

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO  
PUC/SP

Christianne de Carvalho Stroppa

**As Micro e Pequenas Empresas (MPE's) e a Função Social da Licitação**

MESTRADO EM DIREITO

SÃO PAULO

2013

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO  
PUC/SP

Christianne de Carvalho Stroppa

**As Micro e Pequenas Empresas (MPE's) e a Função Social da Licitação**

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito do Estado, sob a orientação do Professor Doutor Clóvis Beznos.

SÃO PAULO

2013

Banca Examinadora

---

---

---

## AGRADECIMENTOS

À Deus, que nos momentos difíceis desta realização me carregou em seus braços, como diz o poema: “Pegadas na Areia”.

À minha mãe Yara, mulher de fibra e guerreira, em quem me espelho para ultrapassar as agruras da vida. Como agradecer, nestas tão singelas linhas, todos os momentos que, mesmo em silêncio, estiveste ao meu lado, me amparando e, ao mesmo tempo, respeitando minhas decisões, ainda que com elas não concordasse. Força, dedicação, coragem, honestidade são os bens mais preciosos que me ensinastes. Não posso esquecer também dos ensinamentos jurídicos, já que foi por suas mãos que aprendi a amar e me dedicar ao Direito Administrativo.

Ao meu pai Jader, médico dedicado, pelo apoio, mesmo que longínquo, seja em razão da distância, já que reside no interior do Estado, seja em razão da área profissional.

À Sheila, eterna irmãzinha, por acreditar que eu estava no caminho certo, e principalmente por ser minha grande confidente, a quem sei que posso contar em todos os momentos da vida. Não iria esquecer também de meu cunhado Eduardo, que o tempo e a convivência transformou em irmão.

Ao meu companheiro Marcelo, pelo seu infinito carinho e paciência. Difícil traduzir em palavras todo o incentivo para que não desistisse, sempre estando ao meu lado.

À todos meus amigos que dividiram estes momentos comigo, sempre trazendo uma palavra de otimismo.

À Profa. Dinorá Musetti Grotti e ao Prof. Ricardo Marcondes, pelas sugestões ao trabalho. Ao Prof. Clóvis Beznos, pelo aprendizado como sua orientanda.

## RESUMO

A licitação sempre foi vista como uma atividade instrumental do Estado. Entretanto, com a vigência da Constituição Federal de 1988, sua natureza jurídica passa a sofrer profundas alterações. Isto porque, um dos alicerces do nosso ordenamento jurídico-constitucional é a ideia de função social. Na busca da função social, percebe o Estado que, ao se utilizar da licitação, ela pode se apresentar como atividade de desenvolvimento econômico sustentável, geração de emprego e renda para uma grande parcela da sociedade e erradicação da pobreza. Essa nova função do instituto “licitação” recebeu do Governo federal a denominação de uso do poder de compra do Estado. No uso desse poder de compra, o Estado busca regular o mercado. Com isso, a licitação deixa de ser uma das atividades-meio do Estado, passando a ser uma de suas atividades-fim mais relevante. O objetivo deste trabalho foi demonstrar que o tratamento jurídico diferenciado e privilegiado estabelecido pela Lei complementar nº 123/2006, em seus artigos 42 a 49, às microempresas e empresas de pequeno porte foi o responsável pela mudança da natureza jurídica da Licitação.

**Palavras-chave:** Micro e Pequena Empresa; Constituição Federal; Políticas Públicas; Fomento; Licitação; Atividade-fim do Estado.

## ABSTRACT

Bidding has always been seen as an instrumental activity of the State. However, with the term of the 1988 Federal Constitution, its legal nature begins to undergo profound changes. This is because one of the foundations of our legal and constitutional is the idea of social function. In the pursuit of social function, the state realizes that by using the bid, it may present as an activity of sustainable economic development, employment generation and income for a large portion of society and the eradication of poverty. This new function of the institute "bid" received from the federal government to use the name of the purchasing power of the State. In using this purchasing power, the state seeks to regulate the market. With that, the bidding stops being one of the support activities of the state, becoming one of its core activities more relevant. The aim of this study was to demonstrate that the different legal status and privileged established by Complementary Law n° 123/2006, in its articles 42-49, microenterprises and small businesses was responsible for the change of the legal nature of the bidding.

**Keywords:** Micro and Small Business; Constitution; Public Policy Development; Bidding; Activity-order state.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b>	08
<b>2 A EVOLUÇÃO DO INSTITUTO DA LICITAÇÃO NO BRASIL</b>	08
2.1 Origem da Licitação	08
2.2 Legislação Pátria: evolução histórica	12
2.3 Posições doutrinárias sobre o instituto da Licitação	23
2.4 A Licitação como atividade instrumental	28
2.5 A função social da Licitação	36
<b>3 MICRO E PEQUENAS EMPRESAS E OS PRIVILÉGIOS NA LICITAÇÃO</b>	40
3.1 Conceito	40
3.2 Experiência internacional no tratamento às micro e pequenas empresas	45
3.3 O desenvolvimento de um Estado e as micro e pequenas empresas	49
3.4 O tratamento legislativo das micro e pequenas empresas no Brasil	51
<b>4 PODER DE COMPRA DO ESTADO</b>	66
4.1 Assegurar aos interessados iguais oportunidade	66
4.1.1 A documentação de Habilitação	68
4.1.2 Selecionar a proposta mais vantajosa	83
<b>5 O TRATAMENTO DIFERENCIADO E PRIVILEGIADO COMO POLÍTICA PÚBLICA</b>	88
<b>6 CONSIDERAÇÕES FINAIS</b>	96
<b>REFERÊNCIAS</b>	100

## 1 INTRODUÇÃO

A licitação, desde os seus primórdios com as Ordenações Filipinas em 1575<sup>1</sup>, sempre foi vista como uma atividade instrumental, pois visava única e exclusivamente atender ao denominado interesse secundário do Estado<sup>2</sup>. Entretanto, com a vigência da Constituição Federal de 1988, sua natureza jurídica passa a sofrer profundas alterações. Isto porque, um dos alicerces do nosso ordenamento jurídico-constitucional é a ideia de função social.

Na busca da função social, percebe o Estado que, ao se utilizar da licitação, objetivando uma obra, compra ou serviço, em face do montante despendido, ela pode se apresentar como atividade de desenvolvimento econômico sustentável, geração de emprego e renda para uma grande parcela da sociedade e erradicação da pobreza.

E essa nova função do instituto “licitação” recebeu do Governo federal a denominação de uso do poder de compra do Estado<sup>3</sup>.

No uso desse poder de compra, o Estado busca regular o mercado. Atualmente, isso é feito através da preferência aos bens e serviços nacionais, pela inserção de critérios ambientais, sociais e econômicos nos certames, objetivando o desenvolvimento da sociedade em seu sentido amplo e a preservação de um meio-ambiente equilibrado, denominada “licitação sustentável”, bem como pela garantia de privilégios às micro e pequenas empresas, quando da participação em certames licitatórios, como disciplinado na Lei complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006 e alterações posteriores.

---

<sup>1</sup> As Ordenações Filipinas, ou Código Filipino, são uma compilação jurídica que resultou da reforma do código manuelino, por Filipe II de Espanha (Felipe I de Portugal), durante o domínio castelhano. Ao fim da União Ibérica (1580-1640), o Código Filipino foi confirmado para continuar vigindo em Portugal por D. João IV. A obra ficou pronta ainda no tempo de Filipe I, que a sancionou em 1595, mas só foi definitivamente mandada observar, após a sua impressão em 1603, quando já reinava Filipe II.

<sup>2</sup> O termo interesse secundário corresponde à clássica separação feita por Renato Alessi, porquanto qualificados como instrumentos para o alcance do denominado interesse primário ou interesse público propriamente dito. Anota Celso Antônio Bandeira de Mello, que este *“discrimen, contudo, é exposto com exemplar clareza por Renato Alessi, colacionando lições de Carnelutti e Picardi, ao elucidar que os interesse secundários do Estado só podem ser por ele buscados quando coincidentes com os interesses primários, isto é, com os interesses públicos propriamente ditos”* (MELLO, Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*. 30. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 66-67).

<sup>3</sup> Esta ideia foi originalmente exposta em estudo apresentado ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, em 2006, quando da análise do Projeto de lei que se converteria na Lei complementar nº 123/2006, bem como para a elaboração do Decreto federal que regulamentaria a aplicação do regime de preferência em Licitações às micro e pequenas empresas.

Com isso, a licitação deixa de ser uma das atividades-meio do Estado, passando a ser uma de suas atividades-fim mais relevante, haja vista interferir diretamente na ordem econômica.

Dentre tais políticas públicas, nos interessa verificar a estabelecida pela Lei complementar nº 123/2006, em seus arts. 42 a 49, que objetiva conceder tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte.

Isto porque, não obstante a verificação na Lei de Licitações de instrumentos para assegurar preferências a determinadas instituições, como, por exemplo, a contratação por dispensa de licitação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, prevista no inciso XIII, do art. 24 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, foi com a adoção do regime de preferências para as micro e pequenas empresas que o instituto da Licitação passa a ser analisado como função social.

Assim, muito embora haja hoje em dia outras políticas públicas indicadas na Lei de Licitações, optamos por analisar o fundamento da transformação do papel social da Licitação.

Em especial, importante apontar que tal política, se adequadamente adotada, encontra respaldo tanto na Constituição Federal de 1988, quanto na Lei nº 8.666/1993 e alterações (Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos), já que não afronta seus principais objetivos: princípio da isonomia e busca da melhor proposta.

Iniciamos por demonstrar, pela análise da evolução legislativa do instituto da Licitação no Brasil, que não havia referência doutrinária, jurisprudencial, nem tampouco legal, acerca de uma suposta função social da licitação. O que somente ocorre com a o surgimento no mundo jurídico das regras de preferência indicadas nos arts. 42 a 49 da Lei complementar nº 123/2006.

Em seguida, trataremos de explicar de que maneira e quais as implicações de identificar uma empresa como micro e pequena. Anotaremos, também, as experiências estrangeiras acerca do tema das preferências atribuídas às micro e pequenas empresas.

Merecerá um pequeno, mas oportuno destaque, a figura das empresas denominadas de microempreendedor individual, porquanto, por analogia, merecem ter os mesmos tratamentos diferenciados e privilegiados atribuídos às micro e pequenas empresas.

Com a vigência da Lei complementar nº 123/2006, para que o Estado possa implementar de forma válida o denominado “poder de compra”, imperativo demonstrar que os principais objetivos definidos pela Lei de Licitações serão assegurados. Assim, trataremos de identificar observância ao tratamento igualitário entre os licitantes, bem como a busca da proposta mais vantajosa.

Por fim, como uma das funções do Estado brasileiro, faremos uma breve análise dos institutos previstos nos arts. 42 a 49 da Lei complementar nº 123/2006, porquanto, objetivando inserir no mercado formal o seguimento empresarial das micro e pequenas empresas, haja vista a importância econômica e social delas, se transformou em uma política pública relevante.

Aliás, a ponto do Governo atual, da Presidente Dilma Rousseff, criar a Secretaria da Micro e Pequena Empresa, com status de Ministério, para, dentre outras atividades, formular políticas voltadas ao microempresorismo<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> Lei nº 12.792, de 28 de março de 2013.

## 2 A EVOLUÇÃO DO INSTITUTO DA LICITAÇÃO NO BRASIL

### 2.1 Origem da Licitação

Desde a antiguidade clássica a palavra **licitação** tem sido empregada, ora no sentido de cobrir lance, arrematar em leilão, comprar por meio de leilão, ou com o significado de avaliar, estimar. Sua origem não é portuguesa, vem do latim licitatio, admitindo três acepções, que se completam. Para De Plácido e Silva, provem do latim licitatio, dos verbo liceri ou licitari (lançar em leilão, dar preço, oferecer lance), possui o vocábulo, em sentido literal, a significação do “ato de licitar ou fazer preço sobre a coisa posta em leilão ou a venda em almoeda”.<sup>5</sup>

No mundo moderno tal proceder é usual, sendo a expressão tomada no sentido de oferta de preços para compra de bem ou execução de um serviço ou de uma obra, como também nos casos de locação e alienação de bens, oferecer em concorrência com outros interessados, disputar, embora não haja sistemática nem terminologia uniformes entre os países que a adotam.

No Brasil, embora inicialmente tratada com o nome genérico de “concorrência”, como expressão sinônima de “licitação”, hoje se encontra definitivamente assentada com esta última denominação, como constante dos diversos diplomas legais específicos ou de aplicação eventual, a partir da Lei nº 4.401, de 10 de setembro de 1964, embora ainda havendo discrepâncias quando utilizada no campo do Direito Comercial e Processual Civil, restringindo-se a certas pessoas partícipes de um evento licitatório.

---

<sup>5</sup> SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 847.

## 2.2 Legislação Pátria: evolução histórica<sup>6</sup>

As Ordenações Filipinas foram nossa primeira manifestação normativa adotada no campo da licitação. Prontas desde 1595 só entraram em vigor no reinado de Filipe II, por Lei de 11 de janeiro de 1603 mantendo-se a sua vigência até o Código Civil de 1867 em Portugal e até o Código Civil de 1917 no Brasil.

Se preocupava com a obrigatoriedade de

Em se fazendo obra, primeiro andar em pregão<sup>7</sup>, para se dar a empreitada a quem houver de fazer melhor e por menos preços; porém as que não passarem de mil réis, se poderão mandar fazer por jornais, e umas e outras se lançarão em livro, em que se declare a forma de cada uma, lugar em que se há de fazer, preço e condições do contrato. E assim como forem pagando aos empreiteiros, farão ao pé do contrato conhecimento do dinheiro, que vão recebendo, e assinarão os mesmos empreiteiros e o Escrivão da Câmara; e as despesas que os Provedores não levarem em conta, pagá-las-ão os Vereadores, que as mandaram fazer.

Já era possível identificar, apesar da precariedade do sistema, a mesma dupla finalidade objetivada nas licitações de hoje: a obtenção da proposta mais vantajosa (economicidade) e a igualdade entre os participantes (isonomia). Naquela época, usava-se “o sistema denominado ‘vela e pregão’, que consistia em apregoar-se a obra desejada, e, enquanto ardia uma vela os construtores interessados faziam suas ofertas. Quando extinguiu a chama adjudicava-se a obra a quem houvesse oferecido o melhor preço”.<sup>8</sup>

A primeira Lei Nacional sobre Licitação no tocante a ‘obras públicas’, foi promulgada em 29 de agosto de 1828. Determinava em seu art. 5º: “Aprovado o plano de algumas referidas obras, imediatamente será sua construção oferecida a Empresários por via de Editais Públicos, e, havendo concorrentes, se dará a preferência a quem oferecer maiores vantagens”.

<sup>6</sup> MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas licitações e contratos: estudos e comentários sobre as Leis 8.666 e 8.987/95, a nova modalidade do pregão e o pregão eletrônico; impactos da lei de responsabilidade fiscal, legislação, doutrina e jurisprudência*. 12. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 3-11.

<sup>7</sup> Lembra Carlos Pinto Coelho Motta que a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, ao reintroduzir no Direito brasileiro a modalidade licitatória do pregão para aquisição de bens e serviços, reedita o modelo consagrado nas Ordenações Filipinas (MOTTA, Carlos Pinto Coelho. p. 3).

<sup>8</sup> Franceso di Renzo, *I Contratti della pubblica Amministrazione*, citado por MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 29.

Como forma de exigir sobriedade e seriedade para com o dinheiro público, foi expedida em 1909, a Lei nº 2.221.

Inobstante as normas anteriores sobre o tema da Licitação, o instituto somente passou a ter relevo com a edição do Código de Contabilidade da União (Decreto-legislativo nº 4.536, de 28 de janeiro, arts. 49 a 60) e do Regulamento Geral de Contabilidade Pública (Decreto nº 15.783, de 8 de novembro, arts. 736 a 802)<sup>9</sup>, em 1922<sup>10</sup>.

Trata-se, indubitavelmente, do texto mais importante regulador da matéria, ressaltando que alguns de seus dispositivos estão ainda atuais. É uma norma extensa, o que dificulta sua citação e mesmo a escolha, dentre os dispositivos nela contidos, dos de maior ou menor grau de importância.<sup>11</sup>

Não concordando com a importância atribuída por Carlos Pinto Coelho Motta, André Rosillo lembra que:

Inicialmente, cabe chamar a atenção para o fato de que no período de 1922 a 1967 não havia uma política *nacional* de contratações públicas. O Regulamento Geral de Contabilidade Pública continha diretrizes para a seleção de fornecedores para a Administração Pública Federal, mas nada dizia quanto aos procedimentos licitatórios a serem seguidos por Estados e

<sup>9</sup> O Código de Contabilidade da União continha apenas algumas diretrizes gerais sobre o tema das licitações públicas, logo, coube ao Regulamento Geral de Contabilidade Pública, ao complementar o referido Código, normatizar o tema efetivamente.

<sup>10</sup> Analisando os 90 (noventa) anos do instituto da Licitação no Brasil, André Rosillo (*Licitação no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2013) identifica que as alterações ocorridas nas licitações estão diretamente relacionadas aos modelos legais inicialmente minimalistas e, agora, maximalistas.

No modelo minimalista, a norma estabelece, por exemplo, metas voltadas à concretização dos três principais objetivos das compras públicas: acesso justo dos competidores ao mercado público; redução nos contratos públicos; e contratação de bens e serviços de qualidade pelo menor preço possível. Entretanto, se exime de elaborar regras detalhadas e minuciosas para regular o comportamento dos Legislativos e dos agentes públicos. Este modelo tem por premissa que a discricionariedade não é uma imperfeição do sistema, ao contrário, é um ingrediente importante a ser trabalhado.

Por outro lado, o modelo maximalista teme a discricionariedade, sendo, assim, movido por tal temor. Em decorrência, tem como premissa que os agentes públicos não são confiáveis, sendo necessário olhá-los de perto. Para concretizar e evitar tal temor, aposta em normas detalhadas, minuciosas e abrangentes, restringindo ao máximo a margem de liberdade daqueles que a elas se submetem.

As normas acerca do instituto da licitação tiveram um início minimalista, seguindo desta forma até pouco mais da metade do século XX. A partir de então teve início uma espécie de fechamento do sistema de contratações públicas e de densificação da regulação jurídica das licitações. O maximalismo ganhou corpo na década de 1980 e solidificou-se na década de 1990. Mesmo havendo indícios de que estamos vivendo na era do maximalismo, disciplinas normativas recentes demonstram a exaustão deste modelo legal.

Assim, propõe a seguinte classificação, a ser adotada neste trabalho:

a) Modelo legal minimalista, estando a Licitação dividida em duas fases: 1ª) Decreto nº 15.783/1922 – “Carta Branca” à Administração Pública; 2ª) Decreto-lei nº 200/1967 – unificação nacional.

b) Modelo legal maximalista, como terceira fase, se caracteriza pelo “fetichismo legal”, representado pelo Decreto-lei nº 2.300/1986 e pela Lei nº 8.666/1993.

c) Reações ao modelo maximalista, como quarta fase, se inicia pela inserção de uma nova modalidade denominada ‘pregão’ e, se concretiza pela erosão do modelo unitário de contratações públicas, bem como pela implantação de uma nova sistemática de competição, denominada Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC.

<sup>11</sup> MOTTA, *ibidem*, p. 3-4.

