações exclusivas para MPEs.....	77
5.4.2 Licitações com subcontratações de MPEs.....	79
5.4.3 Licitações com cotas para MPEs.....	82
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>86</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>91</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O trabalho em comento foi desenvolvido a partir do tema favorecimento constitucional às micro e pequenas empresas nas compras e contratações públicas, e tem como meta realizar a análise da possibilidade constitucional de se aplicar as normas específicas para esta situação, bem como afastar as alegações de inconstitucionalidade material e/ou formal relacionadas ao assunto.

O arcabouço jurídico pátrio, com considerável atraso, tem recebido legislações que visam dar a merecida efetividade ao comando constitucional esculpido nos arts. 170, IX e 179 da nossa Lei Maior. Entre elas destacam-se: a Lei Complementar nº 123/2006 e o Decreto Federal 6.240/2007, além de outras legislações de cunho mais específico ou instruções normativas de aplicabilidade federal. Contudo, questiona-se a constitucionalidade, em especial, destes dois diplomas citados, mas também daqueles derivados destes no tocante à maneira como se decidiu efetivar o princípio do favorecimento às empresas de pequeno porte. Assim, recorre-se a questionamentos da constitucionalidade formal (lei complementar), bem como da constitucionalidade material, isto é, do teor dos diplomas legais citados.

Além deste debate, surge também o problema da aplicação das normas citadas, quando em contato com a realidade da Administração Pública, isto porque existe todo um sistema que visa ser legalista, mas que de fato preza pelo exacerbado apego burocrático, que emperra a efetividade destes dispositivos e que vão de encontro ao agora se conhece como princípio constitucional da eficiência.

Desse choque, ou seja, do encontro entre as diversas legislações de ordem fiscal, portarias, decretos e instruções normativas com sentido amplo, geral e quase irrestrito (que quase sempre têm por objetivo salientar a supremacia do interesse público - leia-se supremacia do interesse dos Governos Federal e Estaduais), com as normas oriundas da Constituição, favorecedoras das empresas de pequeno porte, surge a necessidade de lançar luz sobre novas formas de se interpretar sistematicamente a legislação em vigor.

Este estudo tem como objetivo geral analisar as formas de cumprimento do comando constitucional de favorecimento às micro empresas nas compras e contratações públicas, e como objetivos específicos descrever o cumprimento do artigo 170, IX da Constituição da República, através das legislações que o regulam; debater os diversos argumentos de inconstitucionalidade acerca desta legislação, e apresentar as dificuldades de implementação do sistema que regula o texto constitucional acerca do favorecimento à micro empresas nas compras e contratações públicas.

Assim como diversos mandamentos de ordem constitucional, o tratamento favorecido às empresas de pequeno porte encontra obstáculos consideráveis para a sua aplicação. Tais obstáculos são de **ordem teleológica** (aqueles que entendem que a Lei Maior não autoriza as espécies de vantagem que estão sendo garantidas em ritmo lento através de legislações complementares), de **ordem jurídico-interpretativas** (os que enxergam inconstitucionalidades na edição da própria Lei Complementar 123/2006), e envolvem problemas de **ordem prática** (divididos entre o acesso das micro e pequenas empresas às licitações públicas, prejudicado pelo desconhecimento destas da engrenagem estatal que rege as compras administrativas, e os subterfúgios e métodos evasivos encontrados por empresas de grande porte para evitar o que eles consideram uma perda de mercado significativa).

O presente trabalho foi realizado mediante pesquisa bibliográfica e documental, com substrato na doutrina jurídica atual, na legislação brasileira, na jurisprudência que vem sendo produzida acerca do tema, em pareceres da procuradoria Geral da República e em decisões administrativas do Tribunal de Contas da União.

Uma vez que o favorecimento às empresas de pequeno porte nas compras e contratações públicas, da forma que se apresenta, é uma inovação teórico-jurídica no Direito brasileiro, o escopo deste trabalho será restrito ao direito pátrio, não sendo necessário lançar mão de ferramentas tais como o direito comparado. Desta maneira, o recorte geográfico do tema o restringirá às normas produzidas no Brasil.

Quanto à temporalidade, embora o favorecimento de que trata o presente trabalho já se encontrasse no texto original dos artigos 170, IX e 179

da Constituição da República, este só veio a encontrar reflexos na realidade a partir de sua regulamentação pela Lei Complementar 123/2006. Diante disso, o recorte temporal do presente trabalho terá termo inicial no ano de 2006, com a edição da mencionada Lei Complementar, e termo final o início do presente ano, a saber, 2012.

A opção pela pesquisa bibliográfica e documental se deve tanto à natureza das fontes disponíveis – bibliográficas (doutrina) e documentais (legislação, jurisprudência, pareceres e decisões administrativas) – quanto à própria natureza da pesquisa em ciências humanas que, conforme Cervo e Bervian tem neste tipo de pesquisa seu meio de formação por excelência.

Assim, a pesquisa bibliográfica permitirá que o trabalho retrate o estado da arte sobre o tema e que aborde um amplo leque de situações as quais o autor não poderia pesquisar empiricamente.

Como sabido, é a variedade de fontes de pesquisas que exigirá do pesquisador diferentes procedimentos para sua manipulação. No caso do presente trabalho, as fontes bibliográficas e documentais a serem utilizadas serão inicialmente acessadas por leituras de reconhecimento e seleção, visando identificar aquelas que se aplicam especificamente ao tema em tela. Novas leituras, neste momento mais analíticas e interpretativas, serão realizadas antes do início da elaboração do texto.

Outro tópico importante é a forma de acesso às informações bibliográficas e documentais. As primeiras serão acessadas diretamente em suas fontes doutrinárias, nas obras dos autores de referência, selecionados por sua afinidade com o tema e relevância no campo científico jurídico. Já as fontes documentais serão obtidas nos websites das instituições que produzem tais documentos (como o Tribunal de Contas da União, por exemplo), e em compêndios especializados nos mesmos. A utilização de websites é uma modalidade de pesquisa bibliográfica que tende a um crescimento exponencial e já é plenamente reconhecida como tal.

Considerando o conteúdo da pesquisa a que se propõe o presente trabalho – o exame dos mecanismos de cumprimento de um comando constitucional – bem como sua forma – pesquisa bibliográfica e documental – o método de análise dos dados levantados na pesquisa será descritivo. Isso

significa, que seu foco principal será descrever um sumário dos dados contidos nas amostras bibliográfica e documental analisadas.

Após apresentados o cabedal doutrinário e a produção jurisprudencial e administrativa sobre o tema, serão utilizadas ferramentas de análise jurídica para a interpretação dos dados, sobretudo as interpretações sistemática constitucional e teleológico-axiológica. Com isso, espera-se refletir na presente pesquisa tanto a vontade do legislador, sua intenção ao legislar, quanto uma leitura da norma que garanta sua harmonia com a Constituição da República e os demais institutos do sistema normativo pátrio.

A Lei Complementar 123/2006 estabeleceu o tratamento favorecido às Micro Empresas e Empresas de Pequeno Porte em diversas áreas do Direito, entre elas o Direito Administrativo ao privilegiar a participação destas nas licitações públicas.

A Lei Complementar nº 123/2006 estabeleceu o tratamento favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte em diversas áreas do Direito, entre elas o Direito Administrativo, ao privilegiar a participação destas nas licitações públicas. Diante de tal realidade jurídica, torna-se importante o estudo do tema para estabelecer o *modus operandi* pelo qual a Administração dará efetividade à Legislação citada, uma vez que o correto entendimento da aplicação desta Lei, à luz dos artigos 170, IX e 179 da Constituição da República, pode favorecer economicamente as empresas de pequeno porte, ou prejudicá-las quando mal interpretados.

Não restam dúvidas acerca da importância que as empresas de pequeno porte podem ter para consolidar o processo de reestruturação econômica do País. Criadoras de empregos, geradoras de renda e importantes atores econômicos no processo de movimentação financeira, o estímulo às chamadas MEs e EPPs já se apresentava como fundamental quando da Assembléia Nacional Constituinte. O estudo dos problemas que atravancam esse incentivo é de grande relevância. Sendo assim, tal estudo contribui para uma análise dos problemas encontrados pelas micro e pequenas empresas, no momento em que decidem lançar mão de um privilégio legal ao participarem das licitações públicas.

Considerando superada a polêmica a respeito da cientificidade do Direito, ou ao menos partindo deste princípio, o estudo do tema em questão busca compreender o funcionamento de diversos dispositivos legais relacionados ao tema, em especial a Constituição da República, a Lei Complementar nº 123/2006, as Leis nº 8.666/93 e nº 10.520/2002, e os Decretos nº 5.405/2005 e nº 6.204/2007, entre outros dispositivos.

À título de prolegômeno, encontrar-se-á neste texto o debate dos seus temas introdutórios no capítulo dois, denominado de contextualização vestibular, onde a matéria será introduzida, e onde se examinará, ainda que não de forma terminativa, os princípios mais evidentemente relacionados ao objeto de estudo.

Logo depois, examinar-se-á a conturbada questão constitucional relacionada ao tema. Serão expostos os argumentos, costumeiramente levantados, relativos às inconstitucionalidades formal e material, bem como a defesa dos benefícios legais e a tentativa de se afastar os argumentos de inconstitucionalidade. Essa defesa, por sua vez, relaciona-se direta e estreitamente com o fenômeno da constitucionalização do Direito Administrativo, que também será abordado.

A seguir, surge o controvertido tema do enquadramento como micro empresa ou empresa de pequeno porte, combatido (e não sem razão) por doutrinadores do assunto e por todos aqueles que, de uma forma ou de outra, estão relacionados ao assunto, como servidores públicos atuantes na área de licitações e contratos, por exemplo.

Não obstante as críticas ali dispostas e explicadas tentar-se-á argumentar em favor dos critérios legais, com o entendimento de que estes não só são legais; é necessário que se mantenham da forma estabelecida pelo legislador, para dar efetividade ao pretendido pela legislação.

Dessa forma, no presente trabalho, o leitor encontrará o estudo dos benefícios criados pela Lei Complementar nº 123/2006, com o detalhamento das críticas referentes a cada um deles, sua atual situação de aplicabilidade (ou não aplicabilidade, como se verá no caso da cédula de crédito empresarial), a posição da doutrina, a manifestação majoritária da jurisprudência sobre o conjunto dos benefícios e a cada um deles

isoladamente, e o comportamento da prática administrativa em relação a esses benefícios.

## 2 CONTEXTUALIZAÇÃO VESTIBULAR

O Estado precisa comprar. Esta afirmação, assim isolada, parece óbvia ou até mesmo sem sentido se não entendida em sua conjuntura. Todavia, o ato de comprar por parte do Estado significa, no Direito Pátrio, o cumprimento de uma legislação específica, em especial a Lei 8.666/93; mas não somente esta. Também se faz necessário observar outros diplomas legislativos referentes ao assunto. E especialmente, no tocante às compras federais, despontam os decretos, portarias e instruções normativas, que esmiúçam significativamente o assunto.

A assertiva acima exposta é uma consequência natural do funcionamento do Estado, que para continuar exercendo suas atividades típicas, e em *ultima ratio* cumprir sua função, qual seja organizar política, social e juridicamente seus cidadãos, necessita adquirir bens e serviços. Esta é, aliás, uma visão mais restritiva da função do Estado, e mais de acordo com o neoliberalismo que talhou a condução das políticas públicas nos últimos anos, com reflexos imediatos e profundos no Direito Administrativo,

Tal fenômeno teve por resultado a “diminuição” dos Estados ao redor do mundo ocidental, pois não caberia a estes imiscuir-se diretamente em assuntos que dizem respeito à sociedade, e em especial ao mercado, devendo apenas e tão somente agir como poder regulador e fiscalizador.

A esta redução, se costuma dar o nome de Estado Mínimo, cuja definição já foi dada por Pedro Durão:

O embasamento do Estado mínimo consiste na ideia de enxugamento das atividades estatais, com o fito de tornar este mesmo Estado mais ágil, mais eficiente e mais provedor das atividades que assim se fazem imprescindíveis para a manutenção da sociedade como um todo<sup>1</sup>.

Seja sob esse prisma, ou seja sob uma visão que prega uma participação maior dos Estados, o fato é que o funcionamento dos mesmos depende da aquisição de bens e serviços. Desta forma, é possível imaginar

---

<sup>1</sup> DURÃO, Pedro **Convênios e Consórcios Públicos**. Curitiba: 3. ed. Juruá, 2011, p. 45.

que as quantias envolvidas nestas aquisições são vultosas, o que explica a necessidade de tecer um regramento próprio para o assunto.

Este regramento, por sua vez, precisa estar compromissado com os instrumentos e princípios insertos na nossa Constituição, de forma a dar efetividade aos mesmos. Nesse sentido, surgem os artigos 170, IX e 179 da Lei Maior como dispositivos, entre diversos outros, a serem respeitados e cumpridos por toda e qualquer legislação que mantenha relação com os artigos acima mencionados. E do que eles tratam?

O artigo 170, IX da Carta Política diz:

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:

(*omissis*)

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.<sup>2</sup>

Importante ressaltar que o “tratamento favorecido” foi esculpido no texto constitucional sob a forma de princípio, com o caráter ontológico inerente a este. O legislador, via de regra, não utiliza palavras vãs, não confere a normas determinado *status* ou condições à toa. Se tal afirmação faz sentido quando da interpretação de leis ordinárias, infraconstitucionais, não seria diferente quando do escólio de norma criada pelo constituinte, seja ele originário ou não. Assim o é, não apenas pelas formalidades necessárias para a criação (ou introdução) de norma constitucional em nosso sistema legislativo, que de fato são mais rígidas, mas também, e principalmente, pelo alcance dessa norma, entendida também como a capacidade da Constituição de alterar profundamente a realidade fática de uma sociedade.

No que diz respeito à cabeça do artigo, não se pode olvidar o fato de que, ao tratar de ordem econômica, mais especificamente nas qualidades que a fundam, a Constituição da República, que rege as atividades econômicas fundadas em sua maioria na forma econômica capitalista (assimilação dos

---

<sup>2</sup> BRASIL. Casa Civil. **Constituição de 1988**. Brasília: [s.d.] Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm)>. Acesso em 31.03.2012

meios de produção pela iniciativa privada), faz importante reserva ao componente humano, destacando o que poderia ser entendido como defesa, ou previsão, do *Welfare State*; em bom português: estado de bem estar social. Não é outra a razão da inclusão dos “ditames da justiça social” a temperar a ordem econômica.

Por sua vez, o artigo 179 versa:

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.<sup>3</sup>

Desta feita, mesmo não tendo expressado um caráter principiológico à regra, quando a mesma é analisada de forma sistemática não se duvida da ligação entre os artigos aqui elencados, de forma que não seria absurdo dizer que o mesmo princípio exposto no art. 170, IX, também regulamenta o texto do artigo 179.

Assim sendo, a ligação entre os mandamentos constitucionais aqui expostos e o sistema nacional de compras e contratações é evidente, uma vez que favorecer o tratamento às empresas de pequeno porte, dando-lhes tratamento jurídico diferenciado em todas as esferas administrativas, importa, no campo da *práxis*, em facilitar que estas realizem sua atividade fim, ou seja, que estas consigam vender e conseguir contratos de prestação de serviços, seja considerando a facilitação, introdução e manutenção destas empresas no mercado, seja concedendo vantagens e favorecimentos para mitigar as dificuldades naturais destas em não apenas contratar com a Administração Pública, pois este é um resultado quase que natural, mas em lidar mais facilmente, com os caminhos tortuosos da burocracia.

Isto por que, *a priori* poder-se-ia imaginar que esta facilitação seria dada apenas e tão somente em um universo de negócios entre particulares, o que é compreensível, uma vez que a simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, conforme afirma a Lei Maior, tem este efeito quase que imediato quando bem executada. Contudo, e

---

<sup>3</sup> Id Ibid., [n.p.]

até por consequência lógica como já dito, o principal efeito dá-se com relação aos negócios tratados entre as empresas de pequeno porte e a Administração Pública.

Diz-se consequência lógica, porque não existe maior “comprador” ou “contratador” do que a Administração, em especial a União, segundo dados extraídos do SIASG (Sistema de Administração e Serviços Gerais) a União gastou R\$ 19.526.618.450,24 (dezenove bilhões, quinhentos e vinte e seis milhões, seiscentos e dezoito mil, quatrocentos e cinquenta reais e vinte e quatro centavos) em licitações apenas de Janeiro a Junho do exercício de 2011<sup>4</sup>.

Desta forma, este tratamento preferencial acaba por ter mais reflexos sob este viés, e justamente por causa disso, fez-se necessária a criação (e aperfeiçoamento) de um sistema jurídico que não somente comportasse esta realidade, mas antes, favorecesse este cenário, de forma a dar, conforme já dito, a devida efetividade ao texto constitucional.

Descortina-se portanto o cenário de administrar, gerir, o micro-sistema jurídico já mencionado, uma vez que a já referida efetividade não se dá apenas com a edição de leis (no caso em comento a Lei Complementar 123/2006) pois a realidade da Administração Pública encontra-se repleta de meandros, dificuldades técnicas e interpretações dúbias que necessitam, como já dito, da formatação de um sub-sistema de normas inferiores por assim dizer, em especial portarias e instruções normativas.

Assim, como já visto, e à título de definição, é a licitação a forma escolhida pelo Estado para comprar materiais ou contratar serviços, garantindo o cumprimento dos princípios constitucionais atinentes à Administração Pública, em especial os da moralidade e impessoalidade. Isto porque, busca garantir através do retrocitado sistema legislativo, que estas compras e contratações públicas se deem de forma transparente, e sem beneficiar de forma obscura ou sub-reptícia a ninguém.

---

<sup>4</sup> BRASIL. **SIASG On line**, Disponível em: <<http://acesso.serpro.gov.br>>. Acesso em: 10 abril 2012

## 2.1 A Princiologia Aplicada ao Tema

O princípio da moralidade, quando aplicado às licitações públicas, quer dizer exatamente isto: todo o processo licitatório ocorrerá de acordo com regras procedimentais compatíveis com o comportamento ético esperado dos servidores públicos. Também é definido por meio do Decreto nº 1171/94 como “primados maiores que devem nortear o servidor público, seja no exercício do cargo ou função, ou fora dele”.<sup>5</sup>

Tal postulado já foi merecedor de interessante definição por parte do Ministro Gilmar Mendes:

[...] pode-se dizer que a reverência que o direito positivo presta ao princípio da moralidade decorre da necessidade de pôr em destaque que, em determinados setores da vida social, não basta que o agir seja juridicamente correto; deve, antes, ser também eticamente inatacável.<sup>6</sup>

Já a impessoalidade, pode ser definida, no caso em comento, como uma consequência natural e inevitável da moralidade, isto é, o comportamento moral e ético esperado da Administração Pública em relação às suas licitações não irá beneficiar, por meio da quebra do princípio da impessoalidade, a quem quer que seja. Vale lembrar que ao lado desses dois principais fundamentos ergue-se também, e de forma mais recente, o princípio da eficiência, instituído pela Emenda Constitucional nº 19 de 1998, emenda esta conhecida popularmente como *reforma administrativa*, que deu nova redação ao artigo 37 da Carta Magna entre outros artigos.

O princípio da eficiência pode ser estudado basicamente sob dois aspectos: mediante a ótica do agente público e sob o prisma da Administração Pública. Quando falamos do agente público, nos referimos à obrigação deste de fazer o possível para agir com presteza e rapidez, buscando maximizar seu rendimento na prestação dos serviços públicos. Já no que diz respeito à atuação da Administração Pública, devemos destacar o aspecto econômico.

---

<sup>5</sup>BRASIL. CasaCivil. **Decreto 1171/1994**, disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d1171.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d1171.htm)> Acesso em 01.04.2012.

<sup>6</sup>MENDES, Gilmar Ferreira, et al **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: 2. ed. Saraiva, 2008, p. 833.

Tal aspecto procura respaldar as decisões administrativas (levando-se em conta a relação custo-benefício das decisões), bem como atentar para a melhor solução organizacional para a estrutura da Administração, de modo a evitar a manutenção de órgãos ou entidades que estejam subutilizados.