Municípios. (...) O que ele não fez foi determinar o modo pelo qual as licitações públicas deveriam ser efetuadas – os procedimentos, os requisitos etc. Havia, portanto, amplo espaço de manobra para os Legislativos e para as Administrações locais definirem, eles próprios, as regras de contratações a que se submeteriam.<sup>12</sup>

Outras curiosidades a serem apontadas no Regulamento Geral de Contabilidade Pública da União são: (i) fazer referência genérica a expressão ‘concorrência’, porquanto o termo ‘licitação pública’ somente seria inserido em 1964; (ii) vincular o processo competitivo a uma norma de direito financeiro, porquanto não se cogita em um agir autônomo em relação às finanças do Estado.

Até este momento, o entendimento legislativo prevalecente era o da expressão *concorrência*, no sentido de procedimento adotado pela Administração “para selecionar, entre várias propostas apresentadas por particulares que pretendam oferecer serviços ou bens ao Estado, a que mais atende ao interesse da coletividade”.<sup>13</sup>

A Lei nº 4.401/1964, ao estabelecer normas para a licitação de serviços e obras e aquisição de materiais no Serviço Público da União, restou por introduzir a palavra LICITAÇÃO como indicativa de todas as modalidades<sup>14</sup> do procedimento, que compreendiam: Concorrência Pública, Concorrência Administrativa, Coleta de Preços e Tomada de Preços.

Acerca desse aspecto, destaca José Cretella Júnior que o legislador federal andou bem ao empregar o vocábulo *licitação*, na acepção de

Procedimento público seletivo prévio, gênero amplo que abrange quatro operações menores, antes não bem delineadas porque o vocábulo, mesmo nesta operação: a ) é tradicional no campo do direito público brasileiro, b) foi definido de maneira exata na lei, c) houve um enriquecimento de sentido ou alargamento semântico que levou o termo a superar, abrangendo o instituto da concorrência pública, empregado pelo legislador de 1922, no Código de Contabilidade Pública da União e seu respectivo Regulamento, d) o vocábulo *licitação* é empregado, normalmente, pelos administrativistas e pelo direito positivo dos países de língua espanhola.<sup>15</sup>

<sup>12</sup> ROSILHO, 2013, p. 36.

<sup>13</sup> CRETILLA JR., José. *Das licitações públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 16.

<sup>14</sup> Aqui o instituto passa a se denominar Licitação Pública, como gênero de um processo competitivo, sendo as modalidades apenas indicativas do rito (procedimento) a ser adotado em cada caso concreto.

<sup>15</sup> CRETILLA JR, p. 18, 413.

Adotando a classificação proposta por André Rosilho, a segunda fase das licitações pública<sup>16</sup> se inicia com a promulgação do Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967 (artigos 125 a 144). Embora dispusesse sobre a organização da Administração Federal, regulou, nos artigos citados a licitação no País, derogando as normas até então vigentes contidas no Código de Contabilidade da União (1922). Foi o grande e inovador instrumento normativo do assunto, pois trouxe uma abordagem sistematizada da Licitação.

Ainda está em vigor no tocante a alguns aspectos da organização da Administração Pública Federal.

Como corolário do período militar<sup>17</sup>, o Decreto-lei nº 200/1967, se caracteriza pela

Intenção do legislador de unificar, em escala nacional, os procedimentos de compras governamentais. Pela primeira vez o Governo central – comandado pelos militares desde 1964 – impôs às unidades federativas menores um conteúdo mínimo a ser obrigatoriamente observado por todo o Estado Brasileiro. Teve início, então, a tendência à uniformização da disciplina jurídica das contratações públicas, trilha seguida e alargada pelas reformas jurídicas posteriores.<sup>18</sup>

Em 1971, a Lei nº 5.721, de 26 de outubro, determinou a aplicação da parte relativa à licitação do Decreto-lei nº 200/1967 ao Distrito Federal e respectivas Autarquias (interpretação decorrente da redação do art. 125). Tratava, ainda, do procedimento para alienação de bens do Distrito Federal.

A partir da redação do já citado art. 125 do Decreto-lei nº 200/1967, entendeu a maioria dos doutrinadores como inaplicáveis às entidades paraestatais<sup>19</sup> as normas deste Decreto relativas à licitação, fato este só alterado, posteriormente, pelo art. 86 do Decreto-lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986.

---

<sup>16</sup> Isto porque, entre a Lei nº 4.401/1964 e o Decreto-lei nº 200/1967, há outras normas relevantes para o instituto da Licitação, tais como: 1) Decreto federal nº 41.019, de 26/2/57, que em seu art. 71 afirmava que o Governo federal poderia realizar concorrência pública para o estabelecimento e exploração de serviços de energia elétrica; 2) Lei nº 4.320, de 17/3/64, ao dispor sobre elaboração de orçamento e balanço, determina em seu art. 70, que a “aquisição de material, o fornecimento e a adjudicação de obras e serviços serão regulados em lei, respeitando o princípio da concorrência”; 3) Emenda constitucional nº 15, de 1965, à Constituição de 1946, que inseriu o instituto da concorrência como temática constitucional; e 4) Lei nº 4.717, de 29/6/65, por inserir no ordenamento positivo brasileiro a figura da Ação Popular, consagrando o controle da Administração Pública e sistematizando a invalidade dos atos administrativos.

<sup>17</sup> Até porque, todas as mudanças relevantes no instituto das Licitações Públicas estão diretamente relacionadas a ocorrência de marcantes fatos políticos da história do nosso país.

<sup>18</sup> ROSILHO, 2013, p. 48.

<sup>19</sup> Entenda-se por ‘entidades paraestatais’ as Empresas Públicas, Sociedades de Economia Mista e Fundações Públicas (esta, segundo o entendimento do Prof. Hely Lopes Meirelles, exarado na obra *Direito Administrativo Brasileiro*, 38. ed., São Paulo: Malheiros Editores, p. 405-406), por serem pessoas jurídicas de direito privado.

Adiantados os estudos procedidos pela Câmara Brasileira da Indústria da Construção para apresentação de um projeto de lei reguladora das Licitações e Contratos administrativos, sobreveio o Decreto-lei nº 2.300/1986, fruto do trabalho de Hely Lopes Meirelles, que o elaborou por encomenda do então Ministro Saulo Ramos, para atender, como é sabido, situações específicas, de interesse do Governo Federal. Desta forma, no ano em questão, o Presidente da República (José Sarney), invocando o art. 8º, inciso XVII, alínea ‘c’ e o art. 55 da Constituição Federal de 1969, e alegando urgência, baixou o Decreto-lei nº 2.300/1986, dispondo sobre o Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos da Administração Federal centralizada a autárquica, reunindo normas gerais e especiais relacionadas à matéria. Modalidades: Concorrência, Tomada de Preços, Convite, Concurso e Leilão (art. 20).

Por força de seu art. 85, as normas gerais estabelecidas neste Decreto-lei aplicavam-se aos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios. Os arts. 125 a 144 do Decreto-lei nº 200/1967 foram então revogados.

Até então, o instituto da Licitação, muito embora tivesse sofrido profundas alterações procedimentais, era visto como um *instrumento* a ser utilizado pelo Poder Público, objetivando, sem descuidar de uma comparação efetiva entre ofertantes, julgar e escolher a proposta que lhe fosse mais favorável. Não se vislumbrava qualquer intenção de se caracterizar como atividade incrementadora de política pública, seja de natureza econômica ou social.

Com propriedade adverte Floriano de Azevedo Marques Neto: “A licitação, cumpre frisar, é um meio e não um fim da atividade administrativa.”<sup>20</sup>

No mesmo sentido, Lucas Rocha Furtado aponta ser a licitação uma atividade-meio, porquanto tem em vista celebrar um futuro contrato<sup>21</sup>.

---

<sup>20</sup> MARQUES NETO, Floriano P. de Azevedo. Contrato administrativo: superveniência de fatores técnicos dificultadores da execução de obra. Inaplicabilidade dos limites de 24% de acréscimos. *BLC* n. 2, 2001, p. 108. Na mesma linha: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni. Processo administrativo no estado democrático de direito. A questão da regularidade dos atos processuais administrativos. *Fórum Administrativo*, ano 1, n. 4, jun. 2001, p. 429.

<sup>21</sup> FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de licitações e contratos administrativos*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007, p. 21.

O início da denominada ‘terceira fase’, segundo André Rosilho<sup>22</sup>, foi permeada pelo restabelecimento – ou estabelecimento – da democracia, o que acarretou ficarem as licitações pública impregnadas pela crença no papel transformador do Direito:

Esse ‘sentimento’ de que o Direito tudo pode impactou profundamente o modelo jurídico de regulação das licitações, levando ao surgimento de uma nova era das contratações públicas. As regras jurídicas, (...), agora tornaram-se casuísticas, retirando da Administração Pública boa parte da margem de discricionariedade que tinha para decidir, caso a caso, a melhor forma de contratar. (...).

O destaque ocupado pelo Direito incentivou a valorização dos princípios jurídicos – a legalidade, a igualdade, a moralidade etc. –, que passaram a monopolizar o debate sobre contratações públicas, ofuscando a preocupação com a qualidade e a eficiência da gestão pública.

Outra relevante consequência dessa transformação – (...) – foi a redefinição do eixo da disciplina jurídica das licitações, que passou a se centrar no combate à corrupção. Dessa forma, ganhou força a ideia de que seria possível, através de regras jurídicas precisas e bem-dirigidas, conformar a ação dos agentes públicos e privados, evitando-se, com isso, práticas ilícitas e imorais nas contratações estatais. Tem início a cultura administrativista dos procedimentos em oposição à de resultados<sup>23</sup>.

Com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, em 5 de outubro de 1988, operou-se a reconstitucionalização do Decreto-lei nº 2.300/1986, especificamente de seu art. 85, que determinava sua aplicação a Estados e Municípios, em especial pela redação dada ao inciso XXVII, do art. 22. Aliás, segundo Carlos Pinto Coelho Motta ao elevar novamente a licitação “à altitude constitucional, reforça sobremaneira o instituto, possibilitando a reconstrução das lisura dos negócios públicos, a efetiva prestação de contas, enfim, o emprego regular do dinheiro público”.<sup>24</sup>

O Ministro Edson Vidigal do Superior Tribunal de Justiça, na Ação Penal 15 afirmou que,

O dinheiro público resultante da contribuição sofrida dos cidadãos, mediante tributos que lhe são impostos, não pode ser gasto fora dos parâmetros do bem comum [...]. Uma pessoa investida da autoridade do poder público tem que estar sempre muito atenta para que, nem à sua sombra nem ao seu redor, prosperem ações que possam comprometer a moral imprescindível do exercício da autoridade.<sup>25</sup>

<sup>22</sup> Esta terceira fase abarca tanto o Decreto-lei nº 2.300/1986, quanto à Constituição Federal de 1988, bem como a Lei nº 8.666/1993.

<sup>23</sup> ROSILHO, 2013, p. 64-65.

<sup>24</sup> MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas licitações e contratos*. p. 6.

<sup>25</sup> RDA 181-182, 1990, p. 123.

Passa a Licitação a ter status de princípio constitucional (art. 37, inciso XXI), de observância obrigatória pela Administração Pública direta e indireta de todos os Poderes da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, apenas sendo dispensada ou inexigida nos casos expressamente previstos em Lei<sup>26</sup>.

Em reforço ao tema das licitações públicas, houve a expedição da Lei nº 8.078, de 11 de novembro de 1990, Código de Defesa do Consumidor, prevendo sua aplicação expressa aos contratos administrativos, “quando a contratante é a Administração, no sentido que lhe dá a Lei nº 8.666/93, sendo ela consumidora ou usuária porque adquire ou utiliza produto ou serviço, como destinatária final”.<sup>27</sup>

Referido entendimento é externado também por Celso Bastos<sup>28</sup> e José Geraldo Brito Filomeno<sup>29</sup>, para quem o Código de Defesa do Consumidor deve ser observado pela Administração Pública, nas relações contratuais que formaliza com terceiros, nos termos da Lei nº 8.666/1993.

Em decorrência, desenvolveu-se

Verdadeira aspiração nacional em torno da estruturação de uma verdadeira Lei Nacional de Licitações e Contratos Administrativos: uma lei que incorporasse e desenvolvesse os novos princípios da Constituição de 1988; que assegurasse sua real aplicabilidade em âmbito nacional; que fosse expurgada dos detalhes e minúcias somente direcionados para a Administração Federal; que, por fim, fosse despojada de uma série de casuísmos e permissibilidade que escancaravam as portas para abusos de toda sorte, e que facilitavam a proliferação da corrupção administrativa, sem que se aparelhasse a Administração Pública para efetivamente coibi-los.<sup>30</sup>

<sup>26</sup> “A Constituição Federal de 1988, apesar de não ser, por óbvio, diploma normativo voltado exclusivamente à disciplina das contratações públicas, impactou significativamente no tema, merecendo estudo em apartado. Afinal, ela foi responsável pela constitucionalização das licitações e contratos, anteriormente abordados apenas pela legislação infraconstitucional” (ROSILHO, 2013, p. 83).

<sup>27</sup> SZKLAROWSKY, Leon Frejda. O Código de Proteção e Defesa do Consumidor e os Contratos Administrativos, *BLC*, São Paulo, ago. 1999, p. 377-380.

<sup>28</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 2, p. 160.

<sup>29</sup> FILOMENO, José Geraldo. *Manual de Direitos do Consumidor*, 7. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2004.

<sup>30</sup> BORGES, Alice Gonçalves. Aplicabilidade de normas gerais de lei federal aos Estados. *RDA 194/97-106*. Rio de Janeiro: Renovar, outubro-dezembro/1993.

Como consequência do impeachment do Presidente da República, Fernando Collor de Melo, associado à descoberta de corrupção no famoso ‘caso PC Farias’, e ainda, pela análise das irregularidades no relacionamento das empreiteiras com o Governo Federal, foi promulgada a Lei nº 8.666, em 21 de junho de 1993, com a função de ‘moralizar’ o Estado brasileiro<sup>31</sup>.

Após sua sanção, foi emendada e modificada por sucessivas Medidas Provisórias, tendo sofrido ainda o impacto de um Plano de Estabilização Econômica (Plano Real) e de alguns Decretos Regulamentadores: de reajuste de preços, de informática, etc.<sup>32</sup>

Muito embora elaborada para evitar a ocorrência de práticas delituosas nos certames licitatórios, em verdade referida legislação ao firmar o paradigma do “menor preço” restou por imprimir, na prática, limitações ao uso do poder de compra como instrumento de indução do desenvolvimento. Isto porque, acabou por impor e estender o dever de licitar para os

Contratos cujos objetos não se encaixam no conceito estrito de serviços, compras e obras (é o caso dos contratos de uso de bens públicos), e mesmo em situações para as quais a licitação não parece uma solução razoável (casos de serviços de natureza intelectual, em que disputas por critérios muito objetivos dão sempre resultados ruins; e de muitas situações envolvendo empresas estatais).<sup>33 34</sup>

---

<sup>31</sup> “Em função do momento histórico que o Brasil vivia, estas questões de custo não foram as centrais no debate que antecedeu a edição da Lei 8.666/1993. Se pudesse sintetizar em uma frase o objetivo geral dessa lei, eu diria que ela procurou neutralizar o administrador público, ‘declarar sua morte’. Era preciso fazê-lo desaparecer, para evitar que ele pudesse ser agente de desvios, eliminado, assim, sua discricionariedade. Também era preciso eliminar a possibilidade de atuação dos legisladores municipal e estadual, razão pela qual a lei nacional procurou estabelecer, ela própria, procedimentos, exigências e restrições bastante detalhadas” (SUNDFELD, Carlos Ari. Como reformar as licitações?. *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 268).

<sup>32</sup> Curiosamente, em 20 (vinte) anos de vigência, pode-se afirmar já ter a Lei nº 8.666/1993 sofrido por volta de vinte alterações, seja por modificações diretas em seus artigos, seja pela expedição de outras normas que trazem procedimentos de competição específicos.

<sup>33</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. *Contratações públicas e o princípio da concorrência*. *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 21.

<sup>34</sup> “O regime jurídico das licitações da Administração Pública brasileira parece fadado a suportar permanente ‘conspiração’ legislativa contra a consolidação de um sistema estável, apto a garantir o equilíbrio entre os interessados em ter acesso, disputando-as isonomicamente, às contratações de obras, bens e serviços pelo Estado. A ‘conspiração’ tornou-se ostensiva a partir da edição da Lei federal nº 8.666/93, cuja pretensão é a de estabelecer um sistema nacional de normas gerais, em tese destinado a viabilizar a implementação de princípios e a instituir um padrão de conduta jurídico-normativa na matéria, com validade e força cogente para todas as esferas e em todos os níveis da gestão pública brasileira” (PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restellato. *As Sociedades Cooperativas e o tratamento privilegiado concedido às microempresas e empresas de pequeno porte (Lei Complementar nº 123/06 e Lei nº 11.488/07)*. *Revista Virtual da AGU*, Ano VII nº 71, dez. 2007. Disponível em <[http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateTexto.aspx?idConteudo=79802&ordenacao=1&id\\_site=1115](http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateTexto.aspx?idConteudo=79802&ordenacao=1&id_site=1115)>. Acesso em: mai. 2013).

Como resultado da conversão das sucessivas Medidas Provisórias, a Lei nº 8.883, de 8 de junho de 1994, consolidou a Lei nº 8.666/1993. Após um período de indefinições e dificuldades de toda sorte para intérpretes e aplicadores, reintroduziu na norma legal vários trechos vetados, escoimando-os de suas incorreções, modificando ainda mais de três dezenas de dispositivos.

O fim pretendido pela Lei nº 8.666/1993 era instaurar um controle nos procedimentos de contratação realizados pelo Poder Público, destarte, com a inserção no texto constitucional do princípio da eficiência<sup>35</sup>, houve um fortalecimento do princípio da economicidade já previsto no art. 70 da Constituição.

Como consequência, tanto a doutrina quanto a jurisprudência se postaram contra a visão excessivamente formalista da Lei nº 8.666/1993, o que abriu caminho para uma nova sistemática procedimental. Merece destaque a diferença entre formal e formalista efetuada por Hely Lopes Meirelles<sup>36</sup>, onde licitação formal é a vinculada aos preceitos legais que a regem em todas suas fases e atos; já licitação formalista é aquela onde há exigências inúteis ou desnecessárias, bem como onde não se anula procedimento ou seus atos, diante de simples omissões ou irregularidades na documentação ou na proposta, desde que não causem danos à Administração ou aos concorrentes. Aplicação efetiva do pas de nullité sans grief, no dizer dos franceses.

Na esteira do Regulamento elaborado pela Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, em face do contido nos arts. 54 e 55 da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, para racionalizar as licitações, o Governo federal expediu a Medida Provisória nº 2.026, de 4 de maio de 2000, sucessivamente reeditada e posteriormente renumerada para Medida Provisória nº 2.108, de 27/12/2000, com várias reedições. Depois, alterada pela Medida Provisória nº 2.182, de 16/06/2001, com reedições, acabou por instituir, no âmbito da União, a modalidade de licitação denominada pregão<sup>37</sup>, para a aquisição de bens e serviços comuns.

### Lembra André Rosilho que o pregão

---

<sup>35</sup> Para Emerson Gabardo, a ordem jurídico-social posta na Constituição de 1988 impede que o princípio da eficiência seja resumido a uma verificação econômica da relação custo-benefício. Deve-se considerar: (i) peculiaridade ontológica do princípio: para Juarez Freitas o administrador público está obrigado a obrar tendo como parâmetro o ótimo, entendido no sentido mais abrangente possível, para representar um ideal de qualificação estrutural e funcional; (ii) engloba outros conceitos afins: eficácia, efetividade, racionalização, produtividade, economicidade e celeridade; e (iii) compreende os tradicionais princípios do bom andamento e da boa administração (*Princípio constitucional da eficiência administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 100-145).