Neste sentido, se faz necessário destacar a Lei nº 9.784/1999 que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, e que não por acaso é da mesma época da Emenda Constitucional 19/1998, e que em seu artigo 2º diz que a Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Segundo Odete Medauar:

O vocábulo liga-se à ideia de ação, para produzir resultado de modo rápido e preciso. Associado à Administração Pública, o princípio da eficiência determina que a Administração deve agir, de modo rápido e preciso, para produzir resultados que satisfaçam as necessidades da população.<sup>7</sup>

Afora os princípios explícitos, ou expressos, ainda há de se reconhecer por parte do Poder Público a orientação e a força normativa dos chamados princípios implícitos, ou como chamados por José dos Santos Carvalho Filho, princípios reconhecidos. São aqueles, que muito embora não estejam textualmente presentes na legislação, não podem ter a sua importância diminuída. O melhor exemplo talvez seja a própria supremacia do interesse público sobre o interesse particular, de valor inestimável para a própria compreensão do Direito Administrativo enquanto ramo jurídico.

Dessa forma, faz-se necessário equilibrar a ética burocrática com a eficiência célere das compras. Em outras palavras, balancear nos processos de compras e contratações da Administração Pública os princípios de matizes éticas e moralizadoras (os quais, devido a sua natureza, tendem a burocratizar os procedimentos administrativos) com a eficiência destas mesmas compras.

A título de exemplo, se pode referir à contratação de empresas para realização de obras públicas de engenharia, uma vez que em muitos casos,

---

<sup>7</sup> MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno** 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 141.

tais serviços representam significativo avanço ou desafogo para a comunidade que vai ser beneficiada pela obra. Nestes casos, o aspecto da celeridade na construção ou reforma que se pretende é essencial, as vezes fundamental até para que se alcance a finalidade de todo e qualquer ato administrativo, qual seja, o interesse público.

Não obstante (em especial no caso de serviços de engenharia prestados à Administração Pública), há de se reconhecer a existência de um cipoal de regramentos legais que, por vezes, engessam os processos administrativos. Tais regramentos, preocupados evidentemente em garantir a lisura de todo o procedimento e de resguardar os interesses da Administração, acabam, sem dúvida, tolhendo a celeridade necessária; conseqüentemente obstam o alcance da eficiência pretendida.

Reenquadrando o exemplo citado ao objeto deste estudo, ou seja, à vantajosidade às empresas de pequeno porte nas compras e contratações públicas, tem-se uma situação na qual o sistema legislativo vigente acaba pondo em risco não apenas a realização das obras pretendidas, como também a própria existência das micro e pequenas empresas de engenharia que se arriscam em procedimentos licitatórios públicos. Tal tema será estudado com o devido aprofundamento em capítulo posterior.

Assim, por intermédio das modalidades elencadas nas Leis nº 8.666/93, nº 10.520/2002 e no Decreto nº 5.450/2003, o Estado adquire e contrata; aliás, mediante essas modalidades o Estado torna-se o maior comprador e contratador do País. Ainda segundo os dados obtidos no SIASG, foram gastos naquele período R\$ 7.976.579.714,51 (sete bilhões, novecentos e setenta e seis milhões, quinhentos e setenta e nove mil, setecentos e catorze reais e cinquenta e um centavos), por meio de 10.989 (dez mil, novecentos e oitenta e nove) processos de Pregão Eletrônico.<sup>8</sup>

---

<sup>8</sup> BRASIL. **SIASG On line**, Brasília: Disponível em: <<http://acesso.serpro.gov.br>>. Acesso em: 10 abril 2012.

### 3 A QUESTÃO CONSTITUCIONAL

No tocante às compras e contratações públicas facilitadas e preferenciais para as empresas de pequeno porte, sob a ótica constitucional erguem-se os seguintes temas a serem enfrentados: *i)* da constitucionalidade formal das normas postas pela Lei Complementar nº 123/2006; *ii)* da constitucionalidade material das normas postas pela legislação citada. Enfrentados esses temas, surge ainda a necessidade de se tocar no assunto da constitucionalização do Direito Administrativo, essencial para o tópico em estudo.

Ei-los:

#### **3.1 Da Constitucionalidade Formal das Normas Postas Pela Lei Complementar 123/2006:**

Os artigos constitucionais supracitados (artigos 170, IX e 179) não trazem, de forma expressa, a necessidade de edição de Lei Complementar para a sua regulação, o que evidentemente não obsta (como não ocorreu) a sua edição. Isso não significa que não exista mandamento expresso para a confecção da Lei. Como se sabe, a Carta Política determina os casos de cabimento de leis complementares. Estas só podem passar a fazer parte do arcabouço jurídico pátrio quando devidamente previstas pela Lei Maior. Tal mandamento encontra-se inscrito no artigo 146, II da Carta Magna. Nessa direção, já doutrinou com absoluta clareza Luciano Amaro:

É, ainda, função típica da lei complementar estabelecer normas gerais de Direito Tributário (art. 146, III). Em rigor, a disciplina 'geral' do sistema tributário já está na Constituição; o que faz a lei complementar é, obedecido o quadro constitucional, aumentar o grau de detalhamento dos modelos de tributação criados pela Constituição Federal.<sup>9</sup>

A controvérsia estaria no fato de que a Lei Complementar nº 123/2006, no seu Capítulo V denominado "Do Acesso aos mercados", traz regras típicas de lei complementar, ou seja, regras cujo escopo é integrar, explicar e complementar a Constituição da República; mas também regras relacionadas

---

<sup>9</sup> AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 171.

ao procedimento licitatório em si. Assim, poder-se-ia afirmar, a exemplo do que já ocorreu, que haveria um vício de natureza formal nos regramentos trazidos à tona pela Lei Complementar, os quais poderiam/deveriam ter sido tratados por Lei Ordinária.

Tal polêmica já foi levantada quando do surgimento da Lei Complementar nº 70, que disciplinava a contribuição para o PIS, conforme nos narra Marçal Justen Filho:

A controvérsia surgiu porque a CF/69 determinava que somente a Lei Complementar poderia promover a vinculação de tributo a fundo determinado. Então, a Lei complementar continha normas de diferente natureza, além da previsão de vinculação do produto da arrecadação do tributo<sup>10</sup>

A princípio, é preciso ter em vista que não existe uma hierarquia jurídica entre as leis complementares e leis ordinárias; a diferença funda-se, basicamente, no processo de sua elaboração. Os requisitos formais mais rigorosos para a elaboração de lei complementar (*quorum*, basicamente), não lhe conferem uma importância maior no sistema legal. Ao se visualizar uma pirâmide kelseniana, não se encontra a lei complementar acima da lei ordinária, subordinando-a. Isto posto, como já ficou pontificado naquela controvérsia, não existe impedimento para a existência dos chamados conteúdos heterogêneos nas leis complementares. Ou seja: as leis complementares podem doutrinar ou esclarecer questões de natureza constitucional, e ao mesmo tempo versar sobre normas infraconstitucionais.

Assim, uma mesma norma, no caso a Lei Complementar, pode trazer em seu bojo regramentos que lhe são típicos, e cuja edição e vigor foram previstos pela própria Constituição, e ao mesmo tempo versar sobre assunto que aprioristicamente estria destinado a criação de uma Lei Ordinária, que embora não inferior hierarquicamente, orbitaria ao redor da Lei Complementar por uma questão de separação didática de assuntos. Prescindível dizer portanto, que os dispositivos trazidos em Lei Complementar, e que porventura venham a ter a natureza de Lei Ordinária, devem versar sobre o mesmo tema.

---

<sup>10</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **O estatuto da microempresa e as licitações públicas**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2007, p. 17.

Decidiu-se então, que à despeito de trazer em seu conteúdo matéria que a princípio deveria ser tratado por lei ordinária, a lei complementar não sofre de vício de formalidade, bastando que se trate e se considere este matéria, para todos os efeitos, como uma lei ordinária. Neste sentido, é o voto do então Ministro Moreira Alves do STF:

A jurisprudência desta Corte, sob o império da Emenda Constitucional n.1/69 - e a Constituição atual não alterou esse sistema -, se firmou no sentido de que só se exige lei complementar para as matérias para cuja disciplina a Constituição expressamente faz tal exigência, e, se porventura a matéria, disciplinada por lei cujo processo legislativo observado tenha sido o da lei complementar, não seja daquelas para que a Carta Magna exige essa modalidade legislativa, os dispositivos que tratam dela se têm como dispositivos de lei ordinária<sup>11</sup>

Assim, pode-se dizer que dispositivos esparsos de uma lei complementar que não compuserem matéria constitucionalmente designada à lei Complementar têm natureza jurídica de Lei Ordinária.

Ante o exposto, não que se falar em vício de natureza procedimental, ou formal, das normas postas pela Lei Complementar 123/2006, por trazerem estas regramentos típicos de lei ordinária, como procedimentos licitatórios por exemplo.

Com relação especificamente à matéria em análise, pode-se dizer que todo e qualquer regramento trazido pela Lei Complementar nº 123/2006, com natureza de lei ordinária, revogará tacitamente os dispositivos em contrário que, por acaso, estejam na Lei 8.666/1993. Isso acontece devido ao critério temporal (princípio da posteridade), não havendo que se falar em revogação por hierarquia entre as normas. Este é posicionamento encontrado em livro de Marçal Justen Filho:

Isso significa que as normas sobre licitação contidas na LC nº 123 apresentam natureza de lei ordinária e sua prevalência em face das regras da Lei nº 8.666 derivaria do princípio da posteridade (“a lei posterior revoga a anterior”), não em vista do princípio da superioridade (“a lei superior prevalece sobre a inferior”), nem o da especialidade (a lei complementar prevalece sobre a lei ordinária, em matéria a ela reservada constitucionalmente)<sup>12</sup>

<sup>11</sup> STF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 16/06/1995 In: Id. Ibid, p. 18.

<sup>12</sup> FILHO, Marçal Justen. **O estatuto da microempresa e as licitações públicas**. 2. ed. Dialética, 2007. p. 19.

Neste contexto, não restam argumentos a tentar desqualificar a constitucionalidade formal da Lei Complementar nº 123/2006, cujos benefícios para as micro e empresas de pequeno porte são estabelecidos nas compras e licitações públicas.

### **3.2 Da Constitucionalidade Material das Normas Postas Pela Lei Complementar 123/2006:**

Uma vez superada a discussão acerca da possibilidade de regras típicas de lei ordinária constarem em lei complementar, sobra a análise acerca do conteúdo em si dos instrumentos criados pela Lei Complementar 123/2006.

Para efeitos deste estudo, serão considerados os questionamentos acerca da constitucionalidade dos artigos 42 a 49, ou seja, aqueles referentes ao já citado capítulo do acesso aos mercados por parte das empresas de pequeno porte. Isto porque a Lei em comento traz normas de diversas naturezas, ou melhor dizendo, de diversos ramos do Direito, em especial do Direito Tributário.

Algumas dessas regras, por motivos que não vêm ao caso, têm a sua constitucionalidade contestada veementemente por doutrinadores daquela área. Contudo, esse aspecto não causa reflexo no capítulo mencionado, uma vez que, como já dito, e apesar do caráter uno e sistemático da ciência jurídica, tratam-se de ramos distintos.

Assim, o que se levanta basicamente é a desigualdade criada pela Lei Complementar 123/2006 para a participação das empresas de pequeno porte nas licitações públicas, trata-se de uma desigualdade proposital, baseada na busca pela isonomia, princípio de origem Aristotélica que busca tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade.

Ocorre que a própria Lei 8.666/1993, em seu artigo terceiro, também ergue a isonomia como princípio norteador, com uma óbvia inspiração constitucional, a controvérsia surge quando se debate o alcance da aplicação prática dessa isonomia.

Os que contestam a constitucionalidade da Lei complementar 123/2006, dizem que as medidas práticas tomadas por elas para que as empresas de pequeno porte consigam alcançar o mercado são demasiadas, a ponto de, dado o exagero delas, prejudicar o próprio princípio da isonomia.

À guisa de exemplo, citem-se os artigos 42 e 43 do dispositivo ora em estudo, que analisados conjuntamente dizem que as micro e pequenas empresas poderão participar dos certames mesmo com a situação irregular, que por sua vez deverá ser corrigida no prazo de 2 (dois) dias úteis, prorrogáveis por mais 2 (dois) dias úteis, adotando como início o dia em que se declara a empresa como vencedora da licitação, de forma que se a mesma estiver em situação habilitatória irregular em face, por exemplo, à Receita federal, e sair-se vencedora do certame, terá o prazo acima citado para regularizar-se.

O que se afirma, é que a não extensão dessa – por assim dizer – regalia, para as empresas de médio e grande porte, fere de morte o próprio princípio da isonomia previsto, conforme dito acima, no próprio Estatuto Federal de Licitações e Contratos.

Apesar da maioria esmagadora da doutrina não concordar com esta posição, um número significativo de profissionais a defende, vejamos portanto a posição de Álvaro Baddini Junior, em artigo publicado e depositado no sítio da OAB do Estado de São Paulo:

Ora, tais disposições deitam por terra o princípio da isonomia previsto no artigo 3º da Lei 8666/93 e alterações posteriores na exata medida em que dispensa tratamento desigual a favor das micro e pequenas empresas em detrimento de outras que não se enquadrem naquela classificação, inclusive as de médio porte, que também estarão prejudicadas nos certames.

Creemos que os incentivos podem ser dados, mas não com o sacrifício dos direitos de outros potenciais participantes de certames licitatórios e, que não se enquadram como micro e pequena empresa, direitos esses assegurados pela Lei 8666/93 e alterações posteriores, o que não pode ser ignorado.<sup>13</sup>

---

<sup>13</sup> BADDINI, Álvaro. **Comentários sobre a lei complementar número 123 de 14 de Dezembro de 2006**. OAB, São Paulo, 29 março. 2007. Disponível em: <[http://www.oabsp.org.br/comissoes2010/direito-administrativo/artigos/leicomplementar\\_123.pdf/download](http://www.oabsp.org.br/comissoes2010/direito-administrativo/artigos/leicomplementar_123.pdf/download) > Acesso em: 16 de abril de 2012, às 22:57.

*Data maxima venia*, o que ocorre é que a situação de desigualdade criada pela legislação não ultraja a isonomia nas licitações, mas antes a protege, cria condições para que se desenvolva e deixe o campo teórico das palavras e promessas contidas na estrutura jurídica.

As vantagens criadas assemelham-se em determinado aspecto às ações afirmativas, oriundas dos Estados Unidos e praticadas recentemente no Estado brasileiro, no sentido de compensar uma desigualdade evidente e de atribuir vantagens a determinado grupo mais frágil ou hipossuficiente. Diferenciam-se contudo, no tocante ao fator temporal, uma vez que as ações afirmativas têm em seu cerne a temporariedade, ou seja, elas existem para dirimir uma desigualdade. Tendo seu objetivo alcançado, somem do sistema político-jurídico.

Torne-se ressaltado, que tal prática no campo das compras e contratações públicas não só é válida, como aplicável há muito mais tempo que no Brasil, como nos expõe Jonas Lima:

A política de inserção de pequenas empresas nas compras governamentais começou ainda na década de 40, a agência independente *The U. S. Small Business Administration*, atualmente possui uma detalhada base de dados das empresas que se enquadram no conceito de small business, inclusive com previsão de recertificação periódica do estado da empresa<sup>14</sup>

A concessão de tratamento diferenciado para as empresas de pequeno porte, nada mais é do que a implantação da igualdade material obviamente prevista pela Carta Política para o caso em estudo, é pois a transmutação de uma igualdade absolutamente formal, com bases fundadas na Revolução Francesa, e que tem como aforismo o conceito de que todos são iguais perante à lei, reproduzido na Constituição da República.

Outrossim, a própria Carta Magna traz exemplos de busca pela igualdade material, como facilmente se reconhece no artigo 170 aqui estudado, outros exemplos podem ser vistos no artigo 7º que trata sobre a questão salarial, e no artigo 205 que versa sobre a democratização do ensino.

---

<sup>14</sup> LIMA, Jonas. **Aplicação irregular da lei complementar n. 123 prejudica licitações**. São Paulo, 2007. Disponível em: < <http://www.jusnavegandi.com.br> > Acesso em: 16 abril 2012. (Grifo do autor).

Desta forma, resta evidente que a igualdade formal, previsto como já vista na Lei Maior, deve prevalecer apenas quando aplicável, isto é, quando as partes se encontrarem em situação de igualdade que permita a sua aplicação, tal entendimento, já foi objeto de consideração, inclusive, por parte do mais conhecido dos positivistas:

A igualdade dos indivíduos sujeitos a ordem pública, garantida pela Constituição, não significa que aqueles devem ser tratados por forma igual nas normas legisladas com fundamento na Constituição, especialmente nas leis. Não pode ser uma tal igualdade aquela que se tem em vista, pois seria absurdo impor os mesmos deveres e conferir os mesmos direitos a todos os indivíduos sem fazer quaisquer distinções, por exemplo, entre crianças e adultos, sãos de espírito e doentes mentais, homens e mulheres<sup>15</sup>

O próprio STF, guardião da Constituição, mais de uma vez já tratou sobre a matéria, e discursou sobre a possibilidade/necessidade de se flexibilizar os conceitos de igualdade e isonomia. À título de exemplo:

[...] o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que não há violação ao princípio da isonomia quando a discriminação tem como base a natureza das atribuições e funções exercidas em razão do sexo. [...]. No mesmo sentido, o RE 316.882, 2ª T., Rel. Carlos Velloso, sessão do dia 20/09/05, o RE 428.613-AgR, 1ª T., Rel. Sepúlveda Pertence, DJ 24/06/05 e, ainda, monocraticamente, o RE 445.855, Rel. Cezar Peluso, DJ 07/04/05 e o AI 458.900, Rel. Marco Aurélio, DJ 28/03/05." (AI 403.106, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 14/10/05)<sup>16</sup>

Em vista disso, a alegação de inconstitucionalidade material por ofensa ao princípio da igualdade não se sustenta. Exigir que as empresas de pequeno porte não tenham tratamentos privilegiados nas licitações públicas seria jogar por terra o próprio sentido do texto constitucional esculpido no art. 170 da Lei Máxima. Esse também é o entendimento de Marçal Justen Filho:

[...]A Constituição adotou a orientação de que benefícios restritos às pequenas empresas e uma solução destinada a promover a isonomia: as pequenas empresas devem ser protegidas legislativamente como meio de compensar a insuficiência de sua capacidade econômica para competir com as grandes empresas.<sup>17</sup>

---

<sup>15</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.203.

<sup>16</sup>BRASIL. **A Constituição e o Supremo**. Brasília: STF, 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/>> Acesso em: 30 abril 2012.

<sup>17</sup> Op. Cit., nota 12, p. 33.

Registre-se no campo do Direito Administrativo, e mais especificamente no respeitante a licitações e contratos, que a própria Lei 8.666/1993 traz exemplo mais ousado: o artigo 24, XXVII. Como política pública, ele se preocupa com a geração de emprego e inclusão social ao tratar como dispensável o processo licitatório “na contratação de coleta, processamento e comercialização de resíduos sólidos urbanos recicláveis ou reutilizáveis, em áreas com sistema de coleta seletiva de lixo, realizados por associações ou cooperativas que sejam formadas exclusivamente por pessoas físicas de baixa renda, identificadas pela Administração como catadores de materiais recicláveis”<sup>18</sup>.

É notável este exemplo, pois inicialmente nada impediria a realização de um processo licitatório para tal finalidade. Além das associações de catadores, diversas outras empresas realizam este tipo de serviço, não sendo, portanto, possível se falar em impossibilidade de licitação. O que existe neste exemplo é a intenção evidente da lei em apoiar uma política pública de geração de emprego e renda para populações de baixa renda, além, é claro, de ampliar os serviços de saneamento básico e proteção ao meio ambiente.

Ainda no campo das licitações públicas, é notável o exemplo do §10, do artigo 3º da Lei 8.666/1993, que estende aos países do Mercado Comum do Sul – MERCOSUL – a margem de preferência estabelecida pelo §5º do mesmo artigo aos produtos nacionais, criando (na verdade extendendo), um tratamento diferenciado, conforme pontifica Márcio dos Santos Barros<sup>19</sup>:

O parágrafo observa as disposições acordadas pelo Brasil no âmbito do Protocolo de Contratações Públicas do Mercosul (ainda não ratificado pelo Senado) e está de acordo com o parágrafo único do art. 4º da CF: “A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando a formação de uma comunidade latino-americana de nações”

---

<sup>18</sup> **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm)>. Acesso em: 30 abril 2012.