<sup>36</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. 15. ed., São Paulo: Malheiros, 2010, p. 32, 36.

<sup>37</sup> Criado como uma nova modalidade, o pregão não teve o condão de revogar a Lei nº 8.666/1993, por se tratar de norma especial, bem como porque, o artigo 9º da Lei nº 10.520/2002 determina a aplicação subsidiária do Estatuto Licitatório.

Tem uma marca registrada: surgiu em duas etapas. A primeira vez que a legislação brasileira fez menção a esta modalidade licitatória foi na Lei 9.472/1997, a Lei Geral de Telecomunicações/LGT. Posteriormente o Governo Federal decidiu expandi-lo para toda a Administração Pública por meio da edição de uma medida provisória. Foi apenas com a conversão da medida provisória em lei que o pregão consolidou-se no cenário jurídico nacional, aplicando-se irrestritamente à União, aos Estados e aos Municípios.<sup>38</sup>

Convertida na Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, acabou por instituir uma nova modalidade licitatória, de observância obrigatória para a União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Para Carlos Ari Sundfeld, o surgimento do pregão é uma resposta a alguns dos problemas da Lei 8.666/1993, isto porque, “procurou-se adotar visão que levasse em conta o custo e o tempo. A razão para o surgimento desta inovação reside no fato de que, se não houvesse simplificação do procedimento de licitação, a tendência de fuga se perpetuaria.”<sup>39</sup>

No ano de 2011, foi expedida a Lei nº 12.462, de 4 de agosto, dispendo sobre uma nova sistemática de licitação denominada Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), aplicável, de início, exclusivamente às licitações e contratações necessárias à realização dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, constantes da Carteira de Projetos Olímpicos a ser definida pela Autoridade Pública Olímpica (APO); da Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol Associação - FIFA 2013 e da Copa do Mundo FIFA 2014, definidos pelo Grupo Executivo - Gecopa 2014 do Comitê Gestor instituído para definir, aprovar e supervisionar as ações previstas no Plano Estratégico das Ações do Governo Brasileiro para a realização da Copa do Mundo FIFA 2014 - CGCOPA 2014, restringindo-se, no caso de obras públicas, às constantes da matriz de responsabilidades celebrada entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios; de obras de infraestrutura e de contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos Estados da Federação distantes até 350 km (trezentos e cinquenta quilômetros) das cidades sedes dos mundiais<sup>40</sup>.

Recentes alterações na legislação do RDC estenderam seu campo de utilização:

---

<sup>38</sup> ROSILHO, 2013, p. 185.

<sup>39</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. Como reformar as licitações?. p. 271.

<sup>40</sup> Para Carlos Ari, o RDC “claramente se encaminhou mais pela linha do aprofundamento da disputa (impondo, em princípio, um modelo de licitação inspirado no pregão, por exemplo) que por seu oposto” (SUNDFELD, Carlos Ari. *Contratações públicas e seu controle*. p. 24).

(i) Lei nº 12.688, de 18/07/2012 conversão da MP nº 559/2012 – ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento - PAC. O Projeto de Lei de Conversão (PLV) nº 24/2012, da MP nº 580/2012, permite a exigência de produtos e serviços nacionais nos editais de licitação e contratos de obras do PAC geridos por Estados e Municípios e com transferência obrigatória de recursos financeiros da União.

Segundo o Governo, a política de compras governamentais deve ser usada para induzir o desenvolvimento da indústria nacional. Ao mesmo tempo em que o PAC garante investimento em infraestrutura, as compras e contratos gerados pelas obras podem fortalecer a indústria nacional, muitas vezes nas próprias regiões em que estão sendo feitos.

(ii) Lei nº 12.722, de 03/10/2012 conversão da MP nº 570/2012 – licitações e contratos necessários à realização de obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de ensino (§3º, do art. 1º da Lei nº 12.462/2011).

(iii) Lei nº 12.745, de 19/12/2012 conversão da MP nº 580/2012 – das obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS (inciso V, do art. 1º da Lei nº 12.462/2011).

(iv) Medida Provisória nº 595/2012 – exploração direta e indireta, pela União, de portos e instalações portuárias e sobre as atividades desempenhadas pelos operadores portuários. Em seu art. 58, trata da aplicação subsidiária da Lei nº 12.462/11 - RDC, às licitações de concessão de Porto Organizado e de Arrendamento de Instalações Portuárias.

(v) Projeto de Lei nº 4.022/2012 – de obras e à aquisição de equipamentos e insumos para o setor de saúde no âmbito da administração pública, direta e indireta, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, resguardada a opção pelas regras constantes da Lei nº 10.191, de 14 de fevereiro de 2001 (inciso IV, do art. 1º da Lei nº 12.462/2011).

(vi) MPV nº 589/2012 – acrescenta §4º ao art. 1º da Lei nº 12.462/2011: aplica-se também o RDC às licitações e contratos realizados pelos Estados e Municípios com população acima de um milhão de habitantes e pelo Distrito Federal.

(vii) MP nº 600/2012 – poderá ser utilizado o RDC:

Art. 63-A. Os recursos do FNAC destinados à modernização, construção, ampliação ou reforma de aeródromos públicos poderão ser geridos e administrados pelo Banco do Brasil S.A., diretamente ou por suas subsidiárias, conforme definido em ato da Secretaria de Aviação Civil da Presidência da República.

§ 1º Para a consecução dos objetivos previstos no caput, o Banco do Brasil S.A., diretamente ou por suas subsidiárias, realizará procedimento licitatório, podendo, em nome próprio ou de terceiros, adquirir bens e contratar obras e serviços de engenharia, e quaisquer outros serviços técnicos especializados.

§ 2º Para os fins previstos no § 1º, poderá ser utilizado o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC.

Há ainda a invocar outros diplomas jurídicos que, direta ou indiretamente cuidam do assunto, a saber: Código Civil de 2002, art. 1.481, §§1º e 4º e art. 1.482; Código de Processo Civil, art. 714, §2º, arts. 1.117 a 1.119; Código Penal, arts. 326, 335 e 336; Código Comercial, art. 773, entre outros instrumentos normativos.

### **2.3 Posições doutrinárias sobre o instituto da Licitação**

Nos termos do art. 22, inciso XXVII, c.c. o art. 37, inciso XXI, ambos da Constituição Federal de 1988, foi expedida a Lei nº 8.666/1993 (alterada posteriormente), com o intuito de disciplinar as normas gerais<sup>41</sup> sobre licitação e contratos administrativos.

Pode-se conceituar licitação<sup>42</sup> como sendo um procedimento<sup>43</sup> administrativo vinculado, mediante o qual a Administração Pública, assegurando iguais oportunidades a todos os interessados, busca, a final, a eleição da melhor proposta para celebração de contrato de seu interesse.

---

<sup>41</sup> Norma geral não corresponde a um detalhamento, pois cuida de determinada matéria de forma ampla, comporta aplicação uniforme e exige complementação. A norma geral configura lei nacional que transcende o âmbito de qualquer pessoa política (ROCHA, Silvio Luiz Ferreira da. *Manual de direito administrativo*, São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 351).

<sup>42</sup> É classificada pela doutrina como procedimento ampliativo concorrencial. Ampliativo, porquanto tem como finalidade acrescer a esfera jurídica dos destinatários e, concorrencial porque sujeito ao princípio da competição, em face da existência de uma pluralidade de objetos que atendem aos interesses da Administração e/ou de fornecedores interessados em participar do referido certame.

Analisando os termos utilizados no conceito, esclarecemos que:

1º) por procedimento<sup>44</sup>, deve-se entender a licitação como sendo uma “sucessão itinerária e encadeada de atos, que tendem, todos, a um resultado final e conclusivo”<sup>45</sup>. Ou seja:

a) sucessão de atos – tais atos nada mais são do que as fases do certame licitatório, expressamente previstas na Lei nº 8.666/93;

b) itinerária – porque as fases do certame licitatório seguem uma ordem já determinada pela Lei nº 8.666/93, quais sejam: abertura, habilitação, classificação, homologação e adjudicação;

c) encadeada – para ser válida, a fase subsequente depende da validade da fase que a antecedeu.

2º) procedimento administrativo<sup>46</sup>, a significar que o regime jurídico, ou seja, o conjunto de normas e princípios jurídicos a ser aplicado e observado nos certames licitatórios é aquele determinado pelo Direito Administrativo<sup>47</sup>;

---

Desta forma, sempre que a Administração se deparar com uma situação em que haja competição estará obrigada a instaurar um procedimento de caráter competitivo, para que possa buscar, até com maior eficiência, os objetivos almejados.

<sup>43</sup> Optamos pela adoção do termo procedimento não obstante o inciso XXI, do artigo 37, da Constituição refira-se à ‘processo de licitação pública’. Para Odete Medauar, isto revela que “se trata de processo que existe no âmbito da função administrativa. (...) Processo, por seu lado, implica, além do vínculo entre atos, vínculos jurídicos entre os sujeitos, englobando direitos, deveres, poderes, faculdades, na relação processual. (...) caracteriza-se pela atuação dos interessados, em contraditório, seja ante a própria Administração, seja ante outro sujeito ..., todos, neste caso, confrontando seus direitos ante a Administração”. (*Direito Administrativo Moderno*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 179)

Carlos Ayres Britto, após questionar e analisar em que sentido o processo licitatório foi institucionalizado pela Constituição Federal, aceitando como pressuposto a existência de dicotomia entre normas processuais e normas procedimentais, afirma que “**licitação é ambivalentemente processo e procedimento**. Processo, enquanto conteúdo das normas gerais. Procedimento, enquanto conteúdo das normas específicas. Normas específicas, estas, que já correspondem a um segundo nível de legislação, consubstanciador de ulteriores providências para a plena realização dos atos parcelares e do ato final que se integram no conceito da licitação enquanto processo”. (*O Perfil Constitucional da Licitação*. Curitiba: Znt Editora, 1997, p. 134)

<sup>44</sup> “No aspecto substancial, procedimento distingue-se de processo porque, basicamente, significa a sucessão encadeada de atos”. (Odete Medauar, op. cit., p. 179)

<sup>45</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 495.

<sup>46</sup> Lembra Carlos Ayres Britto que, “enquanto dever ou atividade instrumental-graciosa da Administração, a licitação é matéria de Direito Administrativo de assento constitucional” (Ibid., p. 76).

<sup>47</sup> O termo regime jurídico também pode ser entendido como conjunto das prerrogativas e restrições a que está sujeita a Administração e que não se encontram nas relações entre particulares, como leciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro (*Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012).

3º) procedimento vinculado<sup>48</sup>, porque a Administração Pública, a partir do instante em que decide instaurar uma licitação, está obrigada a observar todas as regras estabelecidas na Lei nº 8.666/93, não lhe restando margem de liberdade alguma no procedimento;

4º) o termo Administração Pública deve ser entendido no seu sentido mais amplo, porquanto, afora as pessoas expressamente elencadas no artigo 1º e parágrafo único da Lei nº 8.666/93 (Administração direta, Administração indireta e Fundos especiais), outras também estão obrigadas a observar suas disposições por expressa determinação do Tribunal de Contas da União (Serviços Sociais Autônomos, Conselhos de Fiscalização Profissional, entre outros)<sup>49</sup>, em razão de manipularem recursos públicos;

5º) a instauração de uma relação jurídica, formalizada por meio de instrumento contratual, é, ao mesmo tempo, a justificativa e a consequência da realização de um certame licitatório<sup>50</sup>; e

---

Enquanto as prerrogativas encontram fundamento no princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, as restrições estão amparadas no princípio da indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos. São, ambos princípios, considerados as ‘pedras de toque’ do Direito Administrativo, já que basilares para a identificação autônoma deste ramo do Direito.

<sup>48</sup> Para Celso Antônio Bandeira de Mello, atos vinculados são “os que a administração pratica sem margem alguma de liberdade para decidir-se, pois a lei previamente tipificou o único possível comportamento diante de hipótese prefigurada em termos objetivos” (Ibid., p. 428).

<sup>49</sup> As caixas escolares, associações comunitárias e outras entidades filantrópicas, ao contratarem com recursos públicos, deverão observar os ditames da Lei nº 8.666/93, conforme determina o seu artigo 1º, parágrafo único (TC/MG – Consulta nº 434.547, in Revista do TC/MG nº 3/98, p. 143).

Os órgãos integrantes do denominado ‘Sistema S’ (SESI, SENAI, SESC, SENAC, SEST, SNAT, SENAR e SEBRAE), mesmo possuindo regulamentos próprios, estão adstritos ao disciplinado no artigo 37 da Constituição Federal e, por conseguinte, devem observar os princípios que norteiam as contratações públicas. Tal entendimento foi externado pelo TCU no Acórdão nº 184/98, publicado no DOU nº 250-E, de 30.12.98, e veiculado no ILC nº 60, fevereiro/99, p. 146.

Os conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas devem observar as disposições da Lei nº 8.666/93 para contratação de bens e serviços, impondo-se, portanto, a necessidade de instauração do devido procedimento licitatório (Acórdão nº 011/99 – TCU – publicado no DOU nº 38-E, de 26.02.99 e veiculado no ILC nº 62, abril/99, p. 322).

Em face do Acórdão TCU nº 1.070, de 06.08.03, o artigo 27 da Instrução Normativa nº 01, de 15 de janeiro de 1997, que disciplina a celebração de convênios de natureza financeira que tenham por objeto a execução descentralizada de Programa de Trabalho a cargo de órgãos e entidades da Administração Pública Federal Direta e Indireta, foi alterado pela Instrução Normativa nº 03/03, passando a ter a seguinte redação: “O conveniente, ainda que entidade privada, sujeita-se, quando da execução de despesas com os recursos transferidos, às disposições da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, especialmente em relação a licitação e contrato, admitida a modalidade de licitação prevista na Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, nos casos em que especifica”.

<sup>50</sup> Para Antônio Carlos Cintra do Amaral, o processo de contratação compreende: o planejamento, a licitação, a celebração do vínculo contratual e a execução do objeto. (*Licitações nas Empresas Estatais*. Comentário nº 105, de 01.08.2000. Disponível em: <<http://www.celc.com.br>>. Acesso em 12 out. 2004.

6º) os 02 (dois) principais objetivos de um certame licitatório, como expressamente previsto no caput do artigo 3º da Lei, são: assegurar iguais oportunidades a todos os interessados e eleger a melhor proposta<sup>51 52</sup>.

Para que se perceba a mudança de papel desempenhada pela licitação, importante verificar outros conceitos doutrinários sobre o tema.

Hely Lopes Meirelles conceitua licitação como

Procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse. Visa propiciar iguais oportunidades aos que desejam contratar com o Poder Público, dentro dos padrões previamente estabelecidos pela Administração, e atua como fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos.<sup>53</sup>

Muito embora destaque a ideia de vantajosidade da proposta, esta vantagem é analisada somente dentro do processo licitatório, confrontando-se as propostas ofertadas pelos interessados em conformidade com a necessidade da Administração Pública.

Mesmo não fazendo referência à vantajosidade, Marçal Justen Filho define licitação sob uma ótica de eficiência ao determinar ser um “procedimento administrativo formal, realizado sob regime de direito público, prévio a uma contratação, pelo qual a Administração seleciona com quem contratar e define as condições de direito e de fato que regularão essa relação jurídica”.<sup>54</sup>

Já o conceito de licitação dado por Celso Antônio Bandeira de Mello, enfatiza tanto a concorrência entre os participantes quanto a ideia de vantagem administrativa

---

<sup>51</sup> De acordo com as alterações trazidas pelo Lei nº 12.349, de 15 de dezembro de 2010, o artigo 3º, caput, da Lei nº 8.666/1993, passa a fazer referência à um terceiro objetivo da licitação, denominado “desenvolvimento nacional sustentável”.

<sup>52</sup> Marçal Justen Filho, ao analisar a inserção legal do desenvolvimento nacional sustentável, como objetivo do processo licitatório, afirma ser “inquestionável que a contratação pública apresenta uma relevância socioeconômica. A atividade contratual do Estado não se constitui apenas em instrumento para atender necessidades administrativas. O montante de recursos desembolsados pelos entes estatais para satisfação de suas necessidades é muito relevante afeta a atividade econômica em seu conjunto” (*Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 63).

<sup>53</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 27.

<sup>54</sup> JUSTEN FILHO. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012, p. 11.

Licitação – em suma síntese – é um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas. Estriba-se na ideia de competição, a ser travada isonomicamente entre os que preencham os atributos e aptidões necessários ao bom cumprimento das obrigações que se propõem assumir.<sup>55</sup>

No mesmo sentido, Carlos Ari Sunfeld, para quem é

O procedimento administrativo destinado à escolha de pessoa a ser contratada pela Administração ou a ser beneficiada por ato administrativo singular, no qual são assegurados tanto o direito dos interessados à disputa como a seleção do beneficiário mais adequado ao interesse público.<sup>56</sup>

O mesmo se diga da visão apresentada por Maria Sylvia Zanella Di Pietro.

Procedimento administrativo pelo qual um ente público, no exercício da função administrativa, abre a todos os interessados, que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para celebração de contrato.<sup>57</sup>

A doutrina, mesmo não fornecendo uma conceituação uniforme desse procedimento administrativo, é acorde no acentuar os seus traços essenciais e suas finalidades: a busca da contratação mais vantajosa para o Poder Público e o oferecimento de iguais oportunidades aos administrados, de virem a ser contratados por ele<sup>58</sup>.

Conjugados os objetivos licitatórios, é possível afirmar que todos os interessados, se e quando atenderem às condições dispostas no instrumento regulador de determinada licitação, dela poderão participar.

---

<sup>55</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 532.

<sup>56</sup> SUNFELD, *Licitação e contrato administrativo de acordo com as Leis 8.666/93 e 8.883/94*. São Paulo: Malheiros Editores, 1994. p. 15.

<sup>57</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 368.

<sup>58</sup> Conforme Antônio Roque Citadini, dois autores estrangeiros são particularmente incisivos quanto à natureza jurídica da licitação. Alcides Greca: 'analisando o regime da licitação, a temos definido como um ato condição prévio, sendo sua finalidade estabelecer um rigoroso controle na disposição dos bens do Estado, um tratamento igual para os particulares que comerciam com a Administração Pública e uma eficaz defesa dos interesses coletivos'. E José Roberto Dromi: 'a licitação pública é um procedimento administrativo preparatório da vontade contratual.' Esta é sua natureza jurídica" (CITADINI, Antônio Roque. *Comentários e Jurisprudência sobre a Lei de Licitações Públicas*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1999. p. 35).

Destacando o reconhecimento a todos apenas do direito de licitar, Marçal Justen Filho chama a atenção para a diferença existente entre o direito de contratar e o de participar da licitação, in verbis

O direito de contratar é reconhecido ao particular cuja proposta foi classificada como vencedora, desde que a Administração decida efetivar a contratação.

O direito de licitar consiste na faculdade de formular perante a Administração uma proposta de contratação. O direito de licitar é reconhecido a todos quantos preenchem os requisitos de idoneidade e capacitação para executar o contrato.

O direito de licitar é um direito público subjetivo de natureza *abstracta*, em acepção semelhante à utilizada pela doutrina processualista. (...)

(...). O licitante, quando apresenta sua proposta, exercita um direito abstrato de agir. Tem direito de comparecer perante a Administração Pública e formular sua proposta. Esse direito não pode ser suprimido. Sujeito passivo do direito de licitar é a Administração Pública. O direito de licitar assegura a qualquer pessoa a formulação de uma proposta de contratação dirigida à Administração Pública, segundo as condições fixadas na lei e no ato convocatório.