<sup>19</sup> BARROS, Márcio dos Santos. **502 comentários sobre Licitações e Contratos Administrativos**. 2. ed. São Paulo: NDJ, 2011, p 80.

Trata-se, logo, de uma norma que, a princípio, poderia ferir o princípio da igualdade a que tanto se referem os críticos da Lei Complementar 123/2006. Afinal, ela transforma em dispensa de licitação uma situação facilmente enquadrada no dever geral de licitar, e ainda restringe a participação a uma parcela específica da população. Mas o que se tem de fato, como referido, é a aplicação de uma política pública importante e absolutamente sintonizada com a Constituição da República.

Por fim, é necessária a lembrança de que a interpretação sistêmica da Constituição da República não se dá apenas em relação aos artigos 170, IX e 179. Também deve entrar nesta equação a regra geral, prevalecente, presente no artigo 37, XXI da Carta Política; justamente por ser geral, garante tratamento igualitário a todos os concorrentes. Precisa acontecer a superação dessa aparente incompatibilidade, tendo em mente que as normas especiais acontecerão apenas e tão somente quando estiver presente o suporte fático para isto.

### **3.3 Da Constitucionalização do Direito Administrativo**

Referente a este tópico vestibular, resta a análise de importantíssimo tema, primordial não só para o aspecto aqui analisado, mas para todo o tema do favorecimento às micro e pequenas empresas nas compras e contratações públicas, qual seja: o fenômeno da constitucionalização do Direito Administrativo. Digo fundamental, pois é a própria Constituição quem estabelece o tratamento preferencial; ou melhor dizendo, é ela quem afirma que as empresas de pequeno porte deverão ter o chamado “tratamento favorecido”.

À título de intróito é importante ressaltar que historicamente o princípio da legalidade constitui-se como norte e farol para a Administração Pública, ressaltando que a subserviência dos servidores públicos ao texto legal, sempre teve como objetivo não apenas resguardar a legalidade de seus atos, mas também, em outro aspecto, resguardar a própria pessoa dos mesmos.

Assim, na Constituição da República, pelas lentes do artigo 5º, II, erigiu-se o mandamento: “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Todavia, no âmbito da Administração, este

princípio assume forma distinta, proibindo a mesma de fazer, agir, de forma contrária a qualquer mandamento legal, devendo quedar-se em imobilidade ante a *vacatio legis*.

Dessa forma, pode-se dizer que existe um princípio da legalidade genérico e um princípio da legalidade específico à Administração Pública. Neste passo, sendo a Constituição a maior das leis - a norma jurídica fundamental -, ela igualmente deve ser encarada pela Administração sob o prisma do princípio da legalidade, não apenas da forma mais evidente (aquela exposta pelas normas autoaplicáveis, autoexecutáveis), mas também no tocante às normas de caráter programático.

José Afonso da Silva, em obra festejada, e tentando superar o conceito de que as normas constitucionais são diretivas, quase sem eficácia, defende que ao contrário, todas, absolutamente todas, as normas de natureza constitucional são dotadas de eficácia, variando-se apenas em graus que, segundo ele, podem ser de eficácia plena, de eficácia contida, e de eficácia limitada.<sup>20</sup>

Portanto, não é difícil imaginar que sob a ótica da efetividade dos ordenamentos constitucionais, a seara do Direito Administrativo seria afetada diretamente. Até porque, não custa lembrar, a nova ordem constitucional vem substituir uma época de autoritarismo e despotismo.

Logo, não é difícil imaginar que, sob a ótica da efetividade dos ordenamentos constitucionais, a seara do Direito Administrativo seria afetada diretamente. Até porque, não custa lembrar, a nova ordem constitucional vem substituir uma época de autoritarismo e despotismo.

Sob esta égide é que surge a Lei Complementar nº 123/2006. Ela busca dar efetividade aos mandamentos constitucionais aqui já expostos, procurando unir a operacionalização de dois fatos concretos: a existência de empresas de pequeno porte e a necessidade destas de contar com o amparo do Estado, com o mandamento constitucional já citado.

Em livro lançado em 2006, Fábio Nadal diz:

---

<sup>20</sup> SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed. São Paulo Malheiros, 2003, p. 81-166.

A Constituição, à margem da maneira que se idealize seu mecanismo operativo (alopoiético ou autopoiético), deve estar permanentemente atualizada em relação à realidade social, ou seja, no plano normativo e simbólico, deve fornecer a completa conformação normativa da realidade (contingente) como “estrutura totalizante” de toda política e de toda sociedade. Em suma, deve ser a síntese de conformação jurídica da sociedade<sup>21</sup>

Em vigor desde o ano de 2006, as consequências práticas, ou seja, os resultados no mundo sensível, cognoscível, já se fazem sentir. Ainda lançando mão dos dados do SIASG:

**A evolução dos gastos em compras pelo porte do fornecedor** apontou que as micro e pequenas empresas (MPE) vêm aumentando de forma significativa sua representatividade nas compras governamentais no período citado anteriormente, cuja participação no ano de 2002 era de aproximadamente **12,5% (R\$ 1,2 bilhões)**, passando para **27,1% no primeiro semestre de 2011 (R\$ 5,2 bilhões)**. Em valores monetários, corrigidos pelo IPCA, o **crescimento real acumulado** foi da ordem de **418%**. (Grifos do autor)<sup>22</sup>

Não seria o crescimento de 418% (quatrocentos e dezoito por cento) senão a clara e evidente efetivação do texto constitucional em epígrafe? Destarte, não há equívoco em apontar tal resultado como efeito irrefutável de um exemplo de constitucionalização do Direito Administrativo. Em vista disso, temos de constitucionalizar o Direito Administrativo. Como? Não apenas trazendo a este ramo do Direito os preceitos e princípios da Constituição (superando assim, no sentido de ultrapassar, a definição clássica de legalidade aplicada à Administração Pública), mas também, e principalmente, buscando a efetividade, a aplicabilidade, das normas constitucionais, tornando-as facilmente identificáveis no seio da sociedade, e permitindo que seus efeitos (pretendidos pelo constituinte originário) sejam sentidos e tornem-se fato, e não somente idéia.

O Direito Administrativo, enquanto ramo da ciência jurídica costuma ter sua gênese apontada para o ideário da separação dos poderes, em que o Estado, através da sua Administração, e enquanto poder executivo submeter-

<sup>21</sup> NADAL, Fábio. **A constituição como mito: O mito como discurso legitimador da Constituição**. São Paulo. Método, 2006, p 50.

<sup>22</sup> BRASIL. **SIASG On line**. Brasília: Disponível em: <<http://acesso.serpro.gov.br>> Acesso em: 14 abril 2012.

se-ia aos comandos legais, para assim respeitar não somente os limites dos outros poderes, mas também e principalmente as liberdades e garantias individuais.

Não obstante tal visão possa ser considerada romântica, e embora o Poder Executivo legisle para si mesmo e faça às vezes do poder judiciário (extrapolando o sistema de pesos ou contrapesos - *checks and balances*, no original), o fato é que em muitos momentos se pode perceber o princípio da autoridade sendo mitigado, senão substituído, pelos princípios oriundos da conquista, ou melhor dizendo, da reconquista democrática.

Nesse contexto, surge a Constituição de 1988. Conquanto não se possa dizer que a Lei Maior extinguiu o centralismo administrativo (e com ele o abuso antidemocrático de poder por parte do executivo, com as medidas provisórias para provar o contrário), vislumbra-se claramente uma redução nesses abusos, redução esta que se intensifica, e torna-se mais perceptível. Os ventos democráticos trazidos pela nova ordem constitucional começam a ser sentidos quando a sociedade, como um todo (aqui entendido os membros dos três poderes), começa a internalizar em suas ações os princípios erguidos pela Carta Cidadã.

Não à toa, é que a melhor doutrina reconhece que ao lado das funções estatais clássicas, trazidas por esta ou por qualquer Constituição, existe também o que se costuma chamar de função promocional da Constituição, tal função vem sido frequentemente lembrada pelo Supremo Tribunal Federal em decisões recentíssimas, como a relativa à união civil homossexual, interrupção da gravidez de feto anencéfalo, e ainda mais recentemente, no julgamento da ADPF 186, proposta pelo partido político DEM (Democratas), com relação ao sistema de cotas adotado pelas universidades brasileiras.

Assim ao Estado, no campo do Direito Administrativo, cabe não apenas demarcar o alcance da autonomia de vontade privada e o provimento dos meios necessários para a concretização das necessidades públicas, mas também promover os desenvolvimentos econômico e social, de forma regional, sempre que possível.

Não é por outro motivo que o artigo 3º da *Lex Legum*, o qual traça os objetivos fundamentais da República, elege em seu inciso III a redução das

desigualdades sociais e regionais. Importante se notar nesse artigo, mais uma vez, a questão da efetividade das normas constitucionais, e que a função promocional de que se fala está intimamente relacionada com esta efetividade.

Tal se dá, não apenas com a compreensão destes ditames, e consequente aplicação deles nas decisões administrativas e operacionais do poder executivo, ou na sua aplicação frente à Administração Pública por parte do judiciário. Além desses aspectos (importantes, sem dúvida) é necessário destacar a compreensão do poder legislativo em criar normas voltadas para Administração Pública, tendo como objetivo dar cumprimento e efetividade ao texto constitucional. Como exemplo, evidentemente se apresenta a Lei Complementar nº 123/2006, aliada à Emenda Constitucional nº 45/2004, denominada de reforma do judiciário, à salutar criação do CNJ e à Emenda Constitucional nº 19/1998, conhecida por reforma administrativa.

Restringindo um pouco o espectro da análise, ao se tratar da constitucionalização do Direito Administrativo, importa lembrar reflexos importantes na seara das licitações e contratações administrativas.

Ao se falar em função promocional da Constituição da República, não se pode duvidar, dado os números já apresentados, que o tema licitações e contratos administrativos revela-se fundamental para o combate às desigualdades econômicas.<sup>23</sup> Surge assim, portanto, a figura da função social do contrato administrativo, trazida à tona por Marçal Justen Filho, em seu "Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos", e assim definido por ele em obra posterior:

Adota-se *função social* para o contrato administrativo quando a finalidade buscada por meio de contratação consiste não apenas na obtenção de bens e serviços necessários à satisfação de necessidades estatais mas também a obtenção de outras figuras de cunho social. (itálico no original)<sup>24</sup>

Conseqüentemente, a constitucionalização do Direito Administrativo não implica, de forma alguma, a extinção ou enfraquecimento de conceitos já

---

<sup>23</sup> Ver notas de rodapé 4, 8, e 21 supra.

<sup>24</sup> Op. Cit., nota 17, p. 33. p. 28.

estabelecidos, tais quais a supremacia do interesse público sobre o interesse individual ou a existência das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos, sob a alegação de que o primeiro importa na obstrução dos direitos individuais, e o último representa a extinção na prática do princípio da igualdade entre as partes. Não! A uma porque a própria existência desses institutos tem natureza constitucional, expressa ou implícita; a duas porque são eles mesmos sistematicamente necessários para o cumprimento de preceitos constitucionais.

#### 4. O ENQUADRAMENTO COMO MICRO EMPRESA OU EMPRESA DE PEQUENO PORTE

Inicialmente é bom mencionar que as possíveis diferenças técnicas entre micro e pequenas empresas são absolutamente descartáveis sob o ponto de vista deste estudo, não sendo levadas em consideração sequer pela Lei Complementar nº 123/2006, estabelecadora do Estatuto Nacional da Microempresa e da empresa de pequeno porte. Note-se que a legislação usa o termo *empresa de pequeno porte* de forma propositalmente genérica, com o fim de torná-lo o mais abrangente possível. A própria Constituição, como já visto, refere-se apenas à “empresa de pequeno porte” ao tratar dos princípios da ordem econômica em seu art. 170, IX, utilizando igualmente a forma genérica de tratamento.

A única distinção pertinente ao caso em análise é a fornecida pela própria Lei Complementar. Refere-se exclusivamente ao lucro anual de cada pessoa física ou jurídica, para fins de enquadramento (sob esse aspecto) como microempresa ou empresa de pequeno porte.

Por enquadramento como microempresa ou empresa de pequeno porte tem-se o reconhecimento de que o licitante, ou se for o caso a contratada, de fato faz parte do grupo que a legislação busca atingir como beneficiário das vantagens legais. Entretanto, esse reconhecimento não é tarefa das mais simples.

Ao inovar a legislação pátria, a Lei Complementar em comento consagrou mecanismos dos mais variados, com o fulcro de permitir que as empresas destituídas de vulto proeminente não só participassem, mas conseguissem ao final dos certames sagrar-se como vencedoras de licitações públicas. Contudo, como já afirmado, esta inovação traz em seu cerne a inexperiência da administração brasileira em lidar com o assunto, o que resulta no aparecimento de questões cuja resolução aparentemente não se encontra no ordenamento jurídico. Mas não só isso.

Junto com as dúvidas e imprecisões surge também a questão das fraudes. Empresas não possuidoras das características necessárias e exigidas para a participação privilegiada nas licitações públicas, falsamente afirmam

possuir tais qualidades, burlando assim o intuito da lei em contemplar as empresas com menor capacidade financeira, e, por conseguinte, menor capacidade de disputar mercados consumidores.

Desde o início do ano civil de 2012, considera-se como microempresa ou empresas de pequeno porte, a sociedade empresária, a sociedade simples e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei 10.406, (Código Civil Brasileiro), devidamente registrados no registro de empresas mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, desde que se tratando de microempresa, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais), e 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).

Estes são, portanto, os requisitos objetivos definidos pelo Estatuto Da Microempresa, para a definição das pessoas físicas e na maior parte dos casos jurídicas, que estarão sob sua égide.

Por sua vez, no âmbito exclusivamente federal, o Decreto nº 6.204/2007 estabelece na cabeça do artigo 11 o seguinte fato: o licitante interessado em participar dos certames federais deverá apresentar, obrigatoriamente, declaração de que cumpre os requisitos estabelecidos pela Lei Complementar nº 123/2006, para somente assim ser considerado uma microempresa ou empresa de pequeno porte, e desta forma usufruir das vantagens legais.

Outro instrumento comprobatório, como se mostrará detalhadamente adiante, é uma certidão emitida pela Junta Comercial de que a empresa licitante enquadra-se na condição de micro ou pequena empresa. Desde já fica o registro de que esta certidão serve como um controle a mais, um *plus* por assim dizer, uma segurança maior de que dispõe a Administração; no entanto, a sua apresentação não substitui a entrega da declaração citada.

#### 4.1 Críticas aos Critérios de Enquadramento

Outrossim, surgem as críticas (não despropositadas, registre-se) de que tais medidas não representam impedimento efetivo à prática de fraudes, tão comuns no âmbito da seara licitatória, uma vez que a ausência de um controle maior, ou mais bem elaborado, pode dar azo a que empresas não enquadradas nos critérios estabelecidos possam declarar falsamente a sua condição como micro empresa ou empresa de pequeno porte.

A exigência da declaração citada aparece, via de regra, expressa nos editais licitatórios, sejam eles nas modalidades convencionais (concorrência, tomada de preços e convite), ou por intermédio da modalidade pregão, especificamente o pregão eletrônico - responsável pela maior parte dos gastos do Governo Federal com compras e contratações. De janeiro a julho de 2011, o pregão eletrônico foi a forma mais empregada para aquisição de bens e/ou contratação de serviços, satisfazendo 41% do total, o que corresponde a R\$ 7,9 bilhões<sup>25</sup>, a ponto de já se poder dizer tratar-se da modalidade licitatória de regra no âmbito da Administração Federal (excetuando-se obviamente, e por enquanto, as obras e serviços de engenharia).

Nas modalidades convencionais apresenta-se a declaração – fase de habilitatória - no início da sessão pública. Já no pregão eletrônico, esta declaração é enviada pelo licitante antes do envio da proposta de preço, através de sistema disponível no sítio [www.comprasnet.gov.br](http://www.comprasnet.gov.br).

É curioso observar que, a despeito do envio anterior das declarações no sistema, a configuração e disposição das páginas deste induzem o pregoeiro a examinar a proposta antes dos documentos habilitatórios.

Isto posto, não bastasse esta impossibilidade de obstar as fraudes através da mera entrega da declaração em que se afirma a condição de micro ou pequenas empresas, parte da doutrina também prega a ilegalidade da exigência desta declaração nos termos do Decreto 6.204/2007, nestes termos Jessé Torres Pereira Junior e Marinês Restelatto Dotti afirmam:

---

<sup>25</sup> BRASIL. **SIASG On line**, Disponível em: <<http://acesso.serpro.gov.br/>>/. Acesso em: 10 abril 2012.

Falta à exigência amparo legal, dado que formulada por norma regulamentar (decreto), sem anterior provisão em lei, quando esta é de rigor à vista do disposto no art. 84, IV, da CF/88, tratando-se, como se trata, de decreto de mera execução da lei, não lhe cabendo, por isto, criar direitos ou obrigações não previstas na lei. Porta, ademais, caráter antes intimidador, à vista dos efeitos de ordem penal que a emissão de declaração falsa desencadeia (art. 299 do Código Penal), do que de utilidade para a Administração licitadora, certo que esta, independentemente da declaração, não se desonerará do dever funcional de diligenciar, se dúvida houver acerca do enquadramento da licitante como microempresa ou empresa de pequeno porte para fins de conceder-lhe o tratamento favorecido na Lei Complementar nº 123/06.<sup>26</sup>

A despeito desta discussão, as Juntas Comerciais em todo o País, emitem certidões para empresas que pretendam demonstrar sua condição de enquadramento às exigências da Lei Complementar 123/2006. Aliás, um ano depois da edição desta Lei foi publicada a Instrução Normativa nº 103/2007, do Departamento Nacional de Registro do Comércio – DNRC, cujo objetivo é o de dispor, especificamente, sobre “o enquadramento, reenquadramento e desenquadramento de microempresa e empresa de pequeno porte, constantes da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, nas Juntas Comerciais”.

Essas certidões, nos termos da Lei nº 8.934/1994, são documentos públicos, uma vez que as Juntas Comerciais integram o SINREM – Sistema Nacional de Registro de Empresas Mercantis – não podendo, portanto, a Administração duvidar preliminarmente de sua validade.

Dessa forma, tornou-se prática comum nas licitações públicas a aceitação de tais certidões, como formas de declaração de enquadramento. Mais do que isso, passou-se a exigir de forma rotineira nos instrumentos editalícios a entrega concomitante da declaração citada pelo artigo 11 do Decreto nº 6.204/2007 e a certidão emitida pela Junta Comercial.

Contrariando o que muitos licitantes vêm afirmando, a obrigatoriedade de entrega da declaração estabelecida pelo Decreto 6.204/2007 não significa a impossibilidade de se exigir, editaliciamente, a entrega da certidão emitida pela Junta Comercial. A empresa é quem declara à Junta Comercial a sua condição (ou não) de microempresa ou empresa de pequeno porte, podendo solicitar

---

<sup>26</sup> PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres, DOTTI, Marinês Restelatto, **Políticas públicas nas licitações e contratações administrativas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p 112.

posteriormente a certidão, emitida pela Junta com base naquelas informações anteriormente prestadas. Logo, não é com o advento da emissão de certidão de microempresa ou empresa de pequeno porte que desaparece a problemática da possibilidade de fraude.

Não obstante, mesmo que não se fale de fraude ainda pode-se imaginar outro cenário inquietante. Uma empresa pode ter a certidão ainda válida, pois emitida antes do prazo de um ano. Contudo, a empresa já extrapolou o limite máximo de aferimento de receita do ano-calendário, R\$ 3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais). *A priori* não se trata necessariamente de fraude, porém a empresa não mais se enquadra nos limites legais estabelecidos.

Além destes questionamentos, ainda se ergue o razoável argumento de que a obrigação de entrega da declaração trazida à tona pelo Decreto nº 6.204/2007 significa, de fato, a criação de uma nova exigência habilitatória, situação esta contestada (e corrigida) muitas vezes pelo TCU. A Constituição da República, em seu art. 37, XXI, determinou que as exigências para habilitação devem ser as mínimas possíveis, tendo o constituinte, decerto, privilegiado a competitividade.