O direito de licitar, ainda que abstrato, não é absoluto. É um direito condicionado, também na acepção definida pela doutrina processualista. O direito de licitar se subordina ao preenchimento de certas exigências, previstas na lei e no ato convocatório. Essas exigências se referem quer à pessoa do licitante quer à proposta por ele formulada. A Lei e o ato convocatório estabelecem certos requisitos como indispensáveis para a disputa. A esses requisitos podemos denominar de *condições do direito de licitar*.<sup>59</sup>

## 2.4 A Licitação como atividade instrumental

A vida social – vale dizer, o conjunto de atividades desenvolvidas em uma sociedade – é formada pela soma de dois setores, delimitados pela Constituição: o campo estatal e o campo privado. Este último é constituído pelas atividades próprias dos particulares: as atribuídas a eles pela Constituição, como um direito subjetivo, e as que, não tendo sido reservadas ao Estado, lhes são facultadas.

---

<sup>59</sup> MARÇAL, 2012, .

Em face do princípio constitucional da legalidade<sup>60</sup>, o Estado desenvolve apenas as atividades que a ordem jurídica lhe atribui, estando proibido de fazer o que a Constituição ou as leis não autorizam expressamente.

Segundo Carlos Ari Sunfeld<sup>61</sup>, as atividades estatais podem ser classificadas em dois grandes grupos: o das atividades instrumentais e o das atividades-fim. Enquanto as atividades-fim justificam a existência do Estado; as atividades instrumentais servem apenas ao seu aparelhamento, possibilitando a realização do primeiro grupo de atividades.

Dentre as atividades instrumentais o autor arrola a obtenção de bens, serviços e compras indispensáveis ao suporte da atividade do Estado, através de um procedimento ampliativo de escolha - LICITAÇÃO.

Fica claro que a licitação sempre foi vista como uma atividade acessória, pois visava única e exclusivamente atender ao denominado interesse secundário do Estado<sup>62 63</sup>. Um breve passar d'olhos nas legislações disciplinadoras do instituto reforça este entendimento<sup>64</sup>.

---

<sup>60</sup> A Constituição Federal de 1988 fez da lei a expressão emblemática do ato normativo primário. Lei em sentido formal, na acepção de que editada por órgão ou órgãos do Poder Legislativo, entendido este como a instância republicana que mais autenticamente encarna a representação popular e favorece a realização do Estado Democrático de Direito. Ainda mais, lei como termo sinônimo de Direito-lei, a compreender todos os atos que se integram no 'processo legislativo'. Lei, enfim, como fonte primária da imposição de deveres de conteúdo positivo e/ou de conteúdo negativo. (Ministro Carlos Ayres Britto, em voto proferido na Medida Cautelar em Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADC-MC 12/DF, Supremo Tribunal Federal)

<sup>61</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 4. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2000, ps. 80-85.

<sup>62</sup> São os interesses que o Estado pode ter e perseguir validamente, pelo simples fato de ser pessoa. Para Irene Patrícia Nohara, são os interesses imediatos do aparato administrativo, independentemente dos interesses da coletividade; geralmente são interesses fazendários, relacionados ao incremento do erário (NOHARA, Irene Patrícia. *Direito administrativo*. 3. ed., São Paulo: Atlas, 2013, p. 58.

<sup>63</sup> Não obstante a adoção das lições de Celso Antônio Bandeira de Mello, ao retratar a clássica separação feita por Renato Alessi entre interesse público primário e interesse público secundário, cediço que merecedoras dos apontamentos feitos por Daniel Wunder Hachem. Segundo ele, não se pode confundir interesse público secundário, interesse delineado pelo legislador, mas cuja satisfação concreta compete à Administração Pública no exercício da função administrativa, com interesse secundário, o qual abrange todo e qualquer interesse que siga respeito a aspirações e necessidades eminentemente pessoais. Apenas se houver coincidência entre um interesse secundário da máquina estatal com o interesse da coletividade, ter-se-á um interesse público, porque convergente com o interesse primário (HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 158-159).

<sup>64</sup> Thiago Cardoso Araújo alerta que a licitação sempre teve como concepção natural a equivalência entre vantajosidade e economicidade, porquanto “a vantagem auferida pela Administração ocorrerá sempre que esta contratar pelo menor preço. (...) Entretanto, não se comunga aqui de tal posicionamento. (...) Percebe-se que, em nenhum texto normativo – sequer na Constituição Federal – foi colacionado que a vantajosidade encontra-se adstrita à economicidade nos procedimentos licitatórios realizados pela Administração” (Egressos, Licitação e Função Promocional do Direito – Como pode a Administração Pública fomentar a reinserção social?. In: FERNANDES, Ricardo VC; ALVES, Tatiana Muniz S. *Licitações, contratos e convênios administrativos: desafios e perspectivas aos 20 anos da Lei nº 8.666/1993*, Belo Horizonte: Fórum, São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 273).

Nesse sentido se posiciona Marçal Justen Filho, ao afirmar que “a licitação é um de certos fins. O art. 3º enumera os fins buscados pela licitação e indica os princípios jurídicos mais relevantes a que a licitação se subordina. (...) A licitação não é um fim em si mesmo, mas um instrumento apropriado para o atingimento de certas finalidades”.<sup>65</sup>

Em outro momento, destaca referido autor que

No enfoque até então prevalente (que caracteriza a própria Lei nº 8.666), a licitação e a contratação administrativa são disciplinadas sob o exclusivo enfoque do provisionamento de bens e serviços necessários ao desempenho das funções estatais. Trata-se, portanto, de atuação administrativa norteada exclusivamente pela concepção da vantajosidade. Nesse âmbito, a licitação é orientada à obtenção da proposta de menor valor e de maior qualidade, mediante a mais ampla competição entre os possíveis interessados.<sup>66</sup>

Entretanto, com a vigência da Constituição Federal de 1988, a natureza jurídica da licitação passou a sofrer profundas alterações.

Isto porque, um dos alicerces do nosso ordenamento jurídico-constitucional é a ideia de **função social**<sup>67</sup>. Tome-se, como exemplo, a questão da perda da propriedade urbana pelo não-atendimento de sua função social (art. 182, §4º, inciso III, CF); o tratamento diferenciado dispensado às pessoas portadoras de deficiências (artigo 203, inciso IV, CF), às micro e pequenas empresas (art. 179 CF). Importante também ressaltar a introdução da noção de função social do contrato e dos princípios da boa-fé e da probidade pelo novo Código Civil (arts. 421 e 422)<sup>68</sup>.

Glauber Moreno Talavera ensina que

<sup>65</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, 15. ed., São Paulo: Dialética, 2012. p. 57-58.

<sup>66</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *O Estatuto da Microempresa e as Licitações Públicas*, São Paulo: Dialética, 2007. p. 28.

<sup>67</sup> Acerca do tema ‘função social da propriedade’, lembra Clóvis Beznos ao destacar o pensamento de Léon Duguit, que “*Antes, assevera esse grande mestre que todo homem tem uma função social, tendo o dever de desempenhá-la, compreendendo esta o dever de desenvolver-se em sua plenitude, sendo todas as suas atividades no desempenho dessa função socialmente protegidas*”. (*Aspectos jurídicos da indenização na desapropriação*, Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 107.

<sup>68</sup> Neste sentido, vide TC 016.988/2001, Acórdão nº 165 165/2013, *DOU* de 17/3/2003, p. 199.

A função social, que significa a prevalência do interesse público sobre o privado, bem como a magnitude do proveito coletivo em detrimento do meramente individual, é fenômeno massivo que, modernamente, inspira todo o nosso ordenamento jurídico, rompendo com o padrão retributivo contido no brocardo suum cuique tribuere – ‘dar a cada um o seu’, e tentando fundar as bases de uma justiça de natureza mais distributiva; nos termos concebidos por Hegel, promove a inclusão social dos excluídos e, nesse mister, diligência para o cumprimento de um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.<sup>69</sup>

Na busca da função social, percebe o Estado que, ao se utilizar do instituto da licitação, objetivando uma obra, compra ou serviço, em face do montante despendido, ele se apresenta como fonte geradora de emprego e renda para uma grande parcela da sociedade<sup>70</sup>.

Tanto é assim que há empresas que se especializaram em fornecer bens única e exclusivamente para a Administração Pública.

Está a Licitação a merecer uma nova concepção, entendida como

Procedimento que resguarde o mercado interno – integrante do patrimônio nacional – e que incentive o desenvolvimento cultural e socioeconômico do país. Constitui um dos objetivos da República Federativa do Brasil ‘garantir o desenvolvimento nacional’ (art. 3º, II, da Constituição) nos precisos termos do art. 219 da mesma Carta. O conceito de desenvolvimento nacional incorpora a variável de ‘fomento’, decisiva para o tempo econômico atual.<sup>71</sup>

Em princípio, a Constituição Federal reserva aos particulares a exploração de atividade econômica. Neste sentido é o teor do art. 170, parágrafo único, que diz ser livre o exercício de atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos.

---

<sup>69</sup> TAVALERA, Glauber Moreno, A função social do contrato no novo Código Civil, *CEJ*, Brasília, DF, n. 19, p. 94-96, out./dez. 2002.

<sup>70</sup> Desta forma, não podemos concordar com o posicionamento de Marçal Justen Filho ao afirmar que a grande problemática da Lei Complementar nº 123/06 “reside em que a Constituição não previu – ao menos, de modo explícito – preferência para pequenas empresas no âmbito das contratações administrativas” (*O Estatuto da Microempresa e as Licitações Públicas*, 2. ed., São Paulo: Dialética, 2007, p. 10).

Importante contraponto é apresentado por Thiago Cardoso Araújo, para quem a “vantagem da licitação pode ser caracterizada em função da modificação do paradigma que a Administração pretende implementar, em razão de políticas públicas” (Egressos, Licitação e Função Promocional do Direito – Como pode a Administração Pública fomentar a reinserção social?. In: FERNANDES, Ricardo VC; ALVES, Tatiana Muniz S. *Licitações, contratos e convênios administrativos: desafios e perspectivas aos 20 anos da Lei nº 8.666/1993*, Belo Horizonte: Fórum, São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 274).

<sup>71</sup> MOTTA, Carlos Pinto Coelho. In: Adilson Abreu Dallari; Carlos Valder do Nascimento; Ives Gandra da Silva Martins (Org.). *Tratado de direito administrativo*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2013., p. 489.

Entretanto, o art. 173 da Constituição permite que o Estado, em situações especiais, intervenha no domínio econômico quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo<sup>72</sup>.

Ora, dar um tratamento diferenciado a determinadas categorias empresariais insere-se na noção de relevante interesse coletivo, a justificar o uso do instituto da licitação como instrumento de intervenção no mercado<sup>73</sup>.

Essas ideias encontram guarida no denominado Direito Administrativo Econômico, que é “o conjunto de regras e instituições de direito administrativo tendentes a promover o desenvolvimento social econômico e o bem-estar social, na constante procura por desenvolvimento sustentável, ordem, paz, segurança e igualdade para todos”.<sup>74</sup>

São princípios desse novo ramo do Direito: soberania nacional; propriedade privada e sua função social; livre concorrência; defesa do consumidor; defesa do meio ambiente; redução das desigualdades regionais e sociais; busca do pleno emprego; e tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte.

Analisando os princípios acima, Celso Spitzcovisk destaca que o surgimento do princípio do tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte tem por objetivo reforçar a livre iniciativa e, em particular, a livre concorrência.

Destarte, ao assegurar tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte, a Constituição tornou clara a intenção de conferir a elas condições mínimas de competição com as grandes, de forma a promover o desenvolvimento social, através da geração de novos empregos.

---

<sup>72</sup> Não esqueçamos ainda do contido no artigo 174 da Constituição Federal, que prevê o Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica, logo, podendo adotar as medidas necessárias para promover, estimular, favorecer e auxiliar a ampliação da participação das MPE's nas compras governamentais.

<sup>73</sup> A ordem econômica capitalista, ainda que se qualifique como intervencionista, está comprometida com a finalidade de preservação do capitalismo. Daí a feição social, que lhe é atribuída, a qual, longe de denudar-se como mera concessão a um modismo, assume, nitidamente, conteúdo ideológico (GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 5. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 58).

<sup>74</sup> CARDOSO, José Eduardo Martins Cardozo et al. *Curso de direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006. V. I. p. 26.

Por óbvio, a diretriz estabelecida pela Constituição, em vista dos objetivos que nortearam sua inclusão, acaba por se aplicar também para as microempresas, posto que, se as de pequeno porte necessitam deste apoio para que possam concorrer com as maiores, com muito mais razão este argumento deve ser utilizado, com legitimidade, para as que se revelam ainda menores.<sup>75</sup>

Ademais, competindo ao Estado garantir a aplicação desses princípios, deve, como agente normativo e regulador da atividade econômica, exercer, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado (artigo 174 da Constituição Federal)<sup>76</sup>.

Como marco do Direito Administrativo Econômico, destacamos o Direito Administrativo Regulatório e o Direito Administrativo Ordenador Econômico.

#### O primeiro

Implica a integração de diversas funções: pressupõe que um quadro seja imposto às atividades econômicas, devendo respeitar um certo equilíbrio dos interesses das diversas forças sociais presentes. Este quadro normativo é estabelecido por decisões gerais e abstratas, constantes geralmente de regulamentos; pela aplicação concreta das suas regras; e pela composição dos conflitos que delas advêm, dando lugar, nestas duas últimas hipóteses, a decisões individuais. Há, portanto, três poderes inerentes à regulação: aquele de editar a regra, o de assegurar sua aplicação e o de reprimir as infrações.<sup>77</sup>

Por sua vez, o Direito Administrativo Ordenador Econômico se aproxima do conceito de regulação, dele se diferenciando apenas no tocante a não abrangência da regulação dos serviços públicos. Assim, compreende o

<sup>75</sup> SPITZCOVISK, Celso. Princípios do Direito Administrativo Econômico. In: Idem, *ibidem*, p. 97.

<sup>76</sup> "É certo que a ordem econômica na Constituição de 1988 define opção por um sistema no qual joga um papel primordial a livre iniciativa. Essa circunstância não legitima, no entanto, a assertiva de que o Estado só intervirá na economia em situações excepcionais. Mais do que simples instrumento de governo, a nossa Constituição enuncia diretrizes, programas e fins a serem realizados pelo Estado e pela sociedade. Postula um plano de ação global normativo para o Estado e para a sociedade, informado pelos preceitos veiculados pelos seus arts. 1º, 3º e 170. A livre iniciativa é expressão de liberdade titulada não apenas pela empresa, mas também pelo trabalho. Por isso a Constituição, ao contemplá-la, cogita também da 'iniciativa do Estado'; não a privilegia, portanto, como bem pertinente apenas à empresa. Se de um lado a Constituição assegura a livre iniciativa, de outro determina ao Estado a adoção de todas as providências tendentes a garantir o efetivo exercício do direito à educação, à cultura e ao desporto (arts. 23, V, 205, 208, 215 e 217, § 3º, da Constituição). Na composição entre esses princípios e regras há de ser preservado o interesse da coletividade, interesse público primário. O direito ao acesso à cultura, ao esporte e ao lazer são meios de complementar a formação dos estudantes." (ADI 1.950, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 3-11-2005, Plenário, DJ de 2-6-2006.) No mesmo sentido: ADI 3.512, julgamento em 15-2-2006, Plenário, DJ de 23-6-2006.

Conjunto de medidas legislativas, administrativas e convencionais, abstratas ou concretas, pelas quais o Estado, de maneira restritiva da liberdade privada ou meramente indutiva, determina, controla ou influencia o comportamento dos agentes econômicos, evitando que lesem os interesses sociais definidos no marco da Constituição e orientando-os em direções socialmente desejáveis.<sup>78</sup>

Como consequência da conjugação entre regulação e ordenação, verifica-se a necessidade do Estado fomentar determinadas atividades empresariais para que sejam inseridas no processo de desenvolvimento econômico e social.

Identificado o fomento como uma das funções da Administração Pública, procura, por todos os meios a seu alcance, por à disposição do maior número possível de indivíduos os instrumentos do desenvolvimento econômico e do progresso sociocultural, adotando medidas capazes de incentivar a iniciativa privada de interesse coletivo nesses campos. Sendo uma atividade vinculada, não há possibilidade de atribuição de privilégios, preferências, favores e proteções sem que amparados por um contexto maior, voltado para o interesse de toda a coletividade.<sup>79</sup>

Neste sentido, o tratamento diferenciado e privilegiado a uma dada categoria empresarial, como forma de incentivar sua inclusão no mercado das licitações, igualando-as com as demais categorias, é uma espécie de fomento por meio da concessão de privilégios especiais<sup>80 81</sup>.

Como reforçado por André Rosilho,

---

<sup>77</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. Regulação da economia: conceito e características. In: CARDOZO, 2006, v. III, p. 418.

<sup>78</sup> Idem, *ibidem*, p. 431.

<sup>79</sup> SOUTO, Marcos Jurueña Villela. *Direito administrativo da economia*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2003, p. 39.

<sup>80</sup> ATHAYDE, Augusto de. *Estudos de direito econômico e de direito bancário*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1983, p. 53.

<sup>81</sup> Sobre o fomento como espécie de regulação administrativa, importante a leitura da obra de Ricardo Marcondes Martins, *Regulação administrativa à luz da constituição federal*. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 262-268.

Parece ganhar força a noção de que a melhor contratação não é necessariamente a mais barata – ao menos não em todos os casos; tudo indica que a ideia que permeou tanto o Decreto-lei 200/1967 quanto o Decreto-lei 2.300/1986, segundo a qual a boa contratação é aquela que mais se afina ao interesse público – para isso importando não apenas seu valor, mas também sua qualidade e a relação custo/benefício –, está voltando a fazer parte do discurso jurídico.<sup>82</sup>

Em razão desses fatos, a licitação passa a se constituir atividade de desenvolvimento econômico sustentável, geração de emprego e renda e erradicação da pobreza.

Reforçando este entendimento, chamamos a colação Marçal Justen Filho, cujas lições demonstram que a necessidade de promover as finalidades contempladas nos incisos I a III, do artigo 3º da Constituição Federal de 1988, pode impor ao Estado brasileiro a adoção de medidas diferentes daquelas antes buscadas pela licitação, quais sejam menor preço, maior qualidade e competição entre interessados.

A redução das desigualdades e o incentivo às regiões menos desenvolvidas podem exigir tratamento diferenciado, destinado a favorecer os setores mais carentes. O Estado poderá adotar uma pluralidade de medidas de distinta natureza e em setores variados. (...) Mas também se pode conceber uma solução que, até o presente, não merecia maior atenção. Trata-se da utilização da contratação administrativa para promover fins sociais e econômicos, além da mera e simples obtenção dos bens e serviços necessários ao desempenho das atividades materiais do Estado.<sup>83</sup>

Eis porque entendemos que a licitação é uma das atividades-fim do Estado e não uma atividade instrumental.

Sobre o assunto, se posiciona Marçal Justen Filho, no sentido de que

---

<sup>82</sup> ROSILHO, André. *Licitação no Brasil*. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 183.

<sup>83</sup> Idem, *ibidem*, p. 28.

Como regra, a contratação administrativa é um instrumento para o Estado obter uma prestação apta, em si mesma, a satisfazer as necessidades coletivas. (...) Mas há hipóteses em que o Estado pretende valer-se de uma contratação não apenas para obter uma prestação de que necessita<sup>84</sup>. A execução da prestação é visualizada como meio de promoção de outros valores reputados como relevantes. (...) Daí se poderia aludir a uma ‘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 à realização de outros fins (não diretamente relacionados com a vantagem econômica).<sup>85</sup>

## 2.5 A função social da Licitação

Essa nova função do instituto ‘licitação’ recebeu do Governo federal a denominação de **uso do poder de compra do Estado**<sup>86</sup>, estando colocada como diretriz no Plano Plurianual para o período de 2004/2007 (Lei nº 10.933, de 11 de agosto de 2004), o qual estabeleceu o desafio de “incentivar e fortalecer as micro, pequenas e médias empresas com o desenvolvimento da capacidade empreendedora”, como estratégia de desenvolvimento de longo prazo, objetivando o crescimento com geração de trabalho, emprego e renda, ambientalmente sustentável e redutor das desigualdades sociais.

Necessário ressaltar que o Estatuto das Licitações e Contratos, como bem registra Adilson Abreu Dallari,

---

<sup>84</sup> Para o autor (JUSTEN FILHO, 2012), apenas na situação prevista no inciso XIII do artigo 24 da Lei nº 8.666/93, que trata sobre a contratação direta de instituição destinada à recuperação social do preso, poderia se falar em ‘função social da contratação administrativa’, em face do princípio da solidariedade social.

<sup>85</sup> Idem, ibidem., p 80.

Em complementação, informa o autor que “a contratação administrativa é utilizada para incentivar o desenvolvimento econômico e social, eliminar desigualdades individuais e coletivas e promover a realização de fins constitucionalmente protegidos” (*O Estatuto da Microempresa e as Licitações Públicas*, 2. ed., São Paulo: Dialética, 2007, p. 28).

<sup>86</sup> “Aplicação do tratamento simplificado, diferenciado e favorecido nas aquisições públicas em favor dos pequenos negócios para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, de acordo com o previsto na Constituição Federal, na Lei Complementar 123/2006, 8.666/1993, 10.520/2002 e outras legislações correlatas no âmbito de cada ente da federação.” (Termo de Referência de Compras Governamentais, *Sebrae*, Brasília/DF, 2012. Disponível em: <<http://sebrae.com.br>>. Acesso em: jun. 2013).

Embora ainda cumpra uma função extremamente importante, dado que delinea o modelo básico de cada uma das principais modalidades de licitação, detalhando seu procedimento, deve, agora, conviver com a legislação superveniente sobre a matéria, que ou criou novas espécies de licitação, ou adaptou modalidades existentes a novas espécies de contratos, ou, ainda, alterou diretamente seu texto<sup>87</sup>.

Portanto, a Administração Pública não pode ver a Lei nº 8.666/93 como a única fonte legal a estabelecer as normas gerais de licitações e contratos administrativos.

Floriano de Azevedo Marques Neto, ao efetuar um balanço dos últimos anos de regulação, chama a atenção para a transformação no papel do contrato administrativo, o qual deixa de ser mecanismo apenas para o exercício das atividades-meio do Estado, passando a ser instrumento para a consecução de suas atividades-fim<sup>88</sup>.

Daniel Ferreira, inobstante trate do tema da promoção do desenvolvimento nacional sustentável, ao discorrer sobre o ‘novo’ papel da Licitação, aponta que “talvez o grande alarde acerca da potencial ‘função social’ da licitação tenha se originado na Lei complementar nº 123/2006”<sup>89</sup>, já que fora notoriamente responsável “por despertar a melhor doutrina para a reflexão acerca da necessidade-possibilidade de a licitação (e a contratação) se prestarem a cumprir uma finalidade extraordinária”<sup>90</sup> que efetivamente alterou a natureza jurídica da Licitação.

Raciocínio análogo é apresentado por André Rosilho, ao afirmar que:

No ano de 2006 deu-se curiosa guinada no curso das reformas jurídicas sobre licitações no Brasil. Os mecanismos de contratações públicas pela primeira vez passaram a ser utilizados para fins outros que não exclusivamente o de satisfazer as necessidades, mediatas ou imediatas, da Administração, seja por meio de compras, da realização de obras, da prestação de serviços ou de alienações, instituindo *preferências/privilégios legais*.<sup>91</sup>

<sup>87</sup> DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos jurídicos da licitação*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 6-7.

<sup>88</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Interesses públicos e privados na atividade estatal de regulação. In: MARRARA, Thiago (Org.). *Princípios de direito administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 432.

<sup>89</sup> FERREIRA, Daniel. *A licitação pública no Brasil e sua finalidade legal: a promoção do desenvolvimento nacional sustentável*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 68.

<sup>90</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>91</sup> ROSILHO, André. *Licitação no Brasil*. São Paulo: Editora Malheiros, 2013. p. 180.

Ora, atende plenamente a ideia de supremacia do interesse público<sup>92</sup> a transformação do instituto da licitação em uma das atividades estatais mais relevantes, haja vista a possibilidade real de transformação econômica e social de um país.

Merece destaque a construção teórica realizada por Marcos Juruena Villela Souto, denominada de ‘função regulatória da licitação’. A licitação passa a ser utilizada para ampliar a competição, fundamentando-se na necessidade de entrada de novos participantes no mercado, para que no futuro o ente federativo não fique à mercê de um grupo econômico específico<sup>93</sup>.

No mesmo sentido, aduz Luciano Ferraz que é “possível pensar também em regulação por intermédio de medidas administrativas, todas as vezes que a satisfação do interesse público por meio da licitação (e do contrato) estiver em jogo”.<sup>94</sup>

Diante disso, parece possível o cotejo de outras formas de se buscar a vantagem nas licitações. Dito de outro modo: seria juridicamente possível incluir, como um dos objetivos dos procedimentos licitatórios, o fomento de valores e metas desejadas de maneira explícita na Constituição.

Porém, a inclusão do ‘vetor-fomento’<sup>95</sup> na licitação não pode servir de justificativa para se rechaçar regras existentes, devendo ser adotados limites para as modificações pretendidas, sob pena de se desnaturar a própria essência da licitação, que deve servir como baliza orientadora das contratações feitas pela Administração Pública.

---

<sup>92</sup> Não obstante os diversos posicionamentos acerca da noção de interesse público, optamos por aquele trazido pelo Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello, pelo qual “o interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto de interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem” (*Curso de direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 62).

<sup>93</sup> SOUTO, Marcos Juruena Villela Souto. *Direito administrativo contratual*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 173.

<sup>94</sup> FERRAZ, Luciano. Função regulatória da licitação. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico – REDAE*. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 19, ago/out. 2009. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-19-AGOSTO-LUCIANO-FERRAZ.pdf>. Acesso em: mai. 2013.

<sup>95</sup> “A atividade administrativa de fomento pode se definida como a ação da Administração com vista a proteger ou promover as atividades, estabelecimentos ou riquezas dos particulares que satisfaçam necessidades públicas ou consideradas de utilidade coletiva sem o uso da coação e sem a prestação de serviços públicos” (ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. *Terceiro setor*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 19).

Para tanto, deve a proporcionalidade ser utilizada como baliza neste processo<sup>96</sup>. Neste caso, servirá ela para indicar qual seria o grau ótimo da busca de fins constitucionalmente desejados<sup>97</sup>.

Assim, inobstante seja possível se falar atualmente em função social da licitação, importante definir o que efetivamente causou esta mudança de regime jurídico, já que a Lei nº 8.666/1993 previa algumas preferências em favor da natureza da pessoa e do tipo de bem, como se observa pelo disposto nos incisos dos arts. 17 e 21.

---

<sup>96</sup> Flávio Amaral Garcia alerta para a necessidade de ponderação dos princípios da proporcionalidade, da eficiência e da isonomia, no momento da utilização da licitação como função regulatória. Em especial sobre o princípio da proporcionalidade, aponta que “é preciso verificar se, em determinadas situações, a licitação, ou mesmo o poder de compra estatal, é o meio mais adequado para atingir aquela finalidade. E, ainda, na outra vertente da proporcionalidade, se não existira um meio menos oneroso para o atendimento daquela determinada finalidade pública” (GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e contratos administrativos: casos e polêmicos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 109-111).

<sup>97</sup> ARAÚJO, idem, ibidem, p. 279.

### 3 MICRO E PEQUENAS EMPRESAS<sup>98</sup> E OS PRIVILÉGIOS NA LICITAÇÃO

#### 3.1 Conceito

Até a edição da Lei complementar nº 123/2006, os entes públicos, em sua maioria, não se preocupavam em identificar o porte da empresa contratada para a venda de bens e materiais ou prestação de serviços.

Todavia, com o advento desta Lei foi preciso que os governos se movimentassem no sentido de identificar o porte da empresa fornecedora, para definir se ela possui ou não o direito ao tratamento diferenciado e favorecido nos certames licitatórios.

Ou seja, em primeiro lugar, é importante tratar da definição de microempresa e empresa de pequeno porte para identificarmos quais são os beneficiários da norma.

A definição de microempresa e empresa de pequeno porte foi estabelecida pela Lei Geral, em seu art. 3º, I e II, que classifica as empresas conforme o limite de receita bruta auferida em cada ano-calendário.

---

<sup>98</sup> Atualmente, a denominação utilizada para se referir às micro e pequenas empresas é “pequenos negócios”. Estessão definidos por critérios variados ao redor do mundo. Para o Sebrae, eles podem ser divididos em quatro segmentos por faixa de faturamento, com exceção do pequeno produtor rural. Tal segmentação segue os critérios da Lei Complementar nº 123/2006, também chamada de Lei Geral das Micro e Pequenas Empresas. Resumidamente, os pequenos negócios são divididos da seguinte maneira: (i) Microempreendedor Individual - Faturamento até R\$ 60 mil; (ii) Microempresa - Faturamento até R\$ 360 mil; (iii) Empresa de Pequeno Porte - Faturamento entre R\$ 360 mil e R\$ 3,6 milhões; e (iv) Pequeno Produtor Rural - Propriedade com até 4 módulos fiscais ou faturamento de até R\$ 3,6 milhões (Quem são os pequenos negócios, *Sebrae*, Brasília/DF. Disponível em: <http://sebrae.com.br>. Acesso em: jun. 2013).

Considera-se microempresa e empresa de pequeno porte a sociedade empresária, a sociedade simples e o empresário que se refere o art. 966 do Código Civil, devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que no caso das microempresas, o empresário, a pessoa jurídica, ou a ela equiparada, venha a auferir, em cada ano-calendário<sup>99</sup>, receita bruta igual ou inferior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais); e no caso das empresas de pequeno porte, o empresário, a pessoa jurídicas, ou a ela equiparada, que auferir, 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) (art. 3º, incisos I e II da LC nº 123/2006)<sup>100</sup>

<sup>101</sup>

A conceituação foi instituída de acordo com um enquadramento que segue a regra da receita bruta auferida pela empresa. Aliás, de conformidade com o disposto no art. 3º, §1º da LC nº 123/2006, receita bruta é o produto da venda de bens e serviços nas operações de conta própria, o preço dos serviços prestados e o resultado nas operações e conta alheia, não incluídas as vendas canceladas e os descontos incondicionais concedidos.

Alerta Ana Paula Rocha do Bomfim, que referido “enquadramento se encontra dotado de um caráter dinâmico, uma vez que, de acordo com o texto legal, entende-se que compete ao Conselho Gestor a avaliação da necessidade de revisão dos valores de enquadramento, nos termos do art. 1º, §1º.”<sup>102</sup>

Por outro lado,

---

<sup>99</sup> Ano-calendário significa o ano anterior ao exercício atual, ou seja, se estamos no exercício de 2007, o ano-calendário será o de 2006. Nos termos do artigo 34 da Lei nº 4.320/1967 inicia-se em 1º de janeiro e termina em 31 de dezembro. Disponível em: <<http://www.fecomercio-rj.org.br/publique/media/4.pdf>>. Acesso em: dez. 2012.

<sup>100</sup> Os valores foram alterados pela Lei complementar nº 139, de 10 de novembro de 2011.

<sup>101</sup> Aliás, de conformidade com o artigo 72 da LC nº 123/2006, a condição de microempresa e de empresa de pequeno porte deve obrigatoriamente estar inserida na redação do nome empresarial. Logo, uma simples verificação do agente público poderia suprir a dúvida quanto à natureza jurídica da empresa participante do certame.

<sup>102</sup> BONFIM, Ana Paula Rocha do. *Comentários ao estatuto nacional das microempresas e empresas de pequeno porte – LC 123/2006*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 18.

Para fins de obtenção dos benefícios, o simples enquadramento nos limites de receita bruta anual fixados pela LC nº 123/2006 não é suficiente. O §4º do mesmo art. 3º relaciona os casos em que não se aplicará o regime de favorecimento para nenhum efeito legal, de sorte que caberá à Administração Pública exercer o devido controle, a fim de precaver-se contra eventuais simulações que visem à qualificação indevida de certa pessoa como beneficiária das vantagens outorgadas às ME e EPP.<sup>103</sup>

Para as empresas que iniciaram suas atividades no próprio ano-calendário, o limite previsto será proporcional ao número de meses em que a ME ou a EPP houver exercido atividade.

Deve-se atentar para as situações impeditivas elencadas no §4º do art.3º, que excluem as empresas do tratamento diferenciado e favorecido determinado pela LC nº 123/2006.

As faixas de receita bruta podem variar nos estados que adotam sublimites, por contribuírem com menos de 5% do PIB (conforme autorização dos arts. 19 e 20).

Além disso, os demais parágrafos também elencam situações para a mudança do porte da empresa.

Aliás, de conformidade com o art. 72 da LC nº 123/2006, a condição de microempresa e de empresa de pequeno porte deve obrigatoriamente estar inserida na redação do nome empresarial. Logo, uma simples verificação do agente público poderia suprir a dúvida quanto à natureza jurídica da empresa participante do certame.

Entretanto, em face das inúmeras situações concretas que poderiam surgir, quando da efetiva aplicação desta lei – haja vista a exceção contida no §4º, do art. 3º da LC nº 123/2006 –, seria importante que a Administração dispusesse de outros mecanismos para verificar tal condição de micro e pequena empresa.

Um deles seria, como proposto por Marçal Justen Filho, a promoção de uma qualificação prévia, que poderá ocorrer quando do cadastramento ou em cada licitação específica<sup>104</sup>.

---

<sup>103</sup> SANTANA, Jair Eduardo; GUIMARÃES, Edgar. *Licitações e o novo estatuto da pequena e microempresa: reflexos práticos da LC nº 123/06*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, 28-29.

<sup>104</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *O estatuto da microempresa e as licitações públicas*, 1. ed. São Paulo: Dialética, 2007, p. 27.

Outra sugestão seria pedir que as micro e pequenas empresas simplesmente declarassem não se enquadrar nos impedimentos contidos no antedito art. 3º da LC nº 123/2006.

Desta forma, devido à existência de todas essas regras para que microempresa e empresa de pequeno porte façam jus à concessão do tratamento diferenciado e favorecido da Lei Geral, bem como devido à dificuldade de verificação de seu cumprimento, alguns entes públicos têm exigido uma declaração da empresa para a participação em licitações, de que ela cumpre os requisitos legais para fazer jus a esse tratamento, e de que não possui nenhuma das situações impeditivas à sua aplicação.

O Decreto Federal nº 6.204, de 5 de setembro de 2007, regulamentou 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. Determinando em seu art. 11:

**Art.11. Para fins do disposto neste Decreto, o enquadramento como microempresa ou empresa de pequeno porte dar-se-á nas condições do Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte, instituído pela Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, em especial quanto ao seu art. 3º, devendo ser exigido dessas empresas a declaração, sob as penas da lei, de que cumprem os requisitos legais para a qualificação como microempresa ou empresa de pequeno porte, estando aptas a usufruir do tratamento favorecido estabelecido nos arts. 42 a 49 daquela Lei Complementar.(g.n.)**

A identificação das empresas nos procedimentos licitatórios, para verificar se elas possuem direito ao tratamento diferenciado e favorecido dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte, pode se dar de diversas maneiras:

- a) Declaração de porte pelo representante da empresa

Nos casos de licitações presenciais, o edital pode permitir que o representante da empresa declare o seu porte para que ela possa usufruir dos benefícios previstos na Lei complementar nº 123/06. Nesse caso, o próprio edital deve trazer um modelo de declaração.

Nas licitações realizadas eletronicamente há a necessidade de credenciamento prévio dos participantes, para que eles tenham acesso ao sistema. Assim, no próprio credenciamento pode ser realizada a identificação da microempresa ou empresa de pequeno porte, por meio da apresentação de um dos documentos elencados nesse tópico.

b) Documentos emitidos pelas Juntas Comerciais e pelos Cartórios de Registro Civil de Pessoa Jurídica

Os fornecedores podem apresentar aos órgãos públicos documentos solicitados junto à Junta Comercial ou ao Cartório, dependendo do local onde arquivaram seus atos constitutivos:

(i) Junta Comercial: declaração de Enquadramento arquivada ou Certidão Simplificada, ou equivalente, nos moldes do disposto na Instrução Normativa DNRC nº 103/07;

(ii) Cartório de Registro Civil de Pessoas Jurídicas: declaração de Enquadramento arquivada ou Certidão de Breve Relato, ou equivalente.

Esses são documentos hábeis à comprovação da sua condição de microempresa ou empresa de pequeno porte.

No caso do cartório não emitir a declaração ou certidão, a empresa poderá realizar uma declaração, nos moldes apresentados no item “a”.

c) Certificado da condição de empresa Optante pelo Simples Nacional

A microempresa ou empresa de pequeno porte pode optar pelo regime tributário do Simples Nacional. Caso a empresa seja optante pelo regime, essa condição é comprovada por meio de emissão de certificado.

Esse certificado é obtido eletronicamente, por meio de consulta pública à página do Simples Nacional no site da Receita Federal: <<http://www.receita.fazenda.gov.br/SimplesNacional/>>.

Importante notar que toda empresa optante do Simples Nacional se enquadra no tratamento diferenciado instituído pela Lei complementar nº 123/2006, em especial em seus arts. 42 a 49, destarte, há empresas que também serão beneficiárias de tal tratamento sem serem enquadradas no Simples Nacional<sup>105</sup>.

d) Obtenção dos dados do porte da empresa junto à Receita Federal do Brasil

A Receita Federal do Brasil possui a informação do porte das pessoas jurídicas em sua base de dados, definido conforme requisitos do art. 3º da Lei complementar Federal nº 123/2006, e suas alterações.

Essa informação também pode ser utilizada, por meio de integrações entre sistemas de informação, para a comprovação da condição de microempresa e empresa de pequeno porte.

A título de exemplificação, o Governo Federal e Governo do Estado de Minas Gerais realizaram integração entre os seus sistemas eletrônicos utilizados para o processamento das compras e a base de dados da Receita Federal do Brasil, para a obtenção e uso dessa informação.

### **3.2 Experiência internacional no tratamento às micro e pequenas empresas**

Enquanto o Brasil está apenas começando a despertar para os potenciais benefícios do uso de poder de compra como estratégia no desenvolvimento das microempresas e empresas de pequeno porte local, a implementação de uma política de desenvolvimento das MPE não é novidade nas administrações de outros países.

Os Estados Unidos foi o primeiro país a criar regras de licitações voltadas especificamente às pequenas empresas.

---

<sup>105</sup> SANTANA, Jair Eduardo; GUIMARÃES, Edgar. Visão geral do estatuto das microempresas e seu impacto nas licitações. *Biblioteca Digital Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*. Belo Horizonte, ano 8, n. 94, out. 2009, p. 3.