É notável que a cabeça do art. 27 da LLC – Lei de Licitações e Contratos - utiliza a expressão “exclusivamente”, de forma a não restar dúvidas de que as exigências por virem são únicas: trata-se de *numerus clausus*. Assim sendo, não poderia a Administração, a seu talante, acrescentar novas exigências, mesmo usando como argumento o interesse público, qualquer dos princípios da Administração Pública, ou princípios setoriais da licitação. Exemplificando, uma das diversas decisões do TCU sobre o tema:

No certame licitatório, os documentos que podem ser exigidos quanto à habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira, regularidade fiscal e prova de cumprimento do disposto no inciso XXX III do art. 7º da Constituição Federal estão adstritos àqueles previstos nos artigos 27 a 31 da Lei nº 8.666/1993.<sup>27</sup>

<sup>27</sup> Brasil. Tribunal de Contas da União. **Licitações e contratos: orientações e jurisprudência do TCU / Tribunal de Contas da União**. Brasília: TCU, Secretaria-Geral da Presidência: Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010. p 334.

São estes os principais argumentos ou críticas que se costumam levantar quanto aos critérios de enquadramento das empresas como micro ou de pequeno porte. Eles vão desde a impossibilidade prática de se coibir aos logres relativos a declarações falsas, até o exame de legalidade da aplicação do texto legal.

#### **4.2 Defesa dos Critérios Legais**

Diante do exposto, torna-se necessário esmiuçar os argumentos apresentados. Vamos a eles:

Com relação ao argumento de que a declaração de que trata o artigo 11 do decreto 6.204/2007 é insuficiente para prevenir as fraudes de empresas de porte maior, fazendo-se passar por micro empresas, e mais comumente por empresas de pequeno porte, para obter os benefícios destinados a estas pela Lei Complementar em estudo, é importante para a compreensão que se remeta a outro documento habilitatório imprescindível, trata-se da declaração de não utilização de trabalho de menores, trazido ao sistema legal de licitações pelo artigo 27, V da Lei 8.666/1993, que trata do cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.

Esta exigência constitui feliz inovação do legislador, que decidiu dar mais efetividade à Norma Constitucional, impondo como condição *sine qua non* para a habilitação de empresas licitantes a entrega de declaração de não utilização de trabalho de menores. Tal regra apresenta duas naturezas. Em uma, ela é (como exposto na lei de licitações), condição para habilitação; e em outra, reflexa, ela aparece claramente como sanção administrativa para todos aqueles que odiosamente lançam mão do trabalho infantil em desacordo com a legislação vigente. Dessa forma, uma empresa pode apresentar todas as condições e qualificações para firmar contrato com a Administração Pública, dispor de capital mais do que o suficiente para executar o objeto do contrato, estar em dia com todas as suas obrigações fiscais; porém, se não for capaz de apresentar a declaração de não emprego de mão de obra infantil, ver-se-á impedida de licitar.

Apesar da boa vontade e da justeza da norma, ela sofre do mesmo problema levantado contra a declaração de que trata o Decreto 6.204/2007, e

as certidões emitidas pelas Juntas Comerciais, ou seja, não há como se ter certeza de que as informações presentes na declaração de cumprimento do mandamento constitucional sejam verdadeiras. Afinal, por mais diligente que seja o exercício das delegacias regionais do trabalho, não se poderá garantir a veracidade das informações prestadas, prova disso é a recorrente descoberta de trabalhadores em situação análoga à escravidão em todo o país.

Por outro lado é necessário notar que a emissão de uma declaração falsa para a Administração Pública, nos termos em que foi explicado, trata-se de crime de falsidade documental, mais especificamente de crime de falsidade ideológica.

Justamente por tratar-se de crime, é preciso não perder de vista o princípio da presunção de inocência. Não pode a Administração Pública admitir, de forma preliminar, que as declarações apresentadas pelos licitantes são falsas, ou melhor, contêm informações falsas, seja a declaração sobre o enquadramento como micro empresa ou empresa de pequeno porte, seja a declaração sobre a não utilização de trabalho infantil.

Com relação à legalidade da norma que prevê a obrigatoriedade da apresentação de declaração de enquadramento, apresentada supra, é imperiosa a interpretação sistemática da mesma, de modo que ao se avaliar o artigo 115 da Lei 8.666/1993, encontra-se o mandamento de que "Os órgãos da Administração poderão expedir normas relativas aos procedimentos operacionais a serem observados na execução das licitações, no âmbito de sua competência, observadas as disposições desta Lei."<sup>28</sup>

Tal dispositivo, como se percebe, autoriza a Administração a expedir normas relativas aos procedimentos operacionais. Procedimento operacional por sua vez, é um conceito jurídico indeterminado, de forma que pode ser interpretado de acordo com o sentido da lei, ou seja, daquilo que se espera dela.

Não se nota obstáculo para que com fulcro nesta norma, esculpida em Lei Ordinária que serve como Estatuto para licitações e contratos

---

<sup>28</sup>BRASIL. Lei 8.666 de 21 de Junho de 1993. Brasília: Casa Civil, Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm)>. Acesso em 30 abril 2012.

administrativos, a Administração possa criar uma obrigação, ou condição, de forma exterior à Lei 8.666/1993, existindo, portanto, a possibilidade legal para isto.

No que tange às certidões emitidas pelas Juntas Comerciais, e que como se viu apresentam os mesmos problemas de confiabilidade das declarações, importa explicitar uma prática administrativa bastante saudável tomada pela Administração Pública, e por enquanto pouquíssima discutida pela doutrina, trata-se da manutenção, e administração dos dados do SICAF (Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores) do Governo Federal.

O SICAF, previsto pelo artigo 34 do Estatuto Federal de Licitações e Contratos, e regulado pelo Decreto nº 3.722/2001, e no âmbito da Administração Federal pela Instrução normativa nº 02/2010 do MPOG/SLTI (Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, e Secretária de Logística e Tecnologia da Informação), tem como objetivo manter um cadastro atualizado de todas as empresas que pretendam contratar com a Administração Pública.

Entre as informações disponibilizadas pelos licitantes junto ao SICAF, disponíveis para toda a Administração Pública através de acesso controlado por servidor autorizado, encontra-se o balanço patrimonial das empresas, que deve ser devidamente registrado na Junta Comercial correspondente. Assim, mesmo sendo possível falsificar as informações contidas no seu balanço patrimonial, não se duvida que se trata de uma situação bem mais complexa, não podendo ser levada a cabo tão facilmente. Falsificar um balanço importa necessariamente contar com a cumplicidade ou de um contador desonesto ou de um pseudocontador - ação que, por si só, já implicaria em assinar falsamente como um -, correndo ainda o risco de tal situação ser descoberta pela Junta Comercial antes mesmo da ocorrência do processo licitatório que se pretendia fraudar. Não bastasse isto, mediante o SICAF também é possível consultar a situação financeira e patrimonial de qualquer empresa cadastrada na Receita Federal do Brasil, fazendo o cruzamento desta informação com o balanço patrimonial apresentado. Dessa forma, a Administração tem em suas mãos a possibilidade de ao juntar todos estes elementos (certidão da Junta Comercial, balanço patrimonial, acesso às informações da Receita Federal) um

instrumento utilíssimo para se definir como verdadeiro ou não o enquadramento das empresas como de pequeno porte.

No que diz respeito ao argumento de inovação indevida nos critérios de habilitação propostos pela Lei 8.666/1993, tem-se que a habilitação é a fase do processo de licitação, em que a Administração comprova se as pessoas, físicas ou jurídicas, que exercem o direito subjetivo de licitar, reúnem as condições para tal, previstas no diploma legal estudado e obrigatoriamente dispostas em cláusula editalícia, nas palavras de Marçal Justen Filho, trata-se do “exame das condições do Direito de licitar”.

A despeito do que possa parecer, tendo em vista o exposto até aqui, doutrina e jurisprudência também vislumbram a possibilidade de se criar novas condições habilitatórias. Exemplo seriam as condições específicas relacionadas diretamente à natureza daquilo que a Administração pretende comprar, ou do serviço que ela deseja que lhe seja prestado. Exemplificadamente, pode-se exigir que a empresa prestadora de serviço de triagem e reciclagem de resíduos sólidos apresente declaração de que possui infraestrutura para fazê-lo, ou, diversos outros casos em que a prática irá exigir que a Administração cobre condições que à luz da LLC, não podem ser enquadradas como mera qualificação técnica.

Outro exemplo é a inabilitação dos que estão, por força de decisão administrativa ou judicial, impedidos de licitar. O art. 87 da lei em estudo enumera em seus incisos, sanções administrativas em casos de inexecução parcial ou total dos contratos, e traz em seus incisos III e IV, respectivamente, a “suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos” e “declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.” Vê-se que a pessoa física ou jurídica punida com base no inciso III ficará suspensa de licitar (inabilitável) com órgão da Administração. O órgão, após processo administrativo, e depois de

garantidos a ampla defesa e o contraditório, providenciará a aplicação da sanção. Por outro lado, a pessoa física ou jurídica punida com base no inciso IV, ficará impedida de licitar, ficando inabilitada perante toda a Administração Pública.

Tal entendimento é o majoritário na doutrina, sendo expresso, por exemplo, nas palavras do Prof. Dr. Joel de Menezes Niebuhr:

Ora, como se percebe com extrema facilidade, o inciso III do artigo 87 da Lei nº 8.666/93 prescreve expressamente que a penalidade de suspensão temporária incide sobre a Administração, isto é, somente sobre o órgão ou entidade contratante. Noutro lado, o inciso IV do mesmo artigo prescreve que a declaração de inidoneidade incide sobre a Administração Pública, isto é sobre todo o aparato administrativo do Estado.<sup>29</sup>

Entretanto, os que erguem a doutrina e a jurisprudência (que estão corretas) como obstáculo neste sentido, o fazem de maneira incorreta, distorcida, isto porque a apresentação da documentação relativa a qualidade de MPEs está obviamente inserida na documentação referente à habilitação econômico-financeira.

Além disso, erguer como dogma, como barreira intransponível, a fixação de limites habilitatórios impostos pelo Estatuto Federal de Licitações e Contratos é dar a uma norma esculpida em Lei Ordinária, valor absoluto que nem sequer os Direitos Fundamentais inscritos na Carta Política possuem. Exceção feita, apesar de discordância doutrinária, ao princípio da dignidade da pessoa humana. Insistir nisso, como muitas vezes faz o TCU, é deixar-se guiar por um formalismo cego e inadequado.

Não bastasse tal fato, ainda se deve ponderar sobre a falta de óbice para que uma outra Lei Ordinária, posterior, defina novos elementos para a seção II da Lei 8.666/1993, novas condições, proibições ou exigências que venham a se somar às originalmente postas. Evidentemente neste ponto voltar-se-ia ao enredo de que uma lei, sim, poderia fazê-lo, mas não um Decreto. Quanto a isso, a resposta já foi dada em uma interpretação conjunta, sistêmica, do artigo 115 da própria LLC, com o Decreto nº 6.204/2007.

---

<sup>29</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. Curitiba: Zênite, 2008. p 610.

## **5 OS BENEFÍCIOS CONCEDIDOS PELA LEI COMPLEMENTAR 123/2006**

A LLC tem por fulcro estabelecer as modalidades de licitação, os pré-requisitos para habilitação de fornecedores, as penalidades para os descumpridores da Lei, trazendo a necessária novidade de acoplar a abertura de processo licitatório à disponibilidade orçamentária do órgão licitante.

Com o advento da Lei nº 8.666/93, a Administração Pública combateu severamente o clientelismo e a trocas de favores escusos frequentes nos órgãos da Administração, em qualquer âmbito. Muito embora não se possa falar de extinção dos atos obscuros e desonestos, os avanços trazidos pelo Estatuto Federal de Licitações e Contratos são inegáveis. Criou-se, assim, um ambiente de universalidade, de igualdade de situação entre todos aqueles desejosos de contratar com a Administração Pública. Chegava na esfera pública uma igualdade formal necessária e benfazeja.

Após isto, o que se pretendeu e de fato se implantou com o Estatuto da Micro e Pequena empresa, e depois disso com a publicação do Decreto 6.204/2007, foi a superação, o avanço nesse processo de buscar pela igualdade de condições, pois se percebeu de forma correta que as empresas de pequeno porte e as de grande porte não podem ter o mesmo tratamento legal, buscou-se assim, em bom tempo, a igualdade material.

A Lei Complementar 123/2006 criou benesses, que vão desde a possibilidade de apresentação da documentação habilitatória com data de validade vencida, podendo ser regularizados após a declaração de vencedor do certame, passando pela primazia da contratação, em caso de empate, em relação a outras empresas que não sejam consideradas de pequeno porte, até a instituição de licitações de participação adstrita às micro e pequenas empresas nos termos da lei.

De forma mais precisa, os benefícios estão previstos entre os artigos 43, §1º e §2º (prazo diferenciado para entrega dos documentos necessários à habilitação), 44 e 45 (preferência em caso de empate e empate ficto), 46 (emissão de cédula de crédito microempresarial), 47 e 48 (possibilidade de realização de licitações exclusivas para micro e pequenas empresas e a

extensão do tratamento preferencial nas licitações em que se exija a subcontratação de pequenas empresas).

As MPEs têm sido entendidas como dispositivos alavancadores da economia, uma vez que além dos dividendos normais em forma de tributos, sua principal contribuição é com a geração de empregos. Sendo assim, nada mais natural do que as medidas tomadas para diminuir a burocracia quase kafkaniana a que elas estavam submetidas, bem como as vantagens que lhes tem sido oferecidas quando em disputa com grandes empresas nas licitações que decidirão as compras e contratações públicas.

Como já foi visto, estabelecer medidas de favorecimento a estas empresas significa a adoção de importante política pública, que tem por escopo a diminuição das desigualdades sociais e regionais, com reflexos imediatos na realidade nacional. É de se notar que dadas as medidas adotadas a participação das MPEs cresceu de forma exponencial. Em 2006, ano de publicação do Estatuto da Micro e Pequena Empresa, estas tiveram uma participação de R\$ 2 bilhões nas compras do governo federal, apenas um ano depois, em 2007, esse valor saltou para já impressionantes R\$ 9,5 bilhões.<sup>30</sup>

Em 2011, apenas no primeiro semestre, foram contratados R\$ 5,29 bilhões, segundo o MPOG – Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – a expectativa do Governo federal é que os números continuem crescendo:

Esse montante beneficiou 231 mil pequenos fornecedores, que venceram as licitações realizadas pelo governo em todo país, sendo dividido entre empresas das regiões Sudeste (37%), Nordeste (20%), Sul (19%), Centro Oeste (15%) e Norte (9%).

Entre os órgãos públicos que mais desembolsaram por essas aquisições estão os localizados no Distrito Federal (47%) e nos estados do Rio de Janeiro (15,3%) e Pernambuco (5,5%).

**Hoje, as MPEs já representam 67% do total das empresas de todos os portes que comercializam com a administração.** Esse percentual vem aumentando gradativamente, desde a edição da Lei Complementar nº 123/2006, que estabeleceu tratamento diferenciado a esse grupo de empresas nas concorrências. (Grifo nosso)<sup>31</sup>

<sup>30</sup> SIASG, Participação das mpe's nas compras do governo passou de R\$ 2 bi p/ 9.

**Portal**

**Comprasnet**, Brasília, [s.d.]. Disponível em <[http://www.comprasnet.gov.br/noticias/noticias1.asp?id\\_noticias=224](http://www.comprasnet.gov.br/noticias/noticias1.asp?id_noticias=224)> Acesso em 07 de abril de 2012.

<sup>31</sup> SIASG, Aumenta a participação de mpe's nas compras públicas. **Portal Comprasnet**, Brasília, [s.d.]. Disponível em [http://www.comprasnet.gov.br/noticias/noticias1.asp?id\\_noticias=475](http://www.comprasnet.gov.br/noticias/noticias1.asp?id_noticias=475)> Acesso em 07 de abril de 2012.

Desta forma, os críticos desta ação afirmativa encontram-se na complicadíssima situação de recriminar uma medida que já se demonstrou deveras eficaz, neste caso em particular a velha máxima situacionista e reacionária "*laissez faire, laissez aller, laissez passer*"<sup>32</sup> não tem mais lugar. O ambiente é de estudo das medidas tomadas, mas a esta altura não mais para perquirir sobre a sua utilidade, mas buscar a sua maximização.

Assim, no âmbito da Administração Pública Federal, é imprescindível o estudo das normas estabelecidas pelo já citado Decreto 6.204/2007, que regulamenta o tratamento diferenciado as micro e pequenas empresas nas licitações.

Dito isto, que se passe a análise dos benefícios de modo individual, de forma a se poder entender melhor o alcance de cada um, suas peculiaridades, e as questões polêmicas que dizem respeito a cada um deles, mas antes se faz necessário o esclarecimento de que nenhuns dos benefícios a serem estudados abaixo dependem de critério outro que não o enquadramento na forma da Lei Complementar 123/2006 como MPE, em especial na obtenção do regime tributário simplificado, conhecido como SIMPLES.

Tal parêntese é importante devido à confusão gerada pelo tema nos primeiros meses após a publicação do Estatuto da Micro e Pequena Empresa, naquela época muitos órgão da Administração Pública entenderam erroneamente que para lançar do favorecimento nas licitações públicas, a empresa deveria estar cadastrada junto aos órgãos regionais competentes como optante pelo SIMPLES.

Como já dito aqui neste trabalho<sup>33</sup>, a Lei Complementar 123/2006 traz inúmeras normas de natureza tributária, registre-se inclusive que a maior parte das vantagens geradas por este diploma legal advém do regramento estabelecido pelo chamado regime tributário simplificado. Ocorre, contudo, que as normas que estabelecem as vantagens relativas ao processo licitatório propriamente dito encontram-se tipograficamente separadas das demais, em capítulo próprio como já vimos, e não há no texto legal nenhuma construção

---

<sup>32</sup> Expressão que significa que significa literalmente "deixai fazer, deixai ir, deixai passar"

<sup>33</sup> V. Infra, Item 2.2

hermenêutica que permita a ligação ou relação de dependência de um conjunto de benefícios para outro.

### **5.1 Prazo Especial Para Microempresas e Empresas de Pequeno Porte Para Apresentação da Regularidade Fiscal na Fase de Habilitação**

Habilitação é a fase do momento externo do processo licitatório, cuja finalidade é conferir as condições dos interessados em contratar com o Poder Público. Na habilitação verificar-se-á se os interessados reúnem as condições jurídicas, fiscais, técnicas e econômico-financeiras de executar o objeto pretendido. Também se observam o disposto no inc. XXXIII, do art. 7º, da *Lex Mater*, referente à 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.

Um dos alicerces da licitação, se não o principal deles, é dar a todos o direito de disputar a contratação administrativa, pois um dos motivos pelos quais o processo existe é a garantia da igualdade entre os interessados. Mas a capacidade de contratar confere-se tão somente aos que atestam os requisitos legais. A habilitação é a maneira permitida à Administração Pública de checar o atendimento das condições legais impostas.

A justificativa para a existência desta etapa é a razoabilidade da Administração saber se aqueles que pretendem contratar com ela gozam da capacidade de assumir os ônus de um contrato administrativo. Mais: se a empresa demonstra-se idônea para assumir as obrigações decorrentes. Ter conhecimento destes fatos é fundamental para a Administração poder reduzir (significativamente) os riscos de inexecução, total ou parcial, atinentes a qualquer contrato.

Fala-se, portanto, do aspecto dúplice da fase de habilitação. Essa fase possibilita a identificação do titular da proposta virtualmente mais benéfica no que tange às condições pessoais, além de minimizar os riscos da contratação através da inquirição anterior das condições técnicas cogentes ao cumprimento das obrigações contratuais. Assim, a expressão "condição vantajosa" tem seu significado expandido, deixando de estar exclusivamente associado à idéia de

preço (leia-se menor preço) para atingir também à condição pessoal do licitante.

Dos quatro aspectos citados, apenas dois encontram-se no texto constitucional: o técnico e o financeiro. Como se vê na redação do art. 37, XXI, da Lei Maior, esse fato acontece porque, ao passo que as condições jurídicas e fiscais podem ser consideradas imutáveis, apenas esses dois aspectos podem ser considerados não fixos ou mutáveis, estando suscetíveis à variação de acordo com o objeto da licitação. Destarte, o constituinte originário pretendeu dizer que apenas o indispensável para o cumprimento das futuras obrigações contratuais seria cobrado como instrumento habilitatório. É como já dito, a preocupação evidente com a questão da competitividade, de forma que se cobrará, neste momento, o chamado mínimo indispensável.