Durante a Segunda Guerra Mundial (1939-1945), as pequenas empresas dos Estados Unidos ficaram sem chances de competir com as grandes indústrias, que se voltavam para a guerra.

Para resolver a situação e inserir as pequenas no mercado de guerra, foi criada em 1942 a “Corporação de Pequenas Fábricas de Material Bélico” (*Smaller War Plants Corporation – SWPC*), que já tratava da obtenção de contratos governamentais pelas pequenas empresas.

Com o fim da guerra, foi extinta a *SWPC*, sendo criado o “Escritório da Pequena Empresa” (*Office of Small Business – OSB*), do Departamento de Comércio.

Logo em seguida, diante da Guerra da Coreia (1950-1953), foi criada a “Administração de Pequenas Fábricas Ligadas à Defesa” (*Small Defense Plants Administration – SDPA*), que também incluía atividades relacionadas a contratos governamentais com as pequenas empresas.

Enfim, eis que o Presidente Eisenhower decide propor a criação de uma agência independente para as pequenas empresas, como uma nova instituição, o que foi aprovado pelo Congresso em 30 de julho de 1953, com a “Lei de Apoio às Pequenas Empresas” (*Small Business Act – Public Law 83-163, 67 Stat. 232*), nascendo assim a “Administração de Pequenas Empresas dos Estados Unidos” (*The U.S. Small Business Administration – SBA*)<sup>106</sup>.

Atualmente, os incentivos atribuídos às pequenas empresas abrangem várias ações, das quais se destacam as seguintes<sup>107</sup>:

- o planejamento das compras, divisão das grandes contratações em pequenos lotes, programação das entregas para comportar a capacidade logística das MPE, etc.
- a concessão de uma preferência no preço (6% nas obras federais);

---

<sup>106</sup> LIMA, Jonas Sidnei Santiago de Medeiros. *Licitações à luz do novo estatuto da microempresa*. Campinas, SP: Servanda Editora, 2008, p. 15-16.

<sup>107</sup> FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes. SEBRAE, Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas. *Como compras da micro e pequena empresa o novo papel do comprador: preferência às micro e pequenas empresas: comentários às modalidades de licitação, inclusive o pregão: procedimentos exigidos para a efetivação do tratamento diferenciado às MPE*. Brasília, 2008.

- a reserva das contratações até US\$ 100 mil (*small business set aside*), podendo-se, ainda, reservar contratações de maior valor, desde que haja expectativa razoável de que duas ou mais MPE ofereçam preços justos;
- a possibilidade de reserva de parcela das contratações de maior vulto;
- a exigência de que as agências compradoras possuam um setor específico de apoio a essa categoria de empresas nas licitações;
- a previsão de reserva de parcela das grandes contratações para as MPE classificadas como HUBZone *Small Business* (localizadas em áreas de menor desenvolvimento dos Estados Unidos);
- a participação nos contratos das empresas vencedoras (subcontratações, parcerias, *joint venture*) de valor superior a US\$ 500 mil, por meio de plano de subcontratação; e
- a definição de metas de participação nas contratações públicas, com a possibilidade de destinação de subsídios para o fornecedor principal de até 10% (dez por cento) do valor que superar a meta de subcontratação.

O Japão criou a “Agência da Pequena e Média Empresa” (*Small and Medium Enterprise Agency – SME*), precisamente na reconstrução do país (1954-1954), após a Segunda Guerra Mundial, objetivando desenvolver a “economia nacional, a redução da concentração do poder econômico e oportunidades justas e iguais para as pessoas se engajarem em um negócio. Posteriormente, passou a tratar de desenvolvimento regional e inclusão das pequenas empresas nas compras governamentais”.<sup>108</sup>

A partir de 1995, o Canadá começou a implementar sua política de compras governamentais para as pequenas empresas.

O *Livro verde das compras públicas na União Europeia*, publicado em 1996 pela Comissão Europeia, já trazia um capítulo dedicado às MPE<sup>109</sup>, descrevendo as dificuldades dessas empresas em participar nas licitações públicas e sugerindo ações a serem desenvolvidas para o incentivo à participação das MPE nas compras públicas.

Em 2004, foi aprovado um novo pacote de diretrizes comunitárias com previsão

---

<sup>108</sup> LIMA, 2008, p. 16.

específica que impunha aos estados–membros a adoção de disposições nas compras públicas para aumentar a participação das MPE.

Diversos países pertencentes à União Europeia já praticavam alguma forma de incentivo à participação das MPE nas compras públicas<sup>110</sup>. A França<sup>111</sup>, por exemplo, possui legislação sobre o fracionamento das grandes compras, a assessoria técnica na elaboração das propostas, planejamento das compras públicas, financiamento bancário no caso de atraso nos pagamentos das contratações públicas.

A Dinamarca providenciou um “guia” durante todo o processo licitatório para orientar as micro e pequenas empresas. Luxemburgo desenvolveu uma série de procedimentos padronizados e simplificados para essas empresas. A Grécia disponibiliza, on line, um banco de negócios para a subcontratação de MPE, etc.

No que diz respeito às políticas para MPE na América Latina, quase todos os países possuem iniciativas, destacando-se a Argentina, que exige que 10% das compras públicas sejam exclusivas para essas empresas, a divisão das quantidades em itens para ampliar a participação das MPE, e prevê o mecanismo do empate ficto, aliás, também usado no Peru. O México, por exemplo, tem uma política para desenvolver uma estrutura que obrigará o poder público a adquirir até 35% de bens e serviços somente das MPE<sup>112</sup>.

Assim, o uso do poder de compra para fortalecer as microempresas e empresas de pequeno porte não é novidade. Ao contrário, trata-se de prática há muito tempo empregada para fortalecer a economia local e, por consequência, a economia nacional.

---

<sup>109</sup> Micro e pequenas empresas.

<sup>110</sup> “A Alemanha e a Itália também seguiram os exemplos e instituíram políticas de inserção das pequenas empresas nas contratações governamentais.” (...) “Já, a Inglaterra estabeleceu um plano específico e detalhado de inclusão das pequenas empresas nas contratações públicas em 2003, época em que a União Europeia realizava pesquisas e iniciativas para que outros países do bloco adotassem regras semelhantes. No contexto geral, determinados países do ‘Grupo dos Oito’ (G8) foram os pioneiros, apesar de existirem experiências bem sucedidas em outros países como o Peru e África do Sul” (LIMA, 2008, p. 16-17).

<sup>111</sup> Jonas Lima destaca que o Canadá começou a implementar políticas de compras governamentais para as pequenas empresas a partir de 1995 (Ibidem, p. 17).

<sup>112</sup> Ley Para El Desarrollo De La Competitividad De La Micro, Pequeña Y Mediana Empresa: “Art.10 (...) Inciso IX. Promover que as dependências e entidades da Administração Pública Federal e suas delegações nas Entidades Federativas e Distrito Federal realizem o planejamento de suas aquisições de bens e contratação de serviços para destiná-las às MPE de maneira gradual, até alcançar um mínimo de 35%”. (Disponível em: <<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/247.pdf>>. Acesso em: dez. 2012).

### 3.3 O desenvolvimento de um Estado e as micro e pequenas empresas

Não há uma classificação comum acerca do desenvolvimento dos Países.

Algumas organizações internacionais, como o Banco Mundial, usam classificações estritamente numéricas, considerando todos os países com renda baixa e média como "*em desenvolvimento*".

Na classificação mais recente, as economias foram divididas usando o produto nacional bruto *per capita* de 2008. Em 2008, os países com PIB *per capita* abaixo de US\$ 11,905 e acima de US\$ 900 foram classificados como *em desenvolvimento*.

Kofi Annan, antigo Secretário-Geral das Nações Unidas, definiu um país desenvolvido como segue: "Um país desenvolvido é aquele que permite que todos os cidadãos desfrutem de uma vida livre e saudável em um ambiente seguro".<sup>113</sup>

Segundo a Organização das Nações Unidas:

Na prática comum, Japão na Ásia, Canadá e Estados Unidos na América do Norte, Austrália e Nova Zelândia na Oceania e a maioria dos países europeus são considerados áreas 'desenvolvidas'. Nas estatísticas do comércio internacional, o União Aduaneira da África Austral também é tratada como uma região desenvolvida e Israel como um país desenvolvido, os países emergentes da antiga Iugoslávia são tratados como países em desenvolvimento e os países da Europa Oriental e da Comunidade de Estados Independentes (código 172) na Europa não estão incluídos nem no grupo das regiões desenvolvidas e nem das em desenvolvimento<sup>114</sup>.

Não obstante a classificação adotada, para indicar estar o país desenvolvido ou em desenvolvimento (emergente), cediço que os países desenvolvidos adotam, como política de desenvolvimento, reservas de mercados às micro e pequenas empresas.

<sup>113</sup> Disponível em: <[http://www.unescap.org/unis/press/G\\_05\\_00.htm](http://www.unescap.org/unis/press/G_05_00.htm)>. Acesso em: mai. 2013.

<sup>114</sup> *Composition of macro geographical (continental) regions, geographical sub-regions, and selected economic and other groupings (footnote C)*. Divisão Estatística das Nações Unidas (revisado em 17 de outubro de 2008). Disponível em: <<http://unstats.un.org/unsd/methods/m49/m49regin.htm#ftnc>>. Acesso em: mai. 2013.

Nos países ditos em desenvolvimento, uma forma muito comum de emprego é o micro empreendedorismo, entretanto, mesmo gerando emprego e renda, a maioria trabalha fora do sistema legal, contribuindo para difundir a informalidade.

Pequenas e médias empresas poderiam competir efetivamente em nichos de mercados, mas as vantagens desfrutadas pelos grandes atores estabelecidos impedem a competição advinda do setor das pequenas e médias empresas. Sem os custos razoáveis derivados de sistemas competitivos justos, pequenas e médias empresas não podem crescer e se tornar mais produtivas.

(...)

As grandes empresas formam o nóculo central das redes e dos arranjos produtivos locais e, em razão de seu tamanho e da amplitude de atividades empresariais em que se envolvem, fornecem a centelha que energiza o ambiente competitivo. Mas em muitos países em desenvolvimento, as grandes empresas podem também sufocar os esforços e a iniciativa empreendedora.

Muitas vezes, elas se aproveitam de ambientes institucionais fracos para levantar barreiras anticompetitivas e assim proteger sua posição de vantagem. Enquanto mercados informais locais podem funcionar normalmente sem muita regulamentação, mercados mais maduros e complexos precisam de regras apropriadas para um funcionamento eficaz.

(...)

Um setor financeiro dinâmico, no qual as novas empresas podem obter financiamento em termos competitivos, é também importante para criar pressão competitiva no mercado. Entretanto, empresas com posição protegida nesses mercados normalmente têm fortes incentivos para usar seus instrumentos de pressão e atrasar o progresso das iniciativas de governo destinadas a melhorar a infraestrutura institucional dos mercados.

(...)

Os elementos centrais de um macroambiente doméstico sólido, do ponto de vista das empresas, incluem paz e estabilidade política, boa governança com previsibilidade das políticas públicas, transparência e responsabilização, e políticas macroeconômicas relevantes. Para as empresas, conflitos internos ou externos aumentam os custos e a incerteza, desencorajando os investimentos domésticos e estrangeiros. Mais grave ainda, os conflitos impedem o desenvolvimento do setor privado, pois eles geralmente levam à trágica destruição do capital humano, à má alocação dos escassos recursos públicos, à devastação das terras, ao ataque aos recursos naturais e à eliminação do acesso a mercados.

(...)

A má legislação apoia empresas oligárquicas e corruptas ante as forças competitivas, normalmente em prejuízo das pequenas e médias empresas. Relações promíscuas entre empresas e reguladores impedem o desenvolvimento da competição do mercado aberto e livre. Os pobres são as primeiras vítimas das falhas legais.

Embora possa existir um conjunto de leis estabelecidas, o sistema legal, em muitos países em desenvolvimento, funciona de maneira informal. Na mudança do sistema informal para o formal, muitos países possuem sistemas novos e antigos coexistindo, e que muitas vezes estão em conflito. O perdedor é, normalmente o novo sistema mais formal, que acaba por ser implementado de forma superficial e ineficiente.<sup>115</sup>

### **3.4 O tratamento legislativo das micro e pequenas empresas no Brasil**

A Constituição Federal, em seu artigo 146, inciso III, alínea 'd', artigo 170, inciso IX e artigo 179, estabelece:

---

<sup>115</sup> Restrições ao setor privado nos países em desenvolvimento. cap. 2. P. 11-20. (Disponível em: < [http://web.undp.org/cpsd/documents/report/portuguese/chapter2\\_p.pdf](http://web.undp.org/cpsd/documents/report/portuguese/chapter2_p.pdf)>. Acesso em: mai. 2013.

“Art. 146 – Cabe à lei complementar:

.....

III – Estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

.....

d) definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte;(...)”

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

.....

IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País<sup>116</sup>.”

“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.”

Nota Eros Roberto Grau<sup>117</sup>, se tratar, formalmente, de princípio constitucional impositivo, já que tomado como princípio pela Constituição, daí seu caráter constitucional conformador, justificando que tais empresas reivindiquem a realização de políticas públicas para garantir a efetividade do tratamento.

---

<sup>116</sup> “Contribuição social patronal. Isenção concedida às microempresas e empresas de pequeno porte. Simples Nacional (‘Supersimples’). LC 123/2006, art. 13, § 3º. (...) O fomento da micro e da pequena empresa foi elevado à condição de princípio constitucional, de modo a orientar todos os entes federados a conferir tratamento favorecido aos empreendedores que contam com menos recursos para fazer frente à concorrência. Por tal motivo, a literalidade da complexa legislação tributária deve ceder à interpretação mais adequada e harmônica com a finalidade de assegurar equivalência de condições para as empresas de menor porte. Risco à autonomia sindical afastado, na medida em que o benefício em exame poderá tanto elevar o número de empresas a patamar superior ao da faixa de isenção quanto fomentar a atividade econômica e o consumo para as empresas de médio ou de grande porte, ao incentivar a regularização de empreendimentos.” (ADI 4.033, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 15-9-2010, Plenário, DJE de 7-2-2011.)

<sup>117</sup> GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 5. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 268.

Desde 5 de outubro de 1988, data da promulgação da Constituição, poucos foram os esforços no sentido de ampliar a participação das MPE's nas licitações e contratos realizados pela Administração Pública<sup>118</sup>.

Na tentativa de promover a inclusão deste segmento, a Lei nº 8.666/93 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos) foi alterada pela Lei nº 9.648, de 27 de maio de 1998, tendo sido acrescido o §7º, ao art. 23, com o seguinte teor:

“Art. 23 - .....

.....

§7º - Na compra de bens de natureza divisível e desde que não haja prejuízo para conjunto ou complexo, é permitida a cotação de quantidade inferior à demandada na licitação, com vistas à ampliação da competitividade, podendo o edital fixar quantitativo mínimo para preservar a economia de escala.”

Como um dos impedimentos destacados pelas MPE's refere-se ao quantitativo de objetos contratados, tentou o legislador instituir uma espécie de *fracionamento interno à própria licitação*, ou seja, possibilidade de divisão do objeto em diversos lotes dentro de um único procedimento licitatório.

Entretanto, em decorrência da complexidade dos certames realizados com esse critério, uma vez que cada fornecedor poderia escolher os quantitativos que a ele interessavam e apresentar ofertas parciais, o que poderia acarretar diversas contratações para um mesmo objeto, a Administração Pública optou pela sua não utilização.

Ato contínuo, todos os esforços foram no sentido de conceder às micro e pequenas empresas isenções tributárias, bem como estabelecer suas áreas de atuação.

Com o fito de elucidar referida afirmação, pertinente a verificação da evolução das normas atinentes às micro e pequenas empresas.

---

<sup>118</sup> Rubens Requião afirma que “a microempresa, minúsculo organismo empresarial, já haviam sido objeto de leis comerciais e fiscais esparsas, mas sem sistematização, uma vez que se dirigia a atender as estritas circunstâncias de cada caso” (REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. v. 01. São Paulo: Saraiva, 2003. p.62.

O governo brasileiro em 1979 teria instituído uma política de desburocratização em todos os setores da economia pública e privada sob o comando do então ministro Hélio Beltrão, cujo ponto alto foi sua ação com o intuito de livrar as empresas comerciais, industriais e civis de regulamentos e portarias que em nada impediam as fraudes, dando liberdade para o debate público para projeto de lei do Estatuto das Microempresas<sup>119</sup>.

O início da década de 80 foi caracterizado pela concretização de um tratamento jurídico diferenciado aos pequenos negócios. Aliás, é o que ocorreu com a expedição do Decreto federal nº 90.144, de 7 de novembro de 1984, que dispôs sobre a criação e funcionamento do Conselho de Desenvolvimento das micro, pequenas e médias empresas.

Em 27 de novembro de 1984, foi promulgada a Lei nº 7.256, estabelecendo normas integrantes do Estatuto da Microempresa, relativas ao tratamento diferenciado, simplificado e favorecido, nos campos administrativo, tributário, previdenciário, trabalhista, creditício e de desenvolvimento empresarial.

Inobstante a referência expressa ao ‘campo administrativo’, é fato que não se tratava de participação em certames licitatórios. Destarte, sua importância se caracteriza pela inserção da “microempresa na realidade jurídico-brasileira, de sorte que, com o advento desta norma jurídica, iniciou-se um processo de discussão acerca da necessidade de se proporcionar um tratamento jurídico diferenciado e mais benéfico às microempresas no Brasil, ocasião na qual surge a nomenclatura ‘empresa de pequeno porte’<sup>120</sup>.

Em 1991, o Senado Federal, ao apresentar um substitutivo ao Projeto de Lei nº 1.491, nele inseriu como critério de desempate entre as propostas a *preferência às microempresas e às empresas de pequeno porte*, assim definidas em lei. Seguiram-se inúmeras manifestações e reações favoráveis e contrárias à proposta. Prevaleceu o posicionamento sintetizado na fala do Deputado federal Walter Nory (PMDB/SP):

---

<sup>119</sup> BOMFIM, Ana Paula Rocha do. *Comentários ao estatuto nacional das microempresas e empresas de pequeno porte – LC 123/2006*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. p. 3.

<sup>120</sup> BOMFIM, 2007, p. 3.

O substitutivo do Senado estabelece preferência para as microempresas nas licitações. O art. 179 da CF já estabelece um tratamento beneficiado para as microempresas e empresas de pequeno porte ao recomendar a ‘simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias’. Estes incentivos devem ser objeto de lei específica. A lei para as licitações tem por objeto assegurar que a Administração Pública receba a proposta que lhe seja mais vantajosa. E cabe a ela, dentro deste contexto, alternar-se à preferência determinada pelo art. 171, §2º, da CF.<sup>121</sup>

O primeiro Estatuto da Microempresa foi disciplinado pela Lei nº 8.864, de 28 de março de 1994, que estabelecia normas para as microempresas (ME), e Empresas de Pequeno Porte (EPP), relativas ao tratamento diferenciado e simplificado, nos campos administrativo, fiscal, previdenciário, trabalhista, creditício e de desenvolvimento empresarial (art. 179 da Constituição Federal).

Também não se referia à participação em licitações.

Na sequência, expediu-se a Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, dispondo sobre o regime tributário das microempresas e das empresas de pequeno porte, instituía o Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES.

O tratamento dado pela referida legislação era exclusivamente tributário.