Surgirão circunstâncias, entretanto, em que não se poderá falar de mínimo indispensável para capacitação dos licitantes, a exemplo das prestações de serviços de natureza singular, ou altamente especializados, o mesmo entendimento também deve ser aplicado para outras situações. É necessário decifrar a norma de forma a proporcionar à Administração a melhor relação benefício-custo razoável, de acordo com a obrigação a ser atendida.

Neste mesmo estudo já se discutiu a respeito da posição tradicional de não se permitir a novação nas condições habilitatórias, isto é, criar a exigência de entrega de novos documentos a serem colocados à disposição da Administração em determinado momento do certame, a depender da modalidade escolhida.

Já posta também, a posição aqui defendida de que além da possibilidade óbvia de inovação das exigências elencadas no artigo 27 da Lei 8.666/1993 através da criação expressa em outra Lei, seja ordinária seja complementar híbrida, também se pode alterar a relação, como de fato se fez, com a conjugação do artigo 115 do Estatuto Federal de Licitações e Contratos, com o artigo 11 do Decreto 6204/2007.<sup>34</sup>

Assim sendo, pode surgir para a Administração, quando da confecção do edital, dúvidas quanto ao limite de exigências habilitatórias, principalmente

---

<sup>34</sup> V. Infra, Item 3.1

para a contratação de serviços, uma vez que para as compras, via de regra, e desde que não se caracterize a preferência por determinada marca, a Administração pode, justificadamente, definir com mais liberdade as características do objeto que pretende adquirir.

Realizado este introito, e partindo para a análise efetiva do primeiro dos benefícios ou vantagens concedidas as micro empresas e empresas de pequeno porte nas compras e contratações públicas, tem-se que o artigo 43 da Lei Complementar 123/2006, estabeleceu que as microempresas e empresas de pequeno porte, por ocasião da participação em certames licitatórios, deverão apresentar toda a documentação exigida para efeito de comprovação de regularidade fiscal, mesmo que esta apresente alguma restrição.

À primeira vista, tal exigência parece ser contraditória com o teor do artigo 42, que afirma que nas licitações públicas, a comprovação de regularidade fiscal das microempresas e empresas de pequeno porte somente será exigida para efeito de assinatura do contrato, em momento posterior, portanto, à realização do certame.

A despeito da horrorosa técnica legislativa aplicada no caso, o que se deve extrair da junção dos dois artigos é que toda a documentação relativa será apresentada pela empresa de pequeno porte desde logo, e esta, caso vencedora do certame terá a possibilidade de dentro de um prazo que será explicado adiante, e antes da assinatura do contrato, regularizar a sua situação fiscal.

Esta também é a posição de Marçal Justen Filho:

Conjugando-se os arts 42 e 43, resulta evidente que a vontade do legislador consiste em submeter o licitante a apresentar, desde logo, toda a documentação atinente à regularidade fiscal. O art. 42 não significa dispensa da apresentação da documentação, mas apenas que o licitante não será excluído do certame se houver algum defeito.<sup>35</sup>

Certamente iluminou-se o assunto com o artigo 4º do Decreto nº 6.204/2007. Sua redação, bem mais adequada, estabelece que a comprovação da regularidade fiscal das microempresas e empresas de pequeno porte somente será exigida para efeito de contratação, e não como condição para

---

<sup>35</sup> <sup>31</sup> Op. Cit., nota 23, p. 67.

participação da licitação. O prazo para a regularização é de dois dias úteis, contados a partir do momento em que a ME ou EPP se sagra vencedora, sendo prorrogável, a critério da Administração, por mais dois dias úteis. Esse prazo encontra-se no parágrafo primeiro do artigo 43. No tocante à sua prorrogação, há quem defenda que ela seria obrigatória, constituindo uma espécie de poder-dever do órgão licitante. Entretanto, a redação do parágrafo ao dizer “prorrogáveis por igual período, a critério da Administração Pública” não deixa muita margem para uma interpretação diferente, pois se refere a um ato discricionário do órgão responsável pela licitação, na pessoa do seu pregoeiro ou presidente da CPL.

Todavia, uma importante ressalva: essa não é a realidade para a Administração Pública Federal. Esta, por força do Decreto nº 6.204/2007, está obrigada a prorrogar o referido prazo por igual período sempre que solicitado pela empresa de pequeno porte, desde que não haja urgência para contratação ou prazo insuficiente para a emissão de empenho. Tal previsão encontra-se no artigo 4º, §3º do citado decreto.

Não obstante, as normas constantes nos artigos 43 a 45 da Lei Complementar 123/2006 são auto aplicáveis, e independem de previsão no edital da licitação, conforme já exposto Orientação Normativa/AGU nº 07 que diz:

O tratamento favorecido de que tratam os arts. 43 a 45 da Lei Complementar nº 123 de 2006, deverá ser concedido às microempresas e empresas de pequeno porte independentemente de previsão editalícia<sup>36</sup>.

Feita esta ressalva, é importante observar que esta é uma obrigação que consta no Decreto, mas inexistente na Lei, vinculando assim apenas as compras e contratações públicas no âmbito federal. Por outro lado desnecessária a esta altura a discussão sobre a possibilidade do Decreto inovar em uma obrigação administrativa.

No que tange a questão da urgência para a contratação, trata-se evidentemente de um conceito jurídico indeterminado, e por isso mesmo o texto do Decreto fala em “juridicamente justificados”, de forma a destacar a

<sup>36</sup> BARROS, Márcio dos Santos. **502 comentários sobre Licitações e Contratos Administrativos**. 2. ed. São Paulo: NDJ, 2011, p. 73.

importância da exposição de motivo do ato administrativo, e destaque-se que mais do que a motivação, isto é, a exposição dos motivos do ato, se deve falar nos requisitos para existência do mesmo, por tratar-se de situação de fato ou de direito que autoriza a existência do ato, afinal se está discorrendo sobre um ato administrativo que segundo o próprio Decreto, deve ser juridicamente justificado.

Quanto ao motivo dos atos administrativos, já discorreu Hely Lopes Meirelles:

O motivo ou causa é a situação de direito ou de fato que determina ou autoriza a realização do ato administrativo. O motivo, como elemento integrante da perfeição do ato, pode vir expresso em lei como pode ser deixado ao critério do administrador. No primeiro caso será um elemento vinculado; no segundo, discricionário, quanto à sua existência e valoração. Da diversidade das hipóteses ocorrentes resultará a exigência ou a dispensa da motivação do ato<sup>37</sup>.

Em um Estado Democrático de Direito, onde em tese o povo é o sumo titular do poder, ao atender aos anseios da população o Estado precisa efetivar atos administrativos motivados, fundamentados, já que é fundamental que se justifiquem as tomadas de decisões.

Com relação a questão do “prazo insuficiente para o empenho”, esta passagem diz respeito a uma situação meramente técnica-administrativa, de ocorrência não muito comum. O fato é que a Administração Pública Federal como um todo tem um dia limite para a emissão de empenhos, não existe uma data fixa para isto, sendo que todo ano o MPOG a determina, geralmente avisando os órgãos da Administração antecipadamente no mês de julho, para que estes possam fazer o seu planejamento. Apesar disso, as vezes ocorre da licitação acontecer nos últimos dias do prazo para emissão da nota de empenho, e se a Administração não realizar tal procedimento após o prazo legal para a regularização (que deve estar incluído no planejamento) não será mais possível empenhar o objeto do certame, inviabilizando assim todo o

---

<sup>37</sup> MEIRELLES, Hely Lopes, atualizado por AZEVEDO, Eurico de Andrade, ALEIXO, Dêlcio Balestro, BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito Administrativo Brasileiro**. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p 16.

processo administrativo, em detrimento do interesse público, o que justifica a exceção de não concessão de prorrogação de prazo nesta hipótese.

Discussão maior surge quando se trata do momento inicial para se suprir a irregularidade fiscal. O texto do parágrafo mencionado dispõe que será quando o licitante for “declarado vencedor do certame”. Mas que momento é este, quando, de fato, se declara vencedor um licitante? O debate, entretanto, parece ser provocado mais pela capacidade argumentativa das empresas derrotadas, que apresentam recursos muito bem elaborados por advogados especialistas no assunto, do que pela amplitude de interpretações a que estaria submetido o diploma em análise. Olhando para a problemática por dois pontos de vista diferentes - o momento em que se declara o vencedor nas licitações ditas tradicionais, e no pregão e suas fases invertidas -, não é difícil superar a dificuldade aparente.

Nas modalidades de licitação clássicas, aquelas trazidas pela Lei 8.666/1993, a habilitação é anterior à proposta propriamente dita, de modo que a abertura dos envelopes que as contêm é realizada após a apresentação dos documentos habilitatórios, o que por óbvio faz com que apenas sejam abertas as propostas dos licitantes devidamente habilitados. Após a abertura das propostas, se passa à análise das mesmas, e a conseguinte aceitação das que estejam corretas e a não aceitação daquelas que destoem das exigências editalícias.

Uma vez realizada a aceitação das propostas, estas são organizadas em ordem de vantajosidade para o órgão licitante, da mais vantajosa, para a menos vantajosa, mais uma vez seguindo os critérios estabelecidos no edital. Após isto, passa-se a fase recursal, com efeito suspensivo, e uma vez superada esta se encaminha o processo para autoridade superior (Exemplo: CPL encaminha processo para reitor de Universidade Federal), que por sua vez irá examinar a legalidade dos atos tomados até então, bem como fazer o juízo de conveniência, valendo a nota de que até este momento nada obriga a Administração a contratar com o licitante mais bem colocado. Após isto, homologa-se a decisão, e adjudica-se o objeto (não a licitação) ao licitante mais bem colocado, agora já chamado de vencedor.

No pregão presencial (e eletrônico) inverte-se a fase de apresentação da proposta com a de exibição dos documentos que comprovam a habilitação, sendo que no pregão eletrônico a empresa, seja MPE ou não, sequer precisa anexar e enviar os documentos habilitatórios, uma vez que estes podem ser consultados a qualquer momento pelo pregoeiro, já que a participação nos pregões eletrônicos (apesar do debate legal sobre o assunto) está condicionada ao cadastro no SICAF, o Sistema de Cadastro de Fornecedores do Governo Federal, onde todas estas informações habilitatórias são mantidas de forma atualizada pelo sistema SERPRO (Serviço Federal de Processamento de Dados).

Tal consulta, referida na quase totalidade dos editais, já tem previsão legal, como se depreende do texto do parágrafo único, do art. 14 do Decreto 5.450/2005: "A documentação exigida para atender ao disposto nos incisos I, III, IV e V deste artigo poderá ser substituída pelo registro cadastral no Sicafe". Alguns órgãos da Administração ainda relutam por esta solução, como se percebe nesta resposta dada pela consultoria particular Zênite a órgão da Administração Pública Indireta:

Não há óbice para que a Administração estabeleça, no edital, que determinados requisitos habilitatórios serão por ela verificados mediante consulta direta no sítio oficial da internet. A possibilidade advém da interpretação sistemática dos dispositivos que regulam a matéria, o que permite afastar formalismos exagerados no processo de contratação e prestigiar a efetividade, sem que se violem os princípios da isonomia e da competitividade.<sup>38</sup>

Uma vez realizada a aceitação e a habilitação pelo pregoeiro (que de fato constitui uma espécie de comissão de licitação de um homem só), abre-se prazo para recurso, que no pregão eletrônico não pode ser inferior a 20 (vinte) minutos, após o que, não havendo intenção de recurso por nenhum licitante, realiza-se a adjudicação do objeto ao licitante pelo próprio pregoeiro. Note-se que neste momento ainda não se fala em licitante vencedor, pois só após a adjudicação é que o processo será encaminhado para a autoridade superior, para que ela o homologue, mais uma vez através dos critérios de legalidade e conveniência, e aí sim, se pode falar em licitante vencedor.

<sup>38</sup> Revista Zênite de Licitações e Contratos – ILC, Curitiba: Zênite, n. 194, p. 400, abr. 2010, seção Perguntas e Respostas.

Desta forma, não há dificuldade em se perceber que é a homologação quem faz o vencedor do certame, é o escrutínio dos atos dos servidores que realizaram o processo de licitação, para averiguar a completa legalidade dos mesmos, em consonância com o exercício dos critérios de conveniência e oportunidade, que formam a discricionariedade administrativa. Apenas quem tem a legalidade para a prática de tais atos, é que pode declarar o vencedor de um processo de licitação.

Assim, se tem que a micro ou pequena empresa, uma vez vencedora do certame, e após a homologação de todo o processo, em caso de irregularidade nas certidões relativas à habilitação fiscal, terá dois dias úteis, prorrogáveis por mais dois dias úteis para pôr em dia sua situação.

Detalhe interessante é que, se dado o objeto da licitação existir a necessidade de assinatura de contrato administrativo (e aqui não se refere, obviamente, ao contrato genérico, ou instrumento que pode substituir o contrato, como a nota de empenho), os dois dias úteis necessariamente ficarão entre a declaração como vencedor do certame, e a assinatura do contrato. Do contrário, como na maioria das licitações para fornecimento de material, estabelece-se um prazo final após a homologação.

## **5.2 A Preferência em Empates**

Nas licitações públicas existe sempre a possibilidade de empate entre as propostas. Quando constatado o empate, exige-se da Administração a aplicação de certos critérios para solucionar o impasse - critérios de desempate.

Em se tratando de microempresas e empresas de pequeno porte, em caso de empate estas terão preferência na contratação, como posto pelo artigo 44 do Estatuto que as regula. O empate pode ocorrer quando houver coincidência de valores entre a proposta mais bem classificada não oferecida por microempresa ou empresa de pequeno porte e a proposta de valor idêntico apresentada por micro ou pequena empresa: denominado comumente de empate real.

Por conseguinte lógico, tem-se que a situação de empate só pode ocorrer nas licitações do tipo menor preço, exclusivamente, não como se falar

em critérios de desempate para licitações do tipo menor técnica, já que dificilmente as técnicas serão idênticas, existindo juízo crítico de diferenciação para casos em que a similitude seja maior do que o normal. Apesar da racionalidade envolvida na situação, o artigo 5º do Decreto 6204/2007, não permite dúvidas ao dizer “Nas licitações **do tipo menor preço**, será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte”. (Grifei).

Desta forma, exclui-se a possibilidade das empresas de pequeno porte obterem o tratamento favorecido de reduzir suas ofertas de preço (como se verá adiante) ou serem consideradas vencedoras em caso de empate nas licitações de melhor técnica e técnica e preço, isto porque nestes tipos de licitação a Administração não tem como pressuposto a busca do menor preço para suas compras ou contratações, mas sim a aquisição de determinado padrão técnico que melhor atenda as suas necessidades, independentemente do preço, desde que é claro, este se encontre dentro dos padrões estabelecidos pelo mercado.

Não se aplica também este benefício para os tipos de licitação de maior lance ou oferta, pois nestes o objetivo primário da Administração é aferir o maior lucro possível, não se trata pois de expensas, mas de amealhar capital.

Nos casos de ocorrência do empate real, a microempresa ou a empresa de pequeno porte mais bem qualificada já além a primazia da contratação (*caput* do art. 44), destarte, não precisa rebaixar o valor de sua proposta, uma vez que esta é tão vantajosa quanto a de seu concorrente.

O pregão eletrônico, dadas as suas características próprias não admite, em seu trâmite normal, o empate real. Explica-se: Nesta modalidade as empresas, independentes do seu tamanho, tem determinado prazo para envio de suas propostas de preço através do sistema disponibilizado pelo SERPRO. O sistema aceita que as empresas enviem lances de igual valor, caso em que as duas empresas supostamente empatadas serão notificadas através de um pequeno ícone em forma de mão, de cor amarela, que aparecerá em suas telas. Diz-se suposto empate, porque apesar de permitir o envio de propostas iguais o SERPRO tem como saber com precisão de milésimos de segundo qual proposta foi ofertada primeiro, prevalecendo aquela que foi recebida e

registrada em primeiro lugar. Tal norma encontra expressão no artigo 24, §4º do Decreto 5.450/2005, que regulamenta o pregão, na forma eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns.

Existe, entretanto, uma possibilidade de empate entre micro e pequenas empresas no pregão eletrônico, apontada pela doutrina e já devidamente prevista pelo SIASG, já tendo sido previsto em seu regramento referente ao pregão eletrônico.

Na fase de apresentação de propostas, que no pregão eletrônico nada mais é do que o preenchimento do preço inicialmente proposto em campo adequado do sistema, duas empresas de pequeno porte encaminhem o mesmo preço. Neste envio preliminar, ou seja, antes da fase de lances onde as empresas podem diminuir seus preços de forma concorrencial, o sistema não registra o momento do envio da proposta, e nem teria porque, uma vez que este registro só faz sentido na etapa de lances, devido ao caráter de disputa ali envolvido.

Uma vez nesta fase, e tendo estas duas empresas sido superadas por um preço menor de empresa não enquadrada como MPE, dentro do limite já estudado de 5% (cinco por cento), e as mesmas não venham a fazer nenhum novo lance, jazendo assim empatadas, realizar-se-á um sorteio eletrônico, para definir qual delas estará apta a querendo, cobrir o preço vencedor.

Deve se notar que uma vez que a microempresa vencedora do sorteio por qualquer motivo não cubra o preço vencedor, a oportunidade será dada automaticamente à MPE que perdeu o sorteio eletrônico, não se admitindo sequer o argumento de que a empresa impedida possa enviar a proposta por problema de desconexão com a internet, uma vez que o Decreto 5.450/2005 é bem claro em seu artigo 13, III ao afirmar que caberá ao licitante interessado em participar do pregão, na forma eletrônica acompanhar as operações no sistema eletrônico durante o processo licitatório, responsabilizando-se pelo ônus decorrente da perda de negócios diante da inobservância de quaisquer mensagens emitidas pelo sistema (ou emitidas pelo pregoeiro) ou de sua desconexão.

Esta conjectura já foi devidamente tratada por Jessé Torres Pereira Junior e Marinês Restelatto Dotti:

O Decreto nº 6.204/07 não disciplina o procedimento do sorteio. O caráter subsidiário das normas gerais da Lei nº 8.666/93 preenche a lacuna. Seu art. 45, §2º, orienta que se fará o sorteio em ato público, para o qual todos os licitantes serão convocados. Se, durante a sessão de julgamento das propostas (concorrência, tomada de preços, convite e pregão, na forma presencial), todos os licitantes estiverem presentes, serão notificados da realização do sorteio, com registro em ata.<sup>39</sup>

Existe ainda outra situação de igualdade, que sobrevém pela ficção jurídica criada (*empate ficto*). Nesse caso, serão consideradas empatadas as situações em que as propostas realizadas pelas MPEs sejam iguais ou até 10% (dez por cento) superiores à proposta mais bem classificada e que não tenha sido apresentada por microempresa ou empresa de pequeno porte.

A ficção jurídica é uma definição do Direito que dispõe de forma diferente do que ocorre na ordem natural das coisas, ou do próprio Direito. A legislação brasileira (como de fato qualquer outra) está repleta de ficções jurídicas, como exemplo se pode citar no Direito Tributário o fato gerador do imposto de exportação, que segundo o texto legal ocorre no momento da saída da mercadoria do país, mas que dada a impossibilidade de se acompanhar carga por carga com um GPS<sup>40</sup> para cumprir literalmente o que dispõe a lei, por ficção jurídica, é cobrado no ato de expedição da guia de exportação. Outro exemplo seria a teoria do crime continuado no Direito Penal, que trata como unidade, o que à princípio deveria ser considerado pluralidade, ou seja, quando o agente pratica dois ou mais crimes, e ressalvados os fatores de tempo, lugar e execução, aqueles que ocorrem *a posteriori* são considerados uma continuação do primeiro, um exemplo evidente de ficção jurídica, já que de fato ocorreram dois ou mais crimes.

Como ficção jurídica, o *empate ficto* enquanto benefício para MPEs nas compras e contratações públicas surge como critério de desempate extraordinário, já que a regra geral, estabelecida pela Lei 8.666/1993, para as licitações tradicionais (exceto o concurso, por motivos óbvios) é o sorteio, realizado através de ato público, como estabelecido pelo artigo 45, §2º do

<sup>39</sup> PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres, DOTTI, Marinês Restelatto, **Políticas públicas nas licitações e contratações administrativas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p 95.

<sup>40</sup> Global Position System: trata-se de aparelho comumente utilizado em veículos de transporte que possibilita a localização espacial através de sistema de satélites.

diploma retrocitado, após a verificação das hipóteses elencadas pelo artigo 3º, §2º, que dão preferência aos bens produzidos no País, produzidos ou prestados por empresas brasileiras, produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País, nesta ordem.