Sob outra ótica, entretanto, o SEBRAE – Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas já vinha plantando as sementes das ideias de proteção e benefícios das pequenas empresas nas licitações, podendo-se citar a sua sugestão, em maio de 1997, no III Foro Empresarial das Américas, realizado em Belo Horizonte, para tratar da ALCA – Área de Livre Comércio das Américas. Naquela oportunidade, a Entidade defendeu que fossem estabelecidas salvaguardas, no âmbito da ALCA, para que as micro e pequenas empresas não ficassem impossibilitadas de participar, de maneira significativa, das compras governamentais, além de se estudar formas de estabelecer uma destinação obrigatória de parcela do mercado governamental para as micro e pequenas empresas.<sup>122</sup>

---

<sup>121</sup> DCN-Seção I 25.3.1993, p. 5.914.

<sup>122</sup> LIMA, Jonas Sidnei Santiago de Medeiros. *Licitações à luz do novo estatuto da microempresa*. Campinas, SP: Servanda Editora, 2008, p. 22.

O novo Estatuto das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, disciplinado pela Lei nº 9.841, de 5 de outubro de 1999, dispunha sobre o tratamento jurídico diferenciado, simplificado e favorecido previsto nos arts. 170 e 179 da Constituição Federal<sup>123</sup>.

O art. 24 da Lei nº 9.841/1999, determinava que a política de compras governamentais daria prioridade à microempresa e à empresa de pequeno porte. Infelizmente, tal prerrogativa nunca foi efetivamente implementada: “Artigo 24 – A política de compras governamentais dará prioridade à microempresa e à empresa de pequeno porte, individualmente ou de forma associada, com processo especial e simplificado nos termos da regulamentação desta Lei.”

O Código Civil (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002) prevê, em dois momentos, tratamento diferenciado e favorecido ao “pequeno empresário”:

“Art. 970. A lei assegurará tratamento favorecido, diferenciado e simplificado ao empresário rural e ao pequeno empresário, quanto à inscrição e aos efeitos daí decorrentes.”

“Art. 1.179. O empresário e a sociedade empresária são obrigados a seguir um sistema de contabilidade, mecanizado ou não, com base na escrituração uniforme de seus livros, em correspondência com a documentação respectiva, e a levantar anualmente o balanço patrimonial e o de resultado econômico.

...

§2º É dispensado das exigências deste artigo o pequeno empresário a que se refere o art. 970.”

Em análise monográfica sobre as micro e pequenas empresas, Paulo Melchor, destaca que:

Ao que nos parece, o próprio Código Civil, ao prever a figura do “pequeno empresário”, insere os pequenos empreendimentos no contexto de *empresa*. É aqui que lançamos mão da interpretação gramatical, pois o adjetivo “pequeno” não modifica o significado do substantivo “empresário”. Logo, não se pode dizer que o “pequeno empresário” não seja “empresário”.

Entendemos ainda que, por ser o Código Civil uma lei geral aplicável a toda sociedade brasileira, não deixa de ter condão “popular”; da

<sup>123</sup> Muito embora tenha revogado as Leis nº 7.256/1994 e 8.864/1994, restou por implementar uma “convivência legal com o tratamento diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte em prol da simplificação das obrigações de natureza administrativa, tributária, previdenciária e creditícia” (BONFIM, *ibidem*, p. 4).

mesma forma que a microempresa e a empresa de pequeno porte é preferência nacional, pois representam 98% de todas as empresas brasileiras! Portanto, não seria razoável que tivéssemos um Código Civil que regulasse 2% da população de pessoas jurídicas e deixasse o restante com regras imprecisas sob enorme insegurança jurídica. Não obstante, lembramos que além do Código Civil prever tratamento mais brando para as sociedades do tipo “limitada” constituídas com dez ou menos sócios, e outro mais rígido às constituídas com mais de dez sócios, a Lei nº 6.404/76 regula as grandes empresas constituídas na forma de “sociedades anônimas.”<sup>124</sup>

Em trabalho de pesquisa, realizado pela Unidade de Políticas Públicas – UPP do Sebrae Nacional, foi constatado que, das cerca de 5 milhões de empresas existentes no Brasil<sup>125</sup>, somente metade está legalmente formalizada. Destas, 99,2% são MPE’s, as quais participam em menos de 18% do volume de compras governamentais, estimado em R\$ 260 bilhões de reais, gerando 53% dos empregos formais, já que responsáveis por 72% dos 2,5 milhões de vagas criadas no ano de 2012.

Deve-se atentar para o importante papel social cumprido pelas MPE’s, uma vez que empregam quase 60% dos trabalhadores que têm registro em carteira de trabalho.

Com efeito, a elevada quantidade desses estabelecimentos e, mesmo as características de sua linha de produção requerem, de modo geral, uma quantidade proporcionalmente maior se comparada com as grandes empresas. Vistas por esse lado, um maior acesso às compras governamentais pode resultar em eficiente modo de redução da taxa de desemprego que se coloca, no momento, em níveis perversos<sup>126</sup>.

Inobstante isso, as mesmas produzem somente 20% do Produto Interno Bruto do País, correspondendo a cerca de 26% da massa salarial brasileira. Ademais, informações das Juntas Comerciais mostram que 50% das MPE’s que começaram a funcionar em 2002 fecharam em 2004.

<sup>124</sup> MELCHOR, Paulo. Pequena empresa – um princípio da ordem econômica nacional como instrumento de justiça social e dignidade humana. *Dissertação*. Universidade Metropolitana de Santos. São Paulo, 2004.

<sup>125</sup> O número de empresas existentes no país cresceu 6,12% entre 2009 e 2010, período em que o Produto Interno Bruto (PIB) avançou 7,5%. Em 2010, havia 4,53 milhões de empresas no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica (CNPJ), do Ministério da Fazenda. Os dados constam do estudo Demografia das Empresas 2010, divulgado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

<sup>126</sup> MOURA, Carlos Eduardo de. Compras Governamentais das Microempresas. *Mercado – 359/122/ABR/2004*. Disponível em: <<http://www.zenite.com.br>>. Acesso em: dez. 2012.

Em outro trabalho realizado por esta UPP, em parceria com o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – MPOG, estima-se que há a possibilidade da geração de aproximadamente 790 mil empregos/ano, caso essa participação de 18% passe para 30%. O que certamente ocorreria se o tratamento diferenciado fosse efetivamente implementado, a significar uma atuação ativa de todos os entes federativos<sup>127</sup>.

Na tentativa de reverter a situação constatada pelo Sebrae, o Plano Plurianual para o período de 2004/2007 (Lei federal nº 10.933, de 11 de agosto de 2004), estabeleceu como estratégia de desenvolvimento de longo prazo, objetivando o crescimento com geração de trabalho, emprego e renda, ambientalmente sustentável e redutor das desigualdades sociais, o desafio de “incentivar e fortalecer as micro, pequenas e médias empresas com o desenvolvimento da capacidade empreendedora”.

Dentre as diretrizes fixadas, destacamos as diretamente relacionadas ao tema em comento:

- utilizar o poder de compra do governo no fortalecimento das micro, pequena e média empresas;
- promoção de associações de pequenas e médias empresas objetivando a produção e comercialização em escala;
- promoção de políticas de incentivo à criação de micro e pequena empresa com medidas que garantam sua formalização e sustentabilidade; e
- apoio fiscal, creditício e tecnológico às micro, pequenas e médias empresas.

Entende-se por poder de compra o “poder do consumidor, seja ele empresa privada, órgão público, cooperativa ou pessoa física, que ao adquirir bens e serviços define suas exigências e necessidades, tornando-se um indutor da qualidade, da produtividade, e de inovação tecnológica, gerando emprego, ocupação e renda e, contribuindo para a competitividade e desenvolvimento do país”.<sup>128</sup>

---

<sup>127</sup> Mercado Nacional superior e R\$ 350 bi / ano (base 2006). Ampliação potencial de participação no mercado de R\$350bi /ano. Geração de 800 mil empregos diretos e 1,6 milhão indiretos.

Analisando o tema, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes destaca que:

O pregoeiro e a Comissão de licitação têm ao seu alcance a possibilidade, ainda pouco explorada no Brasil, de utilizar o procedimento licitatório também como fonte geradora de emprego e renda para a sociedade.

Essa possibilidade é o que se chama tecnicamente de uso de poder das compras governamentais.

O poder de compra da entidade é uma ferramenta apta a:

- desenvolver políticas públicas voltadas para o desenvolvimento local;
- potencializar a economia da região, auxiliando-a a aumentar a competitividade industrial e tecnológica;
- estimular as empresas locais a melhorar a qualidade dos bens, serviços e obras; e
- incentivar a formação de parcerias e arranjos produtivos, com crescentes ganhos para a economia e o desenvolvimento locais.

Na verdade, além da sua função básica de suprir a administração pública com bens e serviços, o processo de contratação pelo poder público pode ser uma estratégia de políticas voltadas para o desenvolvimento econômico sustentável, para a geração de emprego e renda e para erradicação da pobreza e das desigualdades sociais<sup>128</sup>.

Em decorrência, no dia 06 de julho de 2006, o Governo Federal, através do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, formalizou Termo de Cooperação Técnica com o SEBRAE, objetivando a proposição de “ações efetivas e complementares ao programa do uso do poder de compra do Estado, visando ampliar a participação quantitativa e qualitativamente das Micro e Pequenas Empresas – MPE’s no fornecimento de bens e serviços ao poder público, especialmente os adquiridos nas modalidades de compras eletrônicas”.

---

<sup>128</sup> ARANTES, Rafael Setúbal. Comercialização no Mercado Interno e Compras Governamentais. In: CONFERÊNCIA BRASILEIRA SOBRE ARRANJOS PRODUTIVOS LOCAIS - Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, 2., set. 2005, Rio de Janeiro. Disponível em: <[http://www.desenvolvimento.gov.br/arquivos/dwnl\\_1199710858.pdf](http://www.desenvolvimento.gov.br/arquivos/dwnl_1199710858.pdf)>. Acesso em: dez. 2012.

<sup>129</sup> FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes. SEBRAE, Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas. *Como compras da micro e pequena empresa o novo papel do comprador: preferência às micro e pequenas empresas: comentários às modalidades de licitação, inclusive o pregão: procedimentos exigidos para a efetivação do tratamento diferenciado às MPE*. Brasília, 2008. p. 13-14.

Assim, foi expedida a Lei complementar nº 123/2006, objetivando estabelecer um tratamento privilegiado e diferenciado às micro e pequenas empresas<sup>130</sup> através das seguintes ações:

- (i) licitação exclusiva, para compras com valor até R\$ 80 mil – desenvolvimento regional;
- (ii) subcontratação de MPE's – transferência tecnológica;
- (iii) cotas de 25% - formação de consórcios;
- (iv) habilitação diferenciada – desburocratização e desoneração; e
- (v) critérios de desempate específico – equidade mercadológica.

Muito embora efetivamente implementado após o ano de 2004, em verdade o conceito do uso do poder de compra do Estado nasceu no âmbito de Programa de Apoio à Capacitação Tecnológica da Indústria – PACTI, coordenado pelo Ministério da Ciência e Tecnologia – MCT e teve como suporte o estudo “Racionalização do Poder de Compra Estatal”. Importante apontar, também que em dezembro de 1999, o uso do poder de compra recebeu o apoio do Programa Brasileiro de Qualidade e Produtividade – PBQP.

Em 2012, as MPE's foram responsáveis por 73% (R\$ 1,8 bilhão) das compras de pequeno valor – até R\$ 80 mil. Nesse ano o crescimento acumulado da participação desses fornecedores nas referidas compras foi de 109%, em comparação a 2007.

Nesse ano as micro e pequenas empresas fizeram uso do empate ficto e da participação exclusiva nas licitações públicas, benefícios garantidos pela Lei Complementar nº 123/2006. No primeiro, as MPE's foram contratadas pela administração direta para o fornecimento de bens e serviços da ordem de R\$ 701,2 milhões. No segundo, venderam exclusivamente para o governo federal cerca de R\$ 164,5 milhões.

Esse valor representou 1% das compras até R\$ 80 mil.

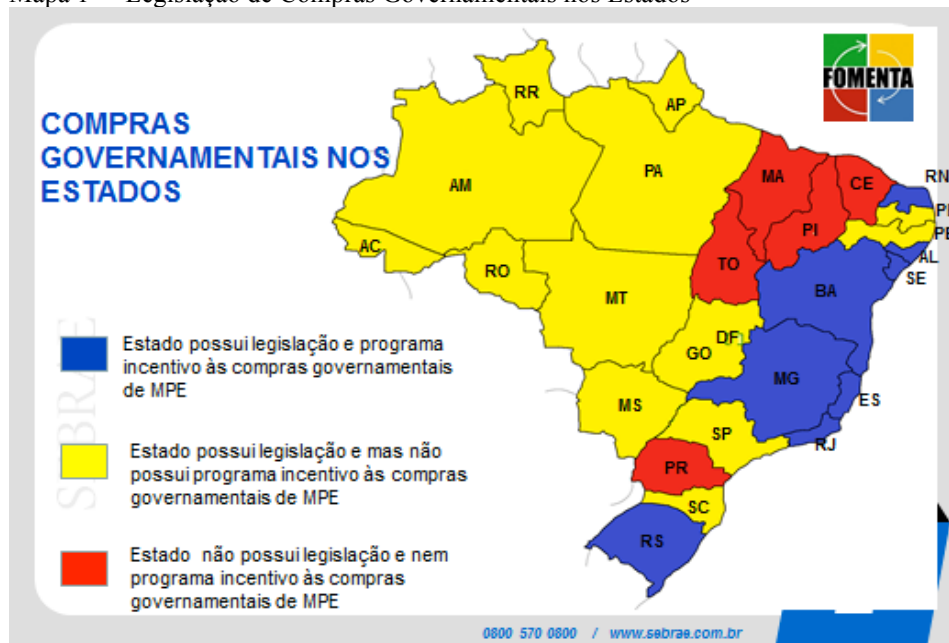
---

<sup>130</sup> Lembra Jonas Lima que “o novo Estatuto das Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte do Brasil, basicamente aproveita parte das ideias do conhecido ‘Ato das Pequenas Empresas’, dos Estados Unidos, editado ainda em 1953, considerando as suas alterações” (*Licitações à luz do novo estatuto da microempresa*. Campinas, SP: Servanda Editora, 2008, p. 17).

Em 2012, os bens e serviços mais adquiridos junto às MPE's foram os de Subsistência – alimento industrializado, carne bovina, entre outros – e Tipos especiais de serviços de construção – obras de manutenção/reforma predial, obras civis de escavação, entre outros. Essas aquisições movimentaram, respectivamente, R\$ R\$ 674,5 milhões (20%) e R\$ 559,6 milhões (17%)<sup>131</sup>.

Entretanto, nem todos os entes da federação implementaram as diretrizes estabelecidas pela Lei complementar nº 123/2006, conforme demonstrado pelos quadros elaborados pelo Sebrae<sup>132</sup>:

Mapa 1 - Legislação de Compras Governamentais nos Estados

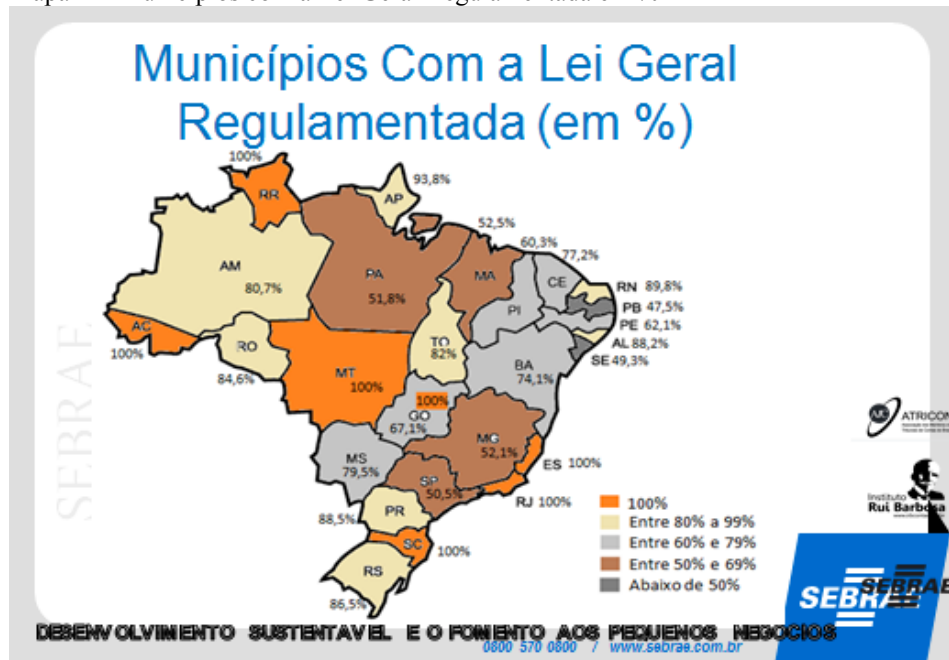


Fonte: SEBRAE, 2012.

<sup>131</sup> As informações apresentadas referem-se às compras realizadas pelo governo federal, junto às micro e pequenas empresas, entre os meses de **janeiro e agosto** dos últimos seis anos. Os dados foram extraídos do Portal de Compras do Governo Federal (Comprasnet), gerenciado pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. É necessário informar que em todas as comparações referentes à evolução do valor de compra ao longo de vários anos, este foi corrigido pelo Índice de Preços ao Consumidor Dessazonalizado (IPCA) com base no ano de 2012.

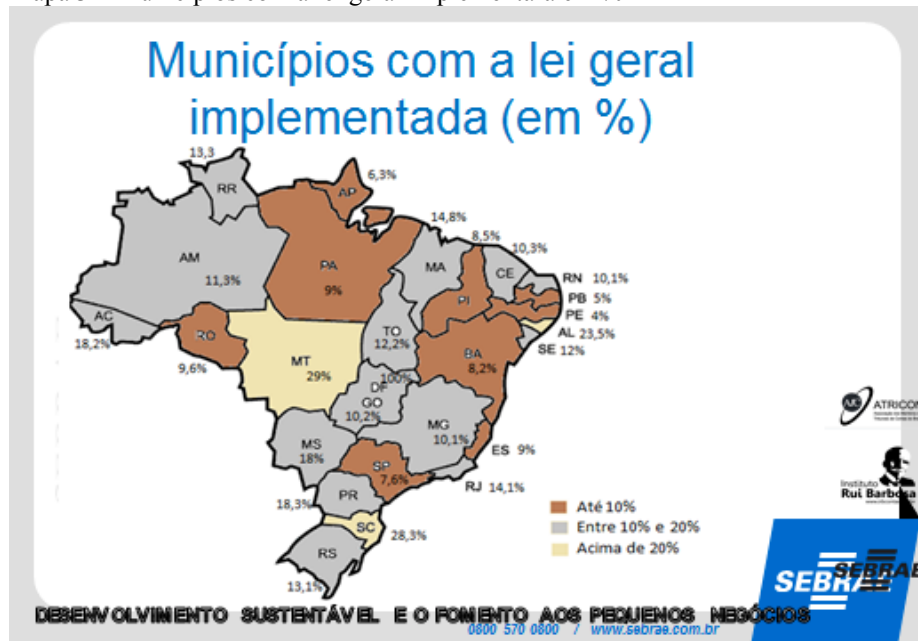
<sup>132</sup> QUICK, Bruno. Uso do poder de Compras Públicas para o desenvolvimento dos pequenos negócios. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL – V FOMENTA NACIONAL, 12., nov. 2012, Belo Horizonte. Disponível em: <<http://www.fomentasebrae.com.br>>. Acesso em: dez. 2012.

Mapa 2 - Municípios com a Lei Geral Regulamentada em %



Fonte: SEBRAE, 2012.