No caso de empate ficto, a MPE terá a possibilidade de oferecer uma proposta cujo valor seja inferior ao de sua proposta inicial, isto é, poderá adequar o seu preço, ao preço originalmente vencedor, ocasião em que lhe será adjudicado o objeto da licitação. Na hipótese da micro ou pequena empresa convocada não cobrir a proposta mais vantajosa, serão convocadas as demais empresas que se enquadrem nos critérios legais, em ordem de classificação pré-estabelecido, para que desempenhem seu direito de anteposição legal, nos termos do artigo 45, II do Estatuto em exame.

Ressalte-se aqui que o Decreto 6.204/2007 diz que a nova proposta encaminhada pela empresa de pequeno porte deve ser inferior à proposta ora vencedora, não sendo possível, portanto, que a MPE encaminha preço idêntico, e busque alegar com isso o empate real.

No caso de empate real entre as microempresas e as empresas de pequeno porte para o exercício do direito de preferência, será realizado sorteio (artigo 45, III), se a micro ou a pequena empresa não exercer o direito de preferência, o objeto será adjudicado em favor da proposta originalmente considerada vencedora.

Há de se repetir que o empate ficto ocorre com base na proposta vencedora, devendo se prestar atenção ao vocábulo “vencedora”. Neste ponto, a análise do parágrafo 1º do artigo 45 da Lei Complementar 123/2006 é importante: “Na hipótese da não contratação nos termos previstos no caput deste artigo, o objeto licitado será adjudicado em favor da proposta originalmente vencedora do certame”<sup>41</sup>.

Isto quer dizer, que para efeito de desempate deve se levar em consideração a proposta com capacidade para ser vencedora do certame, ou

---

<sup>41</sup> BRASIL. **Lei Complementar 123/2006**. Brasília: Casa Civil, Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LCP/Lcp123.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp123.htm)>. Acesso em: 05.04.2012

seja, a proposta que além de exequível (cujos valores estejam parametrizados com aqueles disponíveis no mercado), reúna as devidas condições habilitatórias, do contrário como iria retornar a Administração para esta em caso de fracasso do desempate?

Esta é, pois, a única interpretação admissível, pois ao falar em “proposta de preço inferior àquela considerada vencedora do certame”, se faz referência não apenas à proposta em si, não se fala em proposta que contenha melhor preço, ou proposta mais bem classificada, mas de empresa “vencedora”. Muito embora já se tenha visto aqui neste mesmo estudo que é a homologação que confere a qualidade de vencedora, não há que se duvidar que o espírito da regra ao instituir a expressão “considerada vencedora do certame” não foi outro senão o de tratar da empresa que reúna as condições para se tornar vencedora.

Assim, deve-se antes da ofertar a possibilidade de desempate para as MPEs, avaliar a habilitação da empresa vencedora, bem como, é claro, a exequibilidade de sua proposta.

Em se tratando da modalidade pregão, o direito de preferência necessitará ser exercido no prazo de cinco minutos após o encerramento dos lances, sob pena de preclusão. Não existe previsão de prazo para as modalidades convencionais, de forma que será o edital o instrumento a solucionar impasse neste sentido.

Por fim, não há de se olvidar que também este benefício específico é tema de questionamento no tocante a sua constitucionalidade, à título de exemplo, o doutrinador Kiyoshi Harada apreende que os parágrafos do artigo 44 do Estatuto da micro e pequena empresa são nulos, “por violentarem o sentido etimológico da palavra ‘empate’, considerando situações diversas como situações de empate, para o fim de aplicar o critério de desempate previsto no caput”<sup>42</sup>.

Mais uma vez pedindo vênias a interpretação apresentada, argumentar a nulidade de uma norma que se configura como uma importante política

---

<sup>42</sup> HARADA, Kiyoshi. Cooperativas. **Existe direito de preferência no certame licitatório?** Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1585, 3 nov. 2007. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/10555>>. Acesso em: 10 maio 2012

pública com base em uma mera preocupação etimológica descortina-se como uma inquietação excessivamente formalista e despreocupada com os efeitos da norma na sociedade.

Com todo respeito à parte da gramática que trata do estudo do surgimento das palavras, não pode o Direito, e por consequência a sociedade, impedir a evolução natural das normas jurídicas, em consonância com a própria evolução social. Até porque, como é sabido, a língua em si se modifica com o passar do tempo, com palavras surgindo e outras ganhando novos significados.

### **5.3 A Cédula de Crédito Microempresarial**

O artigo 46 da Lei complementar criou a possibilidade de emissão da chamada cédula de crédito microempresarial, a ser utilizada nos casos de empenhos liquidados e não pagos em 30 (trinta) dias por órgãos e entidades da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios.

Como benefício a cédula de crédito aparece em momento posterior ao da licitação, bem posterior aliás, uma vez que situada após a contratação e após a prestação do serviço ou entrega do material, a depender do caso concreto, e versa em parte sobre assunto considerado polêmico na temática das compras e contratações públicas: O pagamento.

Antes de tratar *en passant* da controvérsia sobre a questão do pagamento, é importante ressaltar que o benefício ora em análise não se encontra aplicável no momento, isto porque nos termos do parágrafo único do artigo já citado, ele deveria ter sido regulamentado pelo poder executivo dentro do prazo de 180 (cento e oitenta) dias a contar da publicação do Estatuto da Microempresa, não sendo, portanto, até o momento capaz de alcançar seu objetivo inicial. Neste Sentido, a doutrina referenda o assunto:

Essa regra, contudo, não tem aplicabilidade imediata, pois cabe ao Poder Executivo a sua regulamentação. De qualquer forma, a cédula de crédito microempresarial é título de crédito regido subsidiariamente pela legislação prevista para as cédulas de crédito comercial. Trata-se, portanto, de título executivo extrajudicial, assim, o sacador ou quem com ele tenha negociado o papel, mediante o endosso, poderá mover contra o Estado execução de título extrajudicial, sem a necessidade de ingressar com ação de conhecimento, que se presta à obtenção de título judicial. Trata-se de alternativa legítima na medida em que a Súmula nº 279 do STJ

determina que 'é cabível execução por título extrajudicial contra a Fazenda Pública.<sup>43</sup>

Não há que se falar que a aplicabilidade estaria temporariamente e de forma subsidiária garantida pela Lei 8.666/1993, simplesmente porque a mesma não versa sobre o assunto, o seja, não trata da emissão de cédula de crédito empresarial. A Lei 8.666/1993 serviria, portanto, quando vigente o benefício, para solucionar de forma principiológica possíveis omissões.

O *caput* e o parágrafo único do artigo 46 do Estatuto da Microempresa são normas de eficácia limitada que, como é sabido, tem sua aplicabilidade condicionada à regulamentação posterior. Aliás, pode-se afirmar ainda que se está diante de normas que não são autoexecutáveis, pois dependem de regulamento para surtir seus regulares efeitos jurídicos.

Em suma, enquanto não for editado o decreto regulamentador das cédulas de crédito microempresarial, as microempresas e empresas de pequeno porte não poderão emití-las.

Assim, a cédula de crédito microempresarial seria um título de crédito a ser regido, subsidiariamente, pela legislação prevista para as cédulas de crédito comercial, pela Lei 8.666/1993 e pelo instrumento que vier a regulamentá-lo. Seu lastro, em tese, é o empenho emitido pelo órgão licitante.

Não fosse a inoperância do poder executivo um importante instrumento de incentivo às microempresas estaria em funcionamento no País, uma vez que a emissão da aludida cédula de crédito microempresarial para o credor regularmente enquadrado como microempresa ou empresa de pequeno porte e que tivesse em seu nome empenho emitido pelo órgão licitante, seria devidamente liquidada após 30 (trinta) dias de atraso no pagamento devido.

Com relação ao atraso de pagamento por parte da Administração Pública, diversos fatores podem influenciar para a sua ocorrência, mas o principal é a questão da regularidade fiscal do contratado, ou, até mesmo, o

---

<sup>43</sup> MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito, et al. **Comentários ao estatuto nacional da microempresa e da empresa de pequeno porte**. São Paulo: Atlas, 2007, p 172.

fato deste se tornar impossibilitado de contratar com a Administração Pública após a realização do serviço ou entrega do material.

A Administração, sempre que opta por não pagar o contratado até a sua regularização, mesmo com o objeto da licitação já cumprido, levanta como argumento a obrigatoriedade desta em consultar a situação da empresa no SICAF antes de cada pagamento, usando como fundamentos legais: a) a obrigatoriedade do contratado manter, durante toda a execução do contrato, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação (Artigo 55, XIII da Lei 8.666/1993); b) a obrigatoriedade de apresentação do Certificado de Regularidade do FGTS, fornecido pela Caixa Econômica Federal (Artigo 29, "a" da Lei 8.036/1990); c) A proibição das pessoas jurídicas em débito com o FGTS de celebrar contratos de prestação de serviços ou realizar transação comercial de compra e venda com qualquer órgão da administração direta, indireta, autárquica e fundacional (Artigo 2º da Lei 9.012/1995); d) A exigência de Certidão Negativa de Débito – CND - no caso de contratação com o Poder Público (Artigo 47, I, "a" da Lei 8212/1991)

E, mais especificamente no caso da Administração Pública Federal, estabelece a Instrução Normativa nº 02 de 2010 que previamente à emissão de nota de empenho, à contratação e a cada pagamento a fornecedor, a Administração realizará consulta ao SICAF para identificar possível proibição de contratar com o Poder Público e verificar a manutenção das condições de habilitação.

Tal procedimento, inclusive, é orientado pelo TCU, que mais de uma vez já se manifestou sobre o tema:

#### **Acórdão 483/2006 Primeira Câmara**

Imprima e anexe aos processos de pagamentos as consultas feitas ao Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores - Sicaf sobre a situação de fornecedores que acusarem algum tipo de ocorrência. Arquive, nos processos de pagamento, documentos integrais e perfeitamente legíveis.

#### **Acórdão 591/2006 Segunda Câmara (Relação)**

Anexe aos processos administrativos a impressão das consultas realizadas no Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores (Sicaf ), para fins de comprovação da manutenção das condições de habilitação da contratada, conforme o disposto nos arts. 28 a 31 da Lei nº 8.666/1993 e orientação da IN/MARE nº 5/ 1995.

### Acórdão 387/2010 Segunda Câmara (Relação)

Verifique, nas contratações, se a contratada está em situação regular para com a Seguridade Social, FGTS e Fazenda Federal no ato de cada pagamento a ser efetuado, consoante determinação contida no Acórdão 593/2005 Primeira Câmara.<sup>44</sup>

Em tempo, registre-se que a Instrução Normativa nº 05/1995 citada pela Corte de Contas no acórdão 591/2006 foi revogada pela Instrução Normativa 02/2010, já citada neste trabalho, e que conforme já visto não alterou a exigência.

Ressalte-se que a necessidade de observar a documentação habilitatória do contratado no ato do pagamento não é um mal em si, trata-se de uma precaução compreensível por parte do Poder Público, até mesmo por causa da posição do TST, exposta no enunciado 331, de que a Administração responde subsidiariamente pelos encargos trabalhistas referentes aos empregados dos seus prestadores de serviço, que atuam sobre o seu comando, o que obviamente causa um zelo a mais no poder público com relação a documentação de seus contratados.

Nem mesmo a recente decisão do STF que em novembro de 2011 declarou a constitucionalidade do artigo 71 do Estatuto Federal de Licitações e Contratos, altera esta realidade.

O dispositivo estabelece que a inadimplência de contratado pelo Poder Público em relação aos encargos trabalhistas e fiscais não transfere à Administração a carga por seu pagamento, nem pode onerar o objeto do contrato ou restringir a sua regularização, e sempre foi alvo de severas críticas por parte da doutrina, e também por parte da Justiça do Trabalho, que entendiam a ser tal isenção de responsabilidade uma posição inconstitucional da Lei 8.666/1993. Por sua vez, como era de se esperar, a Administração Pública sempre pretendeu a constitucionalidade da norma, por isso a

---

<sup>44</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Licitações e contratos: orientações e jurisprudência do TCU / Tribunal de Contas da União**. – 4. ed. rev., atual. e ampl. – Brasília: TCU, Secretaria-Geral da Presidência: Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010. p 698 , 700 e 762

interposição da ADC 16, ajuizada pelo governador do Distrito Federal em face do enunciado retrocitada súmula 331 do TST.

A decisão do Supremo, por maioria, foi de que o TST deveria examinar caso a caso, analisando as peculiaridades de cada situação, se existiria ou não responsabilidade da Administração Pública. Assim, sempre que se puder encontrar a antiga figura do culpa *in vigilando*, ou seja, quando se constatar que o descumprimento das obrigações trabalhistas por parte da contratada se deu por que a contratante (o Poder Público) não vigiou como deveria, este também será responsabilizado subsidiariamente. Desta forma, facilmente se percebe o motivo pelo qual a Administração trata este assunto com exacerbado zelo.

Contudo, entender a posição da Administração não significa concordar com ela, outros meios devem ser encontrados para garantir que os contratados pelo órgão licitante mantenham suas condições habilitatórias, em especial aquelas que tenham um reflexo social importante na sua manutenção, como o depósito do FGTS por exemplo.

Reter a qualquer custo o pagamento de seus contratados configura, indubitavelmente, enriquecimento sem causa da Administração Pública, isto porque, reafirme-se, embora a fonte ou origem do pagamento deva estar garantida antes da licitação, de acordo com a LRF – Lei de Responsabilidade Fiscal – sua execução ocorre após a prestação dos serviços contratados. Nos termos da Lei 8.666/1993, pagamento versa sobre a entrega do valor acertado ao credor após a extinção da obrigação. Trata-se, pois, da terceira e derradeira fase da despesa.

A respeito da retenção do pagamento devido por irregularidade documental, a tese já apresentada do enriquecimento sem causa tem prevalecido nas cortes pátrias, conforme se demonstra nos julgados abaixo:

ADMINISTRATIVO. SUSPENSÃO DO PAGAMENTO. SERVIÇOS EFETIVAMENTE PRESTADOS. REGULARIDADE PERANTE O SICAF.

I. A recusa em efetuar o pagamento dos serviços efetivamente prestados à administração pública, executados em razão de contrato administrativo, sob o argumento de irregularidade da contratada

perante o SICAF, implica o enriquecimento ilícito da administração. Precedentes do TRF da 1ª Região.<sup>45</sup>

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. PAGAMENTO. EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE REGULARIDADE PERANTE O SISTEMA DE CADASTRAMENTO UNIFICADO DE FORNECEDORES (SICAF). ILEGALIDADE.

1. Embora tenha a Administração o poder de consultar cadastros de empresas que pretendam participar de procedimentos licitatórios, não pode bloquear o pagamento de quem se encontrava em situação regular, no momento da contratação, e que executou regularmente o serviço, a pretexto de supostas irregularidades, verificadas posteriormente, junto ao Sicaf.

2. Desse modo, executado o serviço contratado, ilegal é o procedimento da Administração que condiciona o pagamento respectivo à comprovação de regularidade perante banco de dados do Governo Federal.

3. Sentença concessiva da segurança, para determinar o pagamento requerido, que se confirma.<sup>46</sup>

A posição das cortes superiores portanto, é no sentido de impedir que Administração usufrua dos serviços contratados sem a devida e justa contraprestação, infelizmente pouquíssimas vezes manifestou-se o Supremo de Tribunal de Justiça, não se podendo falar ainda de jurisprudência daquela casa sobre o tema.

Assim, no que diz respeito à aplicabilidade do artigo 46 da Lei Complementar 123/2006, referente à emissão de crédito empresarial para microempresas com empenho emitido e pagamento atrasado por mais de 30 dias, tem-se que a não emissão de regra regulamentadora pelo poder executivo após o prazo de 180 (cento e oitenta) dias prejudica em sua totalidade o dispositivo, inexistindo a hipótese de aplicação do benefício.

Isto posto, e como já dito dado a impossibilidade de se aplicar o disposto no artigo 46 do Estatuto das Microempresas, esgota-se no tocante ao tema em debate este tópico.

---

<sup>45</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal 5ª Região. REOMS 88220 PE 2003.83.00.023168-0. In: **Diário da Justiça** - Data: 05/07/2005 p. 443 - Nº: 127. 2005. Recife.

<sup>46</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal 1ª Região. REOMS 411 DF 2009.34.00.000411-4. In: **e-DJF1** Disponível em: <<http://www.trf1.jus.br/Consulta/DiarioEletronico/DiarioEletronico.php>> Acesso em 13 de maio de 2012.

#### **5.4 Licitações diferenciadas para Micro e Pequenas empresas**

Além do já exposto, e tendo por fulcro a promoção do desenvolvimento econômico e social das micro e pequenas empresas, e por consequência dos locais onde estas se encontrem, a Lei Complementar 123/2006 permitiu a possibilidade de realização de processo licitatório destinado unicamente à participação de MPE's nas contratações com valor máximo de R\$ 80.000,00 (Oitenta mil reais), bem como a possibilidade de se exigir a subcontratação de empresas de pequeno porte, ou a criação de cotas para estas nas licitações públicas.

Dentre todos os instrumentos de benefício criados pelo Estatuto das micro e pequenas empresas, talvez este seja o de maior alcance, ou efetividade, uma vez que consegue concretizar na prática licitatória da Administração Pública, de forma imediata, a finalidade dos artigos aqui estudados, lembrando que o capítulo que versa sobre os favorecimentos as MPE's na Lei Complementar 123/2006 nomeia-se "Do acesso aos mercados", e a importância fundamental, já ressaltada, do Estado como mercado consumidor.

As licitações diferenciadas englobam as já citadas licitações exclusivas, e as licitações com previsão de subcontratação de empresas de pequeno porte ou cota de até 25% (vinte e cinco por cento) para estas.

O artigo 47 da Lei Complementar 123/2006, traz em seu cerne a motivação para aplicação não só deste benefício, mas de toda a política pública aplicável, ao ressaltar que o objetivo da mesma é 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".

No que diz respeito à promoção econômica e social em âmbito local, esta acabou por criar também benefícios de ordem ambiental que a Lei, quando publicada, não pensava em atingir, como se verá na conclusão deste estudo.

A concretização destes objetivos se dá com os benefícios até aqui estudados, mas especialmente com a adoção das licitações diferenciadas. É

possível afirmar até que a questão habilitatória prepara o caminho para o real favorecimento, e os benefícios dos empates real e ficto cumprem papel integrador do mesmo.

Este benefício é introduzido como uma possibilidade para a Administração, conforme se depreende da análise do artigos 47 e 48 do diploma em estudo, que utiliza o verbo poder “poderá” nos dois artigos para tratar da incidência dos mesmos. Desta forma, em princípio tornou-se uma questão de discricionariedade para o órgão licitante lançar ou não mão deste favorecimento, devendo sobrepesar se ao fazê-lo satisfazendo o interesse da Administração Pública.

Não obstante, tal realidade de certa forma transmutou-se a partir da publicação do Decreto 6.204/2007, ao menos para a Administração Pública Federal, e em relação às licitações exclusivas, uma vez que o mesmo, propositalmente, substituiu o verbo poder, pelo verbo dever, passando a estabelecer que “Os órgãos e entidades contratantes deverão realizar processo licitatório 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)” (artigo 6º do Decreto 6.204/2007).

Essa imposição, contudo, a depender da interpretação que se dê da análise sistemática das normas apresentadas, bem como da Constituição da República, pode ou não ser restringida pelo artigo 49 da Lei Complementar 123/2006, que em seu inciso I, vincula a aplicabilidade dos artigos 47 e 48 à previsão em instrumento convocatório.

Por sua vez, o Decreto 6.204/2007 traz previsão no artigo 10 de que os critérios de tratamento diferenciado para as empresas de pequeno porte deverão (obrigatoriedade), estar expressamente previstas no instrumento convocatório.

Além disso, se costuma também levantar o argumento de que tais favorecimentos só devem ser aplicados, e de forma justificada, quando atenderem ao interesse público, e não de forma automática.

Esta última ponderação é defendida por Márcio dos Santos Barros<sup>47</sup>:

É claro que essas três possibilidades, diferentemente da regularização fiscal tardia e da preferência em caso de empate ficto, que se aplicam a todos os casos, só serão aplicáveis em casos específicos [...] que melhor atenderão ao interesse público se assim forem realizadas.