Mapa 3 – Municípios com a lei geral implementada em %



Fonte: SEBRAE, 2012.

Recente matéria publicada pelo Jornal Folha de São Paulo<sup>133</sup>, evidencia que 93% dos municípios brasileiros não cumprem as determinações estabelecidas para beneficiar as micro e pequenas empresas em compras públicas.

Assim, há muito a ser feito para que as prerrogativas previstas na Lei complementar nº 123/2006 sejam efetivamente implementadas, já que sendo o Estado um grande comprador, poderia usar deste ‘poder’ para fomentar a atividade produtiva dos pequenos empresários. Estes, por sua vez, conhecendo melhor as regras e as modalidades existentes, podem se converter em grandes ofertantes do Estado, fazendo, inclusive, baixar os preços das compras públicas.

A lei, denominada “Lei Geral”, disciplinou vários aspectos normativos que afetam as micro e pequenas empresas para conferir esse tratamento, inclusive no tocante às licitações e contratações públicas.

O conteúdo e objetivos da Lei Geral, sinteticamente, são:

A Lei Geral das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte foi instituída em 14 de dezembro de 2006 (Lei Complementar Federal 123/2006) para regulamentar o disposto na Constituição Brasileira, que prevê o tratamento diferenciado e favorecido à microempresa e à empresa de pequeno porte.

A Lei Geral foi concebida com ampla participação da sociedade civil, entidades empresariais, Poder Legislativo e Poder Executivo. Já atravessou quatro rodadas de alteração (Leis Complementares 127/2007, 128/2008, 133/2009 e 139/2011), sempre com o objetivo de contribuir para o desenvolvimento e a competitividade das microempresas e empresas de pequeno porte brasileiras, como estratégia de geração de emprego, distribuição de renda, inclusão social, redução da informalidade e fortalecimento da economia.

Através da Lei Geral, foi instituído o regime tributário específico para o segmento, com redução da carga de impostos e simplificação dos processos de cálculo e recolhimento, que é o Simples Nacional. Além disso, a Lei prevê benefícios para as pequenas empresas em diversos aspectos do dia-a-dia, como a simplificação e desburocratização, as facilidades para acesso ao mercado, ao crédito e a justiça, o estímulo à inovação e à exportação.<sup>134</sup>

No âmbito das licitações e contratações públicas, os benefícios foram assegurados por meio das disposições do Capítulo V da lei, “Do Acesso aos Mercados”.

---

<sup>133</sup> 93% dos Municípios violam lei que ajuda as micro e pequenas, *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 19 ago. 2012. Mercado, Caderno B11, p. 1.

<sup>134</sup> *Observatório da Lei Geral da Micro e Pequena Empresa*. Disponível em: <<http://www.leigeral.com.br/portal/>>. Acesso em 28 de julho de 2013.

Pode-se dizer que a Lei Geral estabeleceu um novo paradigma para as compras públicas: o da utilização do poder de compras do Estado para promover o desenvolvimento socioeconômico e, também, ambiental.

No paradigma anterior, o foco voltava-se à eficiência da contratação, aferido pelos parâmetros de celeridade do processo licitatório e obtenção do menor custo. Nesse campo, enormes avanços foram obtidos com a regulamentação da modalidade do pregão.

Atualmente, além desses requisitos, a compra para a Administração deve atender aos anseios de políticas de desenvolvimento econômico e sustentável. Os maiores exemplos de compras públicas realizadas nesse sentido são as compras de microempresas e empresas de pequeno porte, seguidas das intituladas aquisições sustentáveis ou verdes.

Os governos, federal, estaduais, do Distrito Federal e dos municípios, movimentam expressivas quantias em suas contratações, pois é por meio dessas contratações que adquirem os bens e materiais para a realização dos serviços públicos, que contratam os serviços necessários ao seu funcionamento e realizam as obras públicas.

Conforme informações extraídas do Portal do Empreendedor<sup>135</sup>, os mesmos privilégios atribuídos às micro e pequenas empresas foram estendidos ao Microempreendedor Individual (MEI) que é a pessoa que trabalha por conta própria e que se legaliza como pequeno empresário. Para ser um microempreendedor individual, é necessário faturar no máximo até R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) por ano e não ter participação em outra empresa como sócio ou titular. O MEI também pode ter um empregado contratado que receba o salário mínimo ou o piso da categoria.

A Lei Complementar nº 128, de 19 de dezembro de 2008, criou condições especiais para que o trabalhador conhecido como informal possa se tornar um MEI legalizado.

Entre as vantagens oferecidas por essa lei está o registro no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (CNPJ), o que facilita a abertura de conta bancária, o pedido de empréstimos e a emissão de notas fiscais.

---

<sup>135</sup> Portal do Empreendedor. Disponível em: <<http://www.portaldoempreendedor.gov.br>>. Acesso em: jun. 2013.

Além disso, o MEI será enquadrado no Simples Nacional e ficará isento dos tributos federais (Imposto de Renda, PIS, COFINS, IPI e CSLL). Assim, pagará apenas o valor fixo mensal de R\$ 32,10 (comércio ou indústria) ou R\$ 36,10 (prestação de serviços), que será destinado à Previdência Social e ao ICMS ou ao ISS. Essas quantias serão atualizadas anualmente, de acordo com o salário mínimo.

Com essas contribuições, o Microempreendedor Individual tem acesso a benefícios como auxílio maternidade, auxílio doença, aposentadoria, entre outros, dentre os quais se destaca também o tratamento diferenciado para participação em licitações e contratos.

## 4 PODER DE COMPRA DO ESTADO

Segundo o descrito no artigo 3º, *caput*, 1ª parte da Lei nº 8.666/93, são objetivos da licitação garantir aos interessados iguais oportunidades, selecionar a proposta mais vantajosa para a administração e promover o desenvolvimento nacional sustentável. Dentre eles, nos debruçaremos apenas nos dois primeiros.

### 4.1 Assegurar aos interessados iguais oportunidade

Retrata, em verdade, o princípio constitucional da isonomia (artigo 5º, ‘caput’) que, segundo Aristóteles, consiste em “tratar os iguais igualmente e os desiguais desigualmente, na medida de suas desigualdades”.<sup>136</sup>

Entretanto, referida discriminação somente é válida se prevista em lei, como afirma Celso Antônio Bandeira de Mello:

Não se podem interpretar como desigualdades legalmente certas situações, quando a lei não haja ‘assumido’ o fator tido como desequiparador. Isto é, circunstâncias ocasionais que proponham fortuitas, acidentais, cerebrinas ou sutis distinções entre categorias de pessoas não são de considerar.

Então, se a lei se propôs distinguir pessoas, situações, grupos, e se tais diferenciações se compatibilizam com os princípios expostos, não há como negar os *discrimens*. Contudo, se a distinção não procede diretamente da lei que instituiu o benefício ou exonerou de encargo, não tem sentido prestigiar interpretação que favoreça a contradição de um dos mais solenes princípios constitucionais.<sup>137</sup>

---

<sup>136</sup> Dentre os filósofos gregos, destacam-se Platão, que foi o primeiro a preocupar-se com a equidade, e Aristóteles. Ele separou equidade de justiça, e colocou a primeira num patamar superior a da justiça normativa. Porém Aristóteles definiu a *epieikeia* como pouco prática devido a corrupção no judiciário e, por isso, não recomendou o seu uso irrestrito por parte dos Juizes (Disponível em : <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Equidade>>. Acesso em: 12 dez. 2012).

<sup>137</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da Igualdade*. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 1998. p. 45.

Isto porque, acrescenta ainda o autor, “(...) não sendo o interesse público algo sobre que a Administração dispõe a seu talante, mas, pelo contrário, bem de todos e de cada um, já assim consagrado pelos mandamentos legais que o erigiram à categoria de interesse desta classe, impõe-se, como consequência, o tratamento impessoal, igualitário ou isonômico que deve o Poder Público dispensar a todos os administrados”.<sup>138</sup>

Complementando estas valiosas lições, Humberto Ávila indica que a igualdade é “uma relação entre dois ou mais sujeitos em razão de um critério que serve a uma finalidade. Quando se comparam sujeitos, estes são necessariamente comparados em razão de uma medida”.<sup>139</sup>

Assim, para referido autor, os sujeitos são comparados por algum motivo, o que permite verificar se a medida de comparação está correta. A **relevância** da propriedade escolhida está na **relação de pertinência** ou **vínculo de correlação lógica** que ela deve manter com a finalidade que justifica a comparação.

O problema no Direito, não é apenas saber se as pessoas são iguais ou diferentes (igualdade descritiva), necessita-se sim, saber se as pessoas devem ou não ser tratadas igualmente (igualdade prescritiva). Neste caso, é preciso verificar, no plano dos fatos, se elas têm as propriedades selecionadas como relevantes pelas normas: (i) se pretende manter as pessoas iguais; (ii) se pretende aproximar pessoas diferentes; e (iii) se pretende separar pessoas iguais.

A igualdade, enquanto dever de tratamento igualitário, só surge quando, para alcançar determinada finalidade que deve ser buscada, os sujeitos são comparados por critérios que, além de serem permitidos, são **relevantes e congruentes** relativamente àquela finalidade.

Assim, igualdade não significa invalidade de todo e qualquer tratamento discriminatório. A discriminação entre situações pode ser uma exigência inafastável para atingir-se a igualdade. Nesse caso, o tratamento uniforme é que seria inválido, por ofender a isonomia.

---

<sup>138</sup> Idem, *ibidem*, p. 73-74.

<sup>139</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*, 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 40.

Instaurado o competitivo, abre-se a possibilidade de qualquer interessado formular sua proposta, participando, em igualdade de condições, com outros proponentes e, em caso de eventual vitória, contratar com a Administração Pública. Assim, identificada está uma das finalidades nucleares da licitação, qual seja, a observância do princípio constitucional da isonomia<sup>140</sup>.

Importante lembrar que, a lei admite que o administrador defina alguns requisitos para a competição, ao enunciar as regras do procedimento, porquanto a igualdade é meramente uma expectativa, já que todos têm, em princípio, iguais expectativas de contratar com a Administração.<sup>141</sup>

Marçal Justen Filho, originariamente, professava pela desnecessidade da adoção de um regime licitatório diferenciado para as micro e pequenas empresas, diante da consagração de um regime tributário simplificado e menos oneroso. “Ao desonerar tributariamente a pequena empresa, o Estado reduz os seus custos – o que é providência bastante e suficiente para assegurar a sua proteção”.<sup>142</sup>

Destarte, meses depois, revisando posição anterior, passa a reconhecer que a consagração de uma pluralidade de regimes licitatórios não importa violação necessária à Constituição. “Pode ser compatível com a Constituição a previsão de certas preferências e benefícios orientados a fomentar atividades, promover o desenvolvimento econômico e social de certas regiões, e eliminar desigualdades”.<sup>143</sup>

#### 4.1.1 A documentação de Habilitação

Como medida garantidora da referida isonomia, no tocante à inclusão das micro e pequenas empresas nas licitações, deve-se repensar o sentido da habilitação previsto no art. 27, caput da Lei nº 8.666/93.

<sup>140</sup> SANTANA, Jair Eduardo; GUIMARÃES, Edgar. *Licitações e o novo estatuto da pequena e microempresa: reflexos práticos da LC nº 123/06*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 26.

<sup>141</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 25. ed., São Paulo: Atlas, 2012, p. 243.

<sup>142</sup> JUSTEN FILHO, *O estatuto da microempresa e as licitações públicas*, São Paulo: Dialética, 2007, p. 89-90.

<sup>143</sup> JUSTEN FILHO, *O estatuto da microempresa e as licitações públicas*, 2. ed. São Paulo: Dialética, 2007, p. 31.

Na esteira de Marçal Justen Filho, “o direito de licitar é reconhecido a todos quantos preenchem os requisitos de idoneidade e capacitação para executar o contrato”.<sup>144</sup>

Assim,

(...) fica patente que a idoneidade é uma característica da pessoa (física ou jurídica) do licitante, e não da proposta. Antes de qualquer cogitação em torno da proposta, cumpre saber se aquele que a formula é idôneo, isto é, se possui capacidade jurídica para contratar (não basta possuir personalidade jurídica, é preciso ter capacidade jurídica, o que é um plus em relação à personalidade e a pressupõe), capacidade técnica para poder executar a prestação objeto do futuro contrato e, finalmente, capacidade financeira para arcar com os ônus (custos e responsabilidades) inerentes à execução, pois é inconcebível o pagamento antecipado por parte da Administração<sup>145</sup>.

Desta forma, quando o inciso VI, do art. 40 da Lei nº 8.666/93<sup>146</sup>, fala em condições para participação na licitação, em conformidade com os artigos 27 a 31 desta norma legal, está a se referir ao exame, pela Administração Pública, dos documentos apresentados pelos interessados, em uma fase denominada HABILITAÇÃO<sup>147</sup>.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, “a habilitação, por vezes denominada qualificação, é a fase do procedimento em que se analisa a aptidão dos licitantes. Entende-se por aptidão a qualificação indispensável para que sua proposta possa ser objeto de consideração. (...). Na habilitação, pois, são considerados atributos do sujeito, do proponente”.<sup>148</sup>

<sup>144</sup> JUSTEN FILHO, *Comentários...*, 2012, p. 452.

<sup>145</sup> DALLARI, 2006, p. 130.

<sup>146</sup> O artigo 40 da Lei nº 8.666/93 enumera as cláusulas necessárias ou essenciais do instrumento convocatório elaborado a cada novo certame.

<sup>147</sup> Para Adilson Abreu Dallari, não obstante haja divergência terminológica na doutrina com relação a essa fase, pois alguns a denominam “qualificação”, informa preferir chamá-la de “habilitação”, “pois embora esses termos sejam quase equivalentes, o segundo (qualificação) dá ideia de um julgamento de valor. Habilitar-se significa estar apto; qualificar-se, além desse sentido, dá uma ideia de excelência, isto é, de aptidão mais bom desempenho” (op. cit., loc. cit.).

<sup>148</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 30. ed., São Paulo: Malheiros, 2013. p. 598-599.

Alerta Marçal Justen Filho que o vocábulo habilitação, também é utilizado para indicar “tanto a fase procedimental como a decisão proferida pela Administração. Na acepção de fase procedimental, a habilitação consiste no conjunto de atos orientados a apurar a idoneidade e a capacitação de um sujeito para contratar com a Administração Pública. Na acepção de ato administrativo, indica o ato pelo qual a Administração finaliza essa fase procedimental, decidindo estarem presentes as condições do direito de licitar”<sup>149</sup>.

Na mesma linha, lembra Carlos Ari Sunfeld “que a fase de habilitação nas licitações (também chamada de qualificação) é destinada a apurar se os proponentes atendem às condições pessoais necessárias à participação no certame. Justifica-se pois a futura contratação não pode ser feita com qualquer sujeito, mas apenas com o qualificado, isto é, o regularmente estabelecido, idôneo, técnico e economicamente capaz de cumprir as obrigações avençadas”<sup>150</sup>.

Segundo Lúcia Valle Figueiredo, no entanto, “a habilitação é ato vinculado por meio do qual a Administração reconhece ter o interessado capacidade para licitar. Se satisfizer o interessado o exigido no edital, não pode a Administração inabilitá-lo”<sup>151</sup>.

Diogenes Gasparini acrescenta que “os habilitados tornam-se iguais e têm o direito subjetivo público de ver abertos os envelopes contendo as propostas e, conforme o caso, de ver ou não classificadas as propostas apresentadas. Esses os efeitos jurídicos da habilitação. Portanto, a habilitação é o ato administrativo vinculado mediante o qual a comissão de licitação confirma no procedimento da licitação os licitantes aptos, nos termos do edital”<sup>152</sup>.

Destaca Hely Lopes Meirelles que

a habilitação ou qualificação do proponente é o reconhecimento dos requisitos legais para licitar, feito, em regra, por Comissão, que, no caso do convite, pode ser substituída por servidor designado por autoridade competente para o procedimento licitatório (art. 51, §1º), caracterizando-se como ato prévio ao do julgamento das propostas (art. 43, I e II, e §5º).

Embora haja interesse da Administração no comparecimento do maior número de licitantes, o exame das propostas restringe-se àquelas que realmente possam ser aceitas, em razão da pessoa do proponente.<sup>153</sup>

<sup>149</sup> JUSTEN FILHO, 2013, p. 453.

<sup>150</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e contrato administrativo de acordo com as Leis 8.666/93 e 8.883/94*. São Paulo: Malheiros Editores, 1994, p. 108.

<sup>151</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 492.

<sup>152</sup> GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 512.

<sup>153</sup> MEIRELLES, 2012, p. 133.

Por sua vez, para Carlos Pinto Coelho Motta a “habilitação significa o reconhecimento formal, por parte da Comissão de Licitação (arts. 43, I e II, e 51), de que o licitante atendeu às condições exigidas, nos aspectos jurídico e de qualificação técnica, econômica e financeira, bem como de regularidade perante o fisco. (...) A redação do art. 27 é precisa. Estabelece ‘requisitos limítrofes’, no dizer do Ministro Paulo Bugarin”<sup>154</sup>.

Ante os entendimentos citados, percebe-se não haver divergência doutrinária no tocante a extensão, efeito e natureza jurídica da fase de habilitação: relaciona-se a uma análise de idoneidade e capacitação do interessado em propor um determinado objeto à Administração.

Para se proceder a análise em questão, imprescindível ter presente a exigência imposta, à Administração, no art. 27 do Estatuto Licitatório, assim redigido:

“Art. 27 – Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:

I – habilitação jurídica;

II – qualificação técnica;

III – qualificação econômico-financeira;

IV – regularidade fiscal;

V – cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal”<sup>155</sup>.

O artigo em comento, ao explicitar que os documentos a serem exigidos são exclusivamente os enumerados nos seus incisos – cuja forma de apresentação está expressa nos arts. 28 a 31 –, evidencia tratar-se de rol taxativo<sup>156</sup>. Fica, então, a Administração impedida de reclamar documento não previsto no art. 27 da Lei nº 8.666/93.

<sup>154</sup> MOTTA, 2005, p. 246.

<sup>155</sup> Inciso acrescido pela Lei nº 9.854, de 27 de outubro de 1999 e regulamentado pelo Decreto nº 4.358, de 05 de setembro de 2002. Objetiva verificar se os licitantes não estão utilizando do trabalho de menores, em conformidade com o inciso XXXIII, do artigo 7º da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998: “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”.

<sup>156</sup> “É inválida a cláusula do ato convocatório que exige, além dos documentos previstos no art. 25, também uma declaração de concordância com os termos e exigências previstos pela Administração (RJTJESP 81/79. Confira-se, ainda, julgado na RJTJESP 77/154” (JUSTEN FILHO, 2012, nota de rodapé 145, p. 457).

Referido entendimento encontra amparo nas exigências para habilitação de licitantes, previstas no art. 37, inciso XXI da Constituição Federal<sup>157</sup>, ao determinar que, exceção feita às hipóteses legalmente previstas, “as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, (...), o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”.

Desta forma, nas licitações, a orientação correta

É a dispensa de rigorismos inúteis e a não exigência de formalidades e documentos desnecessários à qualificação dos interessados em licitar. Daí por que a Lei 8.666, de 1993, no art. 27, limitou a documentação, exclusivamente, aos comprovantes de capacidade jurídica, regularidade fiscal, capacidade técnica e idoneidade financeira. Nada mais se pode exigir, na fase de habilitação, dos licitantes. Reconhecimento de firma, certidões negativas, cauções, regularidade eleitoral, são exigências impertinentes, que a lei federal dispensou nesta fase