Com relação a previsão em edital, a vinculação do favorecimento às empresas de pequeno porte ao edital, não pode, salvo melhor juízo, ser interpretado de forma intransponível, devendo, ao contrário, ser relativizada após análise mais bem empregada ao conjunto de normas em estudo.

O princípio da vinculação ao instrumento convocatório nas palavras de Maria Sylvia Zanella di Pietro “exige que todo o processo licitatório se submeta às regras que forem especificamente baixadas para a licitação anunciada, sob a forma de edital ou de convite”<sup>48</sup>, de forma que atrela as decisões administrativas referentes ao processo licitatório, às normas postas no edital.

O respeito por parte da Administração a estas normas, *a priori*, não mantém relação direta com a exigência de previsão das regras de favorecimento às MPEs no instrumento convocatório. Exigir a presença destes benefícios no edital, não significa que a sua ausência significará a não aplicabilidade dos mesmos, ou seja, não significa dizer que a Administração optou por não aplicar o favorecimento às empresas de pequeno porte, até porque, como já visto, é questionável esta discricionariedade.

Até mesmo o TCU, cuja explicável preocupação com a legalidade o torna notadamente conservador em suas posições, já se manifestou sobre o tema de forma bastante liberal, como se vê no acórdão nº 702/07, Plenário, Relator Ministro Benjamin Zymler, Processo nº 007.850/2007-5:

---

<sup>47</sup> BARROS, Márcio dos Santos. **502 comentários sobre Licitações e Contratos Administrativos**. 2. ed. São Paulo: NDJ, 2011, p 74.

<sup>48</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22<sup>a</sup>. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 360.

[...]

19. Apesar da ausência de previsão editalícia de cláusulas que concedam a estas categorias de empresas os benefícios previstos nos arts. 45 e 46 da lei supracitada, não há impedimentos para a aplicação dos dispositivos nela insculpidos.

20. Tais disposições, ainda que não previstas no instrumento convocatório, devem ser seguidas, vez que previstas em lei. Cometerá ilegalidade o Sr. Pregoeiro caso, no decorrer do certame, recuse-se a aplicá-las, se cabíveis.

21. Não se vislumbra, deste modo, a necessidade de inclusão, no edital, destes dispositivos, conforme requerido pela Representante.<sup>49</sup>

Em relação ao tema do interesse público como condicionante para a aplicação das normas de benefício para empresas de pequeno porte, se fazem necessárias algumas considerações introdutórias.

O conceito legal de interesse público encontra-se gravado na Lei 9.784/99, art. 2º, parágrafo único, II que o define como o “atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competência, salvo autorização em lei”, mas sua conceituação na doutrina pátria é muito anterior, já sendo clássicas algumas definições, como a de Celso Antônio Bandeira de Mello que ensina que<sup>50</sup>:

O interesse do todo, nada mais é do que uma forma, um aspecto, uma função qualificada do interesse das partes, ou seja, não há como se conceber que o interesse público seja contraposto e antinômico ao interesse privado, caso assim fosse, teríamos que rever imediatamente nossa concepção do que seja a função administrativa. O interesse público, portanto, nada mais é do que uma dimensão, uma determinada expressão dos direitos individuais, vista sob um prisma coletivo.

É possível notar que já nesta definição clássica, se refuta a ideia de anteposição entre o interesse privado e o interesse público, quando o que de fato existe é a junção de interesses individuais, em uma coletividade, cujo o interesse deve suplantar determinado antagônico que por acaso surja, que se lhe oponha em situação hipotética, sumindo tal antagonismo quando não se percebe, de nenhuma forma, a vontade de não ver prevalecendo o interesse da coletividade.

<sup>49</sup> PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres, DOTTI, Marinês Restelatto, **Políticas públicas nas licitações e contratações administrativas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p 109.

<sup>50</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de **Curso de Direito Administrativo**. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p 59.

Ao invocar o tema do interesse público como possível obstáculo a aplicação dos benefícios legais, ou no mínimo como questão norteadora *stricto sensu* a servir de pressuposto para os favorecimentos citados, pretende-se de fato levantar a conjectura de que a Administração na figura do órgão licitante, deve caso a caso, aferir se o seu interesse imediato (da Administração), portanto público, será resguardado com a utilização dos benefícios, mas como aferir conceito tão indeterminado nos concretos dos processos de licitação?

Simples, melhor dizendo, simplista, é a solução que se costuma apresentar, ao sugerir que ainda na fase inicial dos procedimentos licitatórios, quando da pesquisa de preços de mercado, busque se constatar, se os preços ofertados pelos licitantes, melhor dizendo, pesquisados, que se enquadram como microempresa ou empresa de pequeno porte são compatíveis ou competitivos com as demais empresas, por vezes, lançando-se mão inclusive, para critérios de formação preliminar de preços, da porcentagem utilizada no disposto sobre o empate ficto, numa tentativa de sofisticar um raciocínio atingido irremediavelmente pela frugalidade.

É óbvio que a Administração não deve adquirir ou contratar por preços comprovadamente acima do valor de mercado, como também é evidente que ao fazê-lo se fere gravemente o interesse público na seara das licitações, quanto a isto não se discute ou tergiversa, porém confundir a preocupação com o respeito a este interesse com um pressuposto material e específico é um duplo erro. Primeiro porque não se sustenta quando confrontada com as práticas administrativas que já conseguem suprir a garantia do interesse público, segundo porque despreza o princípio fundador deste interesse, mais amplo, vasto e profundo do que o que se coloca.

A doutrina, na figura de Marçal Justen Filho e no que toca a inadmissibilidade de prejuízos vaticina:

Deve-se entender que não se admitirá que a Administração Pública desembolse valores incompatíveis com os preços disponíveis no mercado. Se o resultado da licitação diferenciada conduzir a preços superiores aos usuais de mercado, caberá à Administração Pública promover a revogação da licitação.<sup>51</sup>

---

<sup>51</sup> Op. Cit., nota 31, p. 124

Quanto à prática administrativa, os procedimentos licitatórios, ou a fase internos dos processos de licitação já são suficientes para garantir que não se irá realizar compras ou contratações exageradamente acima do valor de mercado, senão vejamos:

A pesquisa de mercado em si, tem como resultado a criação de um documento comumente denominado de estimativa de preços, embora possa ser nomeado de outra forma, este documento traz em si os preços pesquisados no mercado local (de preferência e de acordo com a possibilidade) daquilo que se pretende adquirir (material ou serviços), os preços são apresentados individualmente de acordo com os fornecedores pesquisados, e ao final se apresenta uma média, estes fornecedores por sua vez estão identificados neste documento, podendo se aferir quais deles se enquadram como micro e pequenas empresas. Detalhe peculiar é que a produção deste documento, via de regra, é responsável por boa parte do tempo despendido na fase interna.

Se for possível conferir se as micro e pequenas empresas estão cobrando preço muito acima do mercado, aí sim, faz-se a escolha, devidamente justificada, pela não aplicabilidade dos benefícios legais instituídos pela Lei Complementar 123/2006, o que não se pode compreender como correto, é que ao menor sinal de que os preços praticados pelas MPEs sejam maiores do que os praticados pelas empresas de capacidade financeira maior se justifica automaticamente essa não aplicação. Isto porque, é da própria natureza das coisas, que as empresas com maior aporte financeiro, maior capacidade de estocagem, em suma, maior possibilidades econômicas, consigam ofertar preços menores que as empresas de menor porte. É aí que se inicia a desconstrução do argumento principiológico da aplicabilidade condicionada dos favorecimentos.

Neste momento é necessário compreender que a dicotomia entre o que se poderia definir como interesse público imediato - entendido como o interesse do órgão licitante em contratar pelo menor preço possível - e o interesse público mediato - o cumprimento dos preceitos constitucionais atinentes à matéria - é falsa. Isto porque, por óbvio prevalecerá sempre o interesse surgido na *Lex Mater*.

No caso concreto, para se atingir o primado constitucional, a Administração precisa ter uma compreensão mais acurada do contrato administrativo pós Constituição, em especial da função anômala do contrato administrativo, expressada pela já notória função social do mesmo, tão lembrada pelos particulares quando são discutidas as renovações contratuais. Ainda segundo Marçal Justen Filho:

Já os arts. 47 e 48 da LC nº 123 previram uma situação diferenciada – ainda que não absolutamente original. Trata-se de manter a existência da licitação, porém de modo a assegurar a realização da função anômala do contrato administrativo. Daí se poderia aludir a “função extra-econômica” da licitação, para indicar a orientação do certame *não* propriamente à obtenção da proposta mais vantajosa, mas à seleção da proposta apta a realização de outros fins (não diretamente relacionados com a vantagem econômica)<sup>52</sup>

No caso em análise, a busca pela vantajosidade das propostas como fator primário deve ser substituída pela persecução aos objetivos expressos na Constituição da República, nos artigos 170, IX e 179, de forma a se buscar o interesse público que realmente importa, que é o que foi instituído pelo poder constituinte, através da intenção de criar uma política pública que favorecesse o tratamento às microempresas e possibilitasse a entrada e permanência delas no mercado.

Seguindo a própria disposição escolhida pela Lei Complementar 123/2006, as licitações exclusivas, com previsão de subcontratação das empresas de pequeno porte e com previsão de cotas, serão analisadas em subtópicos.

---

<sup>52</sup> Id Ibid., p. 109.

#### **5.4.1 Licitações Exclusivas para Micro e Pequenas Empresas**

Os benefícios aqui expostos tem um limite de 25% (vinte e cinco por cento) por ano civil ao órgão licitante, isto implica em dizer que as licitações diferenciadas não poderão ultrapassar essa porcentagem. Tal demarcação lembra um pouco o limite de R\$ 8.000,00 (oito mil reais) estabelecido para dispensas de licitação por ano civil para cada órgão da Administração Pública, a ressalva que se faz na hipótese da dispensa, também cabe no limite percentual para as licitações diferenciadas, a de que a barreira imposta faz relação com a natureza do material a ser adquirido, explica-se:

Os limites a que se referem estes dispositivos, não dizem respeito ao conjunto, ou totalidade das licitações realizadas, mas sim a cada "tipo" de compra ou contratação. Assim, se determinada autarquia federal alcançou o limite de R\$ 8.000,00 (oito mil reais) para compra de material de expediente através de dispensa de licitação, isto não implica em dizer que ela não possa realizar dispensas para compras de outra natureza, como remédios, tecidos, entre outros.

A natureza de cada compra ou contratação na esfera pública federal é conferida por uma sequência numérica atribuída a cada material cadastrado no catálogo de compras do SIASG, essa sequência indica se o material é de consumo ou permanente, se trata-se de material ou de serviço (em alguns casos pode haver confusão), bem como a natureza de cada item, indicando por exemplo se é um material têxtil, medicamento, de engenharia, etc. De forma que a limitação impõe-se pela natureza do que se quer comprar ou contratar.

Deve-se interpretar o limite de 25% (vinte e cinco por cento) a cada ano civil para licitações diferenciadas, esta barreira se refere a natureza de cada produto ou serviço a ser licitado. Seu cálculo dá-se da seguinte forma: No orçamento de cada membro da Administração Federal, direta ou indireta, a previsão de gastos é subdividida da forma mais detalhada possível, de forma que se pode saber o limite de gasto anual com cada serviço ou compra que se queira fazer por natureza dos mesmos. Assim, se determinado órgão da Administração dispõe de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) para compras de computadores portáteis, poderá realizar licitações exclusivas para MPEs até o

limite de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), ressalvados o limite legal de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) e a pesquisa de mercado realizada em fase interna do procedimento licitatório.

Ainda em relação ao valor de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), é importante frisar que o mesmo pode ser aplicado em processos de licitação cuja previsão total seja superior a este montante. Trata-se da eventualidade de certame com vários itens ou lotes (conjunto de itens), caso em que cada um destes será considerado, individualmente, uma licitação.

Desta forma, imagina-se uma situação em que determinado órgão da Administração Pública necessite comprar maquinário diverso, sendo que alguns dos itens custam estimativamente, e de forma isolada, mais de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), ao passo que outros itens estão estimado abaixo deste valor. Neste caso, é possível que os itens ou lotes que se encontrem na última situação, sejam contemplados com o benefício da licitação exclusiva, ao passo que os primeiros, não.

Note-se que uma vez contemplados com este benefício, se deve examinar também a questão do limite de 25% (vinte e cinco por cento) por natureza de despesa já analisada, que deve ser levado em consideração pela Administração. Assim, resta relativizada, nesta hipótese, a obrigatoriedade de aplicação do benefício.

Outrossim, nos itens ou lotes não contemplados com os benefícios da licitação exclusiva, ainda deverão incidir os demais favorecimentos já estudados, como o empate ficto, ou a possibilidade de habilitação tardia.

Por fim, se em determinado processo licitatório, com vários itens, ocorrer de uma mesma microempresa sagrar-se vencedora de mais de um, que somados ultrapassem o valor de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), não será considerado excedido o limite legal, pois como já se viu, considera-se cada item ou lote, como uma licitação individual, própria.

As licitações exclusivas para empresas de pequeno porte, são o benefício mais utilizado pela Administração Pública Federal, com números que crescem ano após ano, conforme narra o MPOG em seu sítio de acompanhamento e realização de licitações, o [comprasnet.gov.br](http://comprasnet.gov.br):

O Governo Federal contratou entre outubro de 2007 e fevereiro de 2008 quase R\$ 1,3 bilhão através de licitações realizadas exclusivamente para micro e pequenas empresas (MPE's). Esse valor representa 12% dos R\$ 10,8 bilhões licitados pela modalidade de pregão eletrônico no período.

De um total de 18.412 pregões realizados no período, 2.270 contaram unicamente com a participação de fornecedores desse segmento. Foram mais de 6,3 mil micro e pequenos empresários vencedores de licitações exclusivas do Governo Federal no valor de até R\$ 80 mil.<sup>53</sup>

Cabe a ressalva de que estes números referem-se apenas e tão somente às licitações federais. A eles devem se somar as licitações em âmbito estadual e municipal que também seguiram a regra deste benefício.

#### 5.4.2 Licitações com subcontratação de MPE's

Trata-se da possibilidade de exigir dos licitantes a subcontratação de microempresa ou empresa de pequeno porte, desde que o percentual máximo a ser subcontratado não exceda 30% (trinta por cento) do total licitado, nos termos do artigo 48, II da Lei Complementar 123/2006.

Nos casos de subcontratação, também existe o limite legal de aplicação de até 25 % (vinte e cinco por cento) por ano civil, valendo aqui todos os comentários aplicados a licitação exclusiva no que toca a este limite.

O artigo 7º do Decreto 6.204/2007, regulamentando o artigo 48, II da Lei Complementar 123/2006, estabeleceu que âmbito federal, as licitações para fornecimento de bens, serviços e obras, poderão contar com a exigência editalícia de subcontratação de microempresa ou empresa de pequeno porte, sob pena de desclassificação.

Legalmente, como visto, o limite dessa subcontratação é de 30 % (trinta por cento), podendo a empresa vencedora avançar sobre o mesmo, a depender das condições estabelecidas no instrumento convocatório. Isto é, não pode a Administração a seu talante estabelecer um percentual obrigatório

---

<sup>53</sup> SIASG, Governo Federal contratou R\$ 1,3 bilhão em licitações exclusivas para micro e pequenas empresas. **Portal Comprasnet**, Brasília, [s.d.]. Disponível em <[http://www.comprasnet.gov.br/noticias/noticias1.asp?id\\_noticias=225](http://www.comprasnet.gov.br/noticias/noticias1.asp?id_noticias=225)> Acesso em 03 de junho de 2012.

maior, mas poderá no instrumento convocatório, permitir que a contratada eleve este percentual.

O artigo 7º estabelece ainda que as MPEs a serem subcontratadas deverão estar indicadas e qualificadas pelos licitantes com a descrição dos bens e serviços a serem fornecidos e seus respectivos valores, ou seja, da mesma forma que o licitante irá encaminhar conjunto de documentos relativos a proposta e demais habilitações, deverá fazê-lo em relação a(s) microempresa(s) que irá subcontratar, e ao fazê-lo, relacionar sem espaço para dúvidas, a parte do contrato que estas irão cumprir.

À título do exemplo, imagine-se a realização de uma obra, subdividida em diversas etapas, que vão da terraplenagem ao acabamento, o licitante, empresa não qualificada como de pequeno porte, deverá indicar a microempresa subcontratada e que serviço(s), exatamente, esta irá realizar na obra, indicando também o valor respectivo deste(s).

No momento da habilitação documental, a empresa de porte, por assim dizer, convencional, que irá subcontratar, deverá apresentar, além da sua documentação, aquela referente a empresa de pequeno porte subcontratada, relativo as regularidades fiscal e trabalhista, ressalvado o benefício da entrega posterior dos mesmos para MPEs.

Assim, conjugando as duas normas, têm-se que os benefícios estabelecidos pelo artigo 43, *caput* e parágrafo primeiro da Lei Complementar 123/2006 continuam válidos, mas o licitante deve apresentar a documentação da empresa de pequeno porte no momento estabelecido, mesmo que esta esteja irregular.

Além destas normas, outras disciplinam o tema, e estão dispostas nos incisos do artigo 7º do Decreto 6.204/2007, sendo analisadas a seguir.

No que tange a exigência de subcontratação, os casos em que não poderá haver exigência por parte do edital, pelo contrário, este deverá prever a não aplicabilidade, estão dispostos no parágrafo 1º do artigo 7º e são, a saber:

Quando o licitante for microempresa ou empresa de pequeno porte, neste caso a MPE concorrerá por si só; quando se tratar de consórcio composto em sua totalidade por microempresas e empresas de pequeno porte, respeitado o disposto no artigo 33 da Lei 8.666/1993, e em caso de consórcio

composto parcialmente por microempresas ou empresas de pequeno porte com participação igual ou superior ao percentual exigido de subcontratação.

Interessante notar que na eventualidade de licitação subcontratada, torna-se obrigatória a previsão em instrumento convocatório, isto porque esta modalidade de benefício não se configura em obrigação para a Administração Pública, mas tão somente uma possibilidade, de forma que sua utilização depende da discricionariedade administrativa, e por isto estar vinculada a oportunidade e conveniência.

Por oportunidade, neste caso, deve-se atentar para a possibilidade fática de aplicação do benefício, conjugada, se for o caso, com o interesse imediato do órgão licitante. Já a conveniência, deve ponderar, quando possível (e com especial empenho para sê-lo), o interesse mediato de concretizar a política pública de fortalecer as empresas de pequeno porte, com a ressalva de que ao estabelecer a não obrigatoriedade excepcionalmente, o legislador compreendeu que nem sempre seria possível a sua aplicabilidade.

Assim, a não previsão editalícia, tem por consequência a não aplicação do benefício da subcontratação. Por outro lado, caso exista a previsão no edital.

Importante impedimento é posto pelo parágrafo segundo do já citado artigo 7º, que estabelece a proibição de se aplicar subcontratação em caso de fornecimento de bens em aparente contradição com o caput do próprio artigo que diz *in verbis* "Nas licitações para fornecimentos de bens, serviços e obras...".

Tal contra senso pode ser explicado pelo próprio parágrafo segundo, que diz que o fornecimento de bens é aceito apenas quando de forma acessória a uma prestação de serviços.

A bem da verdade o texto do parágrafo diz: "Não se admite a exigência de subcontratação para o fornecimento de bens, exceto quando estiver vinculado à prestação de serviços acessórios". Assim, é inconvenientemente e desnecessariamente contraditório o texto legal, que poderia desde o caput trazer esta regra de forma mais clara, como também é impreciso ao tentar esclarecer o assunto através do parágrafo segundo do artigo 7º, já que a bem da verdade, os bens não estão vinculados a um serviço acessório, estes é que

são acessórios, a uma prestação de serviço e que são de fato o objeto da licitação.

Como exemplo, imagine-se a contratação de uma empresa para instalação de divisórias em determinado órgão público. Estas divisórias são indubitavelmente bens, sendo até mesmo afetadas e incorporadas ao patrimônio público. Apesar disso, o objeto da licitação é o serviço de instalação das mesmas, sendo elas, fisicamente, acessórios a este serviço. Assim, têm-se que acessório é o bem, não o serviço, como dá a entender o texto legal.

Outra vedação, esta mais bem construída pelo poder legiferante, é a de que o edital traga em seu bojo a definição por parte da Administração Pública de quais itens ou parcelas serão subcontratadas, e por óbvio, também a proibição de que microempresas deverão ser contratadas.

Desta forma, retornando ao exemplo da obra que vai da terraplenagem ao acabamento, o órgão licitante não pode estabelecer que a parte destinada a subcontratação será a dos serviços de fundação da obra, ou argamassagem, é o licitante quem deverá indicar, como já dito, a MPE subcontratada, o que exatamente ela irá executar, e o valor desse serviço, de acordo com o estabelecido no edital e em seus anexos.

Por fim, estabelece-se que as notas de empenho emitidas pela Administração para o pagamento dos serviços executados (ou bens fornecidos) pelas empresas de pequeno porte, serão emitidos em nome destas, de forma que assim, cria-se a saudável situação, de que qualquer impedimento ou óbice ao pagamento do licitante vencedor (agora contratado), não impedirá o pagamento da micro empresa, uma vez que esta tenha executado o seu serviço ou fornecido o bem.

#### **5.4.3 Licitações com cotas para MPEs**

Trata-se do estabelecimento de cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para as microempresas ou empresas de pequeno porte, nos casos de licitação para a aquisição de bens e direitos divisíveis artigo 48, III, da Lei Complementar 123/2006, respeitando em todos esses casos, que o valor licitado não exceda a 25% (vinte e cinco por cento) do total licitado em cada ano civil.

É de se notar que esta é uma espécie de favorecimento subutilizada, não sendo prática comum a Administração Pública, em especial a Federal, lançar mão da mesma, preferindo as licitações exclusivas e a subcontratação de empresas de pequeno porte nos casos de contratações de maior vulto.

Criar cotas significa na prática o estabelecimento do fracionamento de contratação. Convém ressaltar que aqui se deve entender a palavra fracionamento de forma diversa do sentido que se costuma estabelecer quando o assunto é licitações e contratos. Via de regra, fracionar significa dividir uma compra ou contratação que poderia/deveria ser realizada de forma única com o intuito de evitar o processo licitatório em si, isto é, trata-se da compra parcelada do mesmo material ou contratação do mesmo serviço até o limite legal de R\$ 8.000,00 (oito mil reais), realizando assim uma dispensa de licitação. Tal prática é evidentemente condenável, e sua adoção deliberada configura crime contra o processo licitatório, nos termos do artigo 89 e seguintes da Lei 8.666/1993.

No contexto em estudo, fracionar significa separar, apartar, uma parte da licitação que se pretende realizar, até o limite de 25% (vinte e cinco por cento) como já visto para a participação exclusiva de micro empresas e empresas de pequeno porte.

Esse benefício guarda semelhança evidente com a licitação exclusiva, pelo fato de que em ambos, apenas as empresas enquadradas podem participar do certame, em sua totalidade nos casos das licitações exclusivas e em parte pré-determinada nos casos das cotas. O que leva o Poder Público a escolher por uma ou outra espécie de benefício será a salvaguarda do interesse público frente ao caso concreto, isto é, a realidade de mercado do objeto que se pretende adquirir ou contratar.

Desta forma, se após as análises realizadas na fase interna dos procedimentos licitatórios restar comprovado que haverá mais economia com a escolha de uma outra modalidade de benefício, esta é a que deve ser escolhida, sempre se ressaltando a obrigatoriedade, já tratada, da realização de licitações exclusivas para empresas de pequeno porte em compras e contratações de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais).

Em um primeiro momento, a conclusão lógica é de que estes dois benefícios não podem coexistir em um mesmo edital, em uma mesma licitação, afinal a presença da contratação exclusiva acabaria por absorver as cotas. Contudo é possível imaginar uma hipótese de convivência das duas modalidades de favorecimento.

Imagine-se a seguinte situação: Licitação para a compra de diversos itens, cujos valores estimados, uma vez somados extrapolem o limite legal de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) para licitações exclusivas, neste caso, como já visto neste estudo, se deve considerar os itens (ou grupos) como licitações em si, individuais, podendo se aplicar o benefício isoladamente a cada um deles. Considere-se ainda que alguns dos itens cotados apresentassem preço estimado ao limite de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), nada obsta que 25 % (vinte e cinco por cento) sejam destinados exclusivamente a MPEs.

Por outro lado, também não existe obstáculo legal para que as empresas de pequeno porte disputem a parte não abrangida pela cota que a elas lhes é destinada, nos casos em que a Administração escolher por este benefício. Assim, a Micro empresa pode participar (e vencer) itens atingidos pela cota e itens cuja disputa estejam abertos a todos os licitantes.

Também aqui é necessário ressaltar, que a MPE, em sua disputa com empresas de médio e grande porte, em licitação com previsão de cota, continua sendo beneficiada pelo prazo para habilitação tardia e empate ficto se for o caso.

O Decreto 6.204/2007 estabelece em seu art. 8º, §2º que em não havendo vencedor para a cota reservada, esta poderá ser adjudicada ao vencedor da cota principal, ou, diante de sua recusa, aos licitantes remanescentes, desde que pratiquem o preço do primeiro colocado. Desta forma, preza-se pelo não fracasso do processo licitatório, mesmo que parcial.

O mesmo diploma institui no parágrafo seguinte que se a mesma empresa vencer a cota reservada e a cota principal, a contratação da cota reservada deverá ocorrer pelo preço da cota principal, caso este tenha sido menor do que o obtido na cota reservada. Assim, a Administração demonstra supor que os preços obtidos na cota principal lhe serão mais favoráveis, afinal nesta existe maior possibilidade de competição, o que mais uma vez ressalva

que o legislador sabia que a instituição dos benefícios para as empresas de pequeno porte, vez ou outra poderia significar uma perda na economia que se pretende nas licitações, mas que isto seria compensado pelos benefícios sociais que podem ser alcançados com o incentivo às micro e pequenas empresas.

## 6 CONCLUSÃO

A Lei Complementar 123/2006, e no âmbito da Administração Pública Federal o Decreto 6.205/2007, vieram suprir uma lacuna importante no ordenamento jurídico pátrio, lacuna esta que não foi enfrentada pelo Estatuto Federal de Licitações e Contratos. Trata-se da previsão constitucional de incentivo às micro empresas e empresas de pequeno porte.

Apesar da resistência timidamente interposta ao início das novidades legislativas citadas, a maior parte da doutrina e felizmente a jurisprudência pátria posicionaram-se a favor da inovação jurídica.

Os argumentos contrários poderiam ser divididos entre os de ordem prática e os de ordem jurídico-ideológicos. Os de ordem práticas podem ser descritos como aqueles que a época alegavam que as medidas tomados para o favorecimento das MPEs e a conseqüente inclusão destas no mercado não teriam efetividade. Diz-se à época, porque o tempo, e os resultados apresentados, foram suficientes para invalidar estes argumentos. Os benefícios criados para as empresas de pequeno porte funcionaram, isto é um fato.

Já em 2008, somente um ano após a edição do Decreto 6.204/2007, os efeitos das medidas adotadas já se faziam sentir fortemente, conforma atestam os números do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, visto aqui mesmo neste trabalho.

Uma vez descartados os argumentos de ordem prática, já que é evidente a funcionalidade das medidas trazidas com a Lei Complementar 123/2006 e Decreto 6.204/2007, restam os argumentos de ordem ideológico-jurídicos, que em apertada síntese costumam apontar a inconstitucionalidade das medidas de benefício, por em tese ofender ao princípio da igualdade. Tal afirmação já foi devidamente rebatida no item 3.2 deste estudo, onde se abaliza que antes de ofender a tal princípio, a vantajosidade para pequenas e microempresas, nos termos da legislação vigente de fato representa uma separação notável ao princípio da igualdade meramente formal.

O que se tem, ao aplicar a vantajosidade para pequenas e microempresas, nos termos da Lei Complementar 123/2006 é a prática de ações afirmativas (em sentido amplo) da Administração Pública, principalmente

na esfera federal, para com isso obter a igualdade material nas relações existentes entre o Poder Público enquanto consumidor, e as empresas que ele contrata, num passo importante, necessário, e diga-se atrasado, no caminho de uma igualdade material nesta seara.

Assim, percebe-se facilmente que os dois tipos de argumento não se sustentam após simples análise, seja em relação ao entendimento do princípio constitucional da igualdade, ou em se tratando dos efeitos benéficos trazidos pela adoção das normas em comento. Aliás, estes efeitos demonstraram-se mais abrangentes do que a princípio se imaginava, exemplo disso é a relação próxima e vantajosa que se nota entre o favorecimento as empresas de pequeno porte, e a questão da sustentabilidade ambiental. Senão vejamos:

Não há como se negar a importância entre o consumo consciente e sua ligação intrínseca com as empresas de pequeno porte, visto que a realização da compra no local de sua produção incentiva sobremaneira as micro e pequenas empresas, garantindo a circulação de riquezas e consequentemente elevando a qualidade de vida local.

A máxima “pensar globalmente, agir localmente”, certamente relaciona-se com o consumo local. Agir globalmente é, sem dúvida, não apenas envidar esforços no sentido de modificar a realidade sócio ambiental do lugar em que se mora, mas também consumir os produtos de sua região de origem, o que reduz a emissão de gases de efeito estufa produzidos durante a embalagem e transporte dos bens.

Assim sendo, como negar a relação estreita entre o consumo local e o impulso, ou como diz a Lei Maior, a defesa da ordem econômica observando o princípio do “tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País”? Já que as MPE's licitantes, por razões de ordem prática, em sua imensa maioria participam das licitações ocorridas dentro do seu (pequeno) espaço geográfico de atuação.

Desta forma, não se conclui apenas que o incentivo legal as empresas de pequeno porte ajuda na inserção destas no mercado, e consequentemente em seu crescimento econômico, mas que ao fazê-lo o Estado também atua de

forma a agir como consumidor consciente, dentro dos limites estabelecidos pela Lei de Licitações e Constituição da República.

Outrossim, a despeito da prática do favorecimento as micro e pequenas empresas estar se demonstrando efetiva e condizente com os anseios constitucionais, isso não importa dizer que não existem modificações ou aprimoramentos a serem realizados. Muito embora o funcionamento geral deste micro sistema jurídico seja, como já dito, satisfatório, pequenas correções poderiam ser arquitetadas pelo Poder Público.

À título de exemplo, levanta-se a questão da punição as empresas, sejam elas de pequeno porte ou multinacionais, assunto discriminado pelo Capítulo IV da Lei 8.666/1993, que no campo da sanções aplicadas apresenta, entre outras, a suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a dois anos.

Assim, e conforme já foi visto no item 4.2 deste estudo, que trata da defesa dos critérios legais de enquadramento, a pessoa física ou jurídica acoimada com fulcro no artigo 87, III da Lei 8.666/1993 restará suspensa do direito de licitar com o órgão da Administração depois de devido processo administrativo, com garantias de ampla defesa e contraditório.

Tal entendimento divide a doutrina, como se pode perceber nos debates prévios apresentados, onde parte da doutrina versa que a empresa suspensa temporariamente, não poderá participar apenas das licitações realizadas pelo órgão punitivo, ou com este contratar.

Essa doutrina, em sentido contrário, diz que a punição que se estenda a toda a Administração Pública, é a decorrente da declaração de inidoneidade, e lançam mão para isto do conceito de Administração trazido pelo próprio Estatuto Federal de Licitações e Contratos.

Em forma contrária, parte da doutrina (majoritária), entende que tanto a suspensão, quanto a declaração de inidoneidade previstas no artigo 87 da LLC são capazes de impedir a participação em licitações e contratações com toda a Administração Pública.

Aqui cabe o registro que o impedimento de contratar, por óbvio, impede que as empresas celebrem termos aditivos de contratos com os órgãos da Administração Pública.

Os que assim argumentam, dizem ser ilógico que uma empresa seja punida e declarada incapaz de licitar e contratar com o Poder Público em um Estado, e possa fazê-lo em outro.

A divergência encontrada na doutrina também é vista na jurisprudência, já que TCU e STJ têm posições contrárias no que diz respeito a este tema. Aqui, entretanto, cabe a ressalva de que por não fazer parte do Poder Judiciário, e sim do Poder Executivo, como órgão de controle externo, as decisões da Corte de Contas não fazem coisa julgada.

A despeito disso, a influência das decisões do TCU sobre a Administração Pública é enorme e inegável, sendo prática comum afirmar que suas decisões costumam balizar mais fortemente o Poder Público do que as próprias manifestações judiciais propriamente ditas.

Sobre o tema da suspensão trazida pelo artigo 87, III da Lei 8.666/1993, já manifestou-se o TCU (e não o desdisse até a apresentação deste estudo), de que a Administração deve abster-se de restringir em seus certames a participação de empresas que tenham sido penalizadas com a suspensão temporária prevista no artigo 87, III do Diploma Licitatório Federal.

Tal posição contudo, e felizmente, encontra discordância nos anais do STJ, que já se manifestou sobre o tema afirmando que negar o efeito nacional a esta suspensão temporária é retirar a eficácia de que a norma necessita. O diz, aliás, com toda a razão.

Discute-se assim, o alcance da punição de suspensão, prevista no diploma legal em exame, mas interessa notar que não existe diferenciação para a punição a ser aplicada a empresas de grande porte e MPEs.

Se por um lado se pode afirmar que o ato de frustrar de qualquer forma um processo licitatório deve merecer uma punição idêntica a quem quer que o faça, sobrepesando apenas e tão somente a gravidade da infração e tendo por base os limites legais, por outro é importante ter em vista que a diferenciação atribuída às empresas de pequeno porte, também deve ter por objetivo a proteção das mesmas. Não se fala aqui em diminuir o tamanho da sanção,

tampouco em anistia, mas de aproveitar o debate acerca do alcance da punição estabelecida pelo artigo 87, III da Lei 8.666/1993, e combiná-lo com o espírito de diferenciação presente no Estatuto das Micro e Pequenas Empresas, senão vejamos:

Seria bem vinda a edição de Lei que regulamentasse o tema, não apenas estabelecendo de uma vez por todas que o alcance da suspensão em debate é para toda a Administração Pública, conforme prega o STJ, pois de fato agir como pretende o TCU seria esvaziar o sentido da sanção, mas que também estabelecesse o privilégio de que as empresas de pequeno porte, uma vez punidas com a suspensão, o seriam apenas em âmbito local (como pretende a Corte de Contas), e apenas se reincidentes para a Administração Pública como um todo, seria, por assim dizer, uma chance a mais.

Esta chance por sua vez, justificar-se-ia pelo fato de que as empresas com pouco aporte econômico estariam muito mais sujeitas à intempérie financeira, que nem sempre seriam suficientes para justificar a inexecução contratual, parcial ou total que deságua na penalidade de suspensão.

Do contrário, continuará prevalecendo uma certa insegurança jurídica quanto ao assunto, cabendo inclusive ao órgão, de forma discricionária, decidir se aplicará a suspensão em caráter geral, ou meramente regional.

Reconhecer este fato seria uma decorrência lógica da distinção trazida à tona pelo microssistema jurídico que aqui foi estudado, e que por sua vez tem origem no mandamento legal, de ordem constitucional, de tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras.

## REFERÊNCIAS

AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BADDINI, Álvaro. **Comentários sobre a lei complementar número 123 de 14 de Dezembro de 2006**. OAB, São Paulo, 29 março. 2007. Disponível em: <[http://www.oabsp.org.br/comissoes2010/direito-administrativo/artigos/leicomplementar\\_123.pdf/download](http://www.oabsp.org.br/comissoes2010/direito-administrativo/artigos/leicomplementar_123.pdf/download)> Acesso em 11/06/2012.

BARROS, Márcio dos Santos. **502 Comentários Sobre Licitações e Contratos Administrativos**. São Paulo: NDJ, 2005.

BRASIL. **Lei Complementar 123, de 14 de dezembro de 2006**. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LCP/Lcp123.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp123.htm)>. Acesso em 11/06/2012.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm)>. Acesso em: 11/06/2012.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 2011.

\_\_\_\_\_. **Decreto 6.204, de 05 de setembro de 2007**. Regulamenta o tratamento favorecido, diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte nas contratações públicas de bens, serviços e obras, no âmbito da administração pública federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6204.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6204.htm)> Acesso em: 11/06/12.

\_\_\_\_\_. **Decreto 5.450, de 31 de maio de 2005**. Regulamenta o pregão, na forma eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/decreto/d5450.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/decreto/d5450.htm)> Acesso em: 11/06/12.

\_\_\_\_\_. **Conselho Nacional de Justiça**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/>> Acesso em: 11/06/12.

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 11/06/2012.

\_\_\_\_\_. SIASG. **NOTÍCIA**. Disponível em: <[http://www.comprasnet.gov.br/noticias/noticias1.asp?id\\_noticia=218](http://www.comprasnet.gov.br/noticias/noticias1.asp?id_noticia=218)>. Acesso em 11/06/12.

\_\_\_\_\_. SIASG. **NOTÍCIA**. Disponível em: <[http://www.comprasnet.gov.br/noticias/noticias1.asp?id\\_noticia=224](http://www.comprasnet.gov.br/noticias/noticias1.asp?id_noticia=224)>. Acesso em 11/06/12.

\_\_\_\_\_. SIASG. **NOTÍCIA**. Disponível em: <[http://www.comprasnet.gov.br/noticias/noticias1.asp?id\\_noticia=225](http://www.comprasnet.gov.br/noticias/noticias1.asp?id_noticia=225)>. Acesso em 11/06/12.

\_\_\_\_\_. SIASG. **NOTÍCIA**. Disponível em: <[http://www.comprasnet.gov.br/noticias/noticias1.asp?id\\_noticia=255](http://www.comprasnet.gov.br/noticias/noticias1.asp?id_noticia=255)>. Acesso em 11/06/12.

\_\_\_\_\_. SIASG. **NOTÍCIA**. Disponível em: <[http://www.comprasnet.gov.br/noticias/noticias1.asp?id\\_noticia=475](http://www.comprasnet.gov.br/noticias/noticias1.asp?id_noticia=475)>. Acesso em 11/06/12.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União. **Licitações e contratos: orientações e jurisprudência do TCU / Tribunal de Contas da União**. Brasília: TCU, Secretaria-Geral da Presidência: Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

DURÃO, Pedro. **Convênios e Consórcios Públicos**. Curitiba: 3. ed. Juruá, 2011.

\_\_\_\_\_. **Direito administrativo objetivo: resumo e aplicações**. 2. ed. Salvador: Viajurídica, 2009.

\_\_\_\_\_. **Transformaciones Del Derecho Administrativo**. Buenos Aires: Libros & Bytes, 2008.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Contratação Direta sem Licitação**. 8 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

\_\_\_\_\_. **Vade-Mécum de licitações e contratos: legislação selecionada e organizada com jurisprudência, notas e índices**. 3 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GOMES, Daniel. **Manual de Direito Empresarial**. Leme/SP: JH Mizuno, 2007.  
HARADA, Kiyoshi. Cooperativas. **Existe direito de preferência no certame licitatório?** Jus navigandi, Teresina, ano 12, n. 1585, 3 nov. 2007. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/10555>>. Acesso em: 11/06/2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 9. ed. São Paulo: dialética, 2002.

\_\_\_\_\_. **O Estatuto da Microempresa e as Licitações Públicas**. 2 ed. São Paulo: Dialética, 2007.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LIMA, Jonas Sidnei Santiago de Medeiros. **Aplicação irregular da lei complementar n. 123 prejudica licitações**. São Paulo, 2007. Disponível em: < <http://www.jusnavegandi.com.br> > Acesso em: 11/06/2012.

\_\_\_\_\_. **Licitações à luz do novo estatuto da microempresa**. Campinas/SP: Servanda, 2008.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno** 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes, atualizado por AZEVEDO, Eurico de Andrade; ALEIXO, Délcio Balestro; BURLE FILHO; José Emmanuel. **Direito Administrativo Brasileiro**. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Administrativo**. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Dalton Santos. **Temas de Licitações e Contratos Administrativos**. São Paulo: NDJ, 2005.

NADAL, Fábio. **A Constituição como mito**. São Paulo: Método, 2006.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. Curitiba: Zênite, 2008.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. **Políticas públicas nas licitações e contratações administrativas**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

RODRIGUES, Marco Antônio dos Santos. **Constituição e Administração Pública**. Rio de Janeiro: GZ, 2012.

SANTANA, Jair Eduardo; GUIMARÃES, Edgar. **Licitações e o novo estatuto da pequena empresa e microempresa**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed. São Paulo Malheiros, 2003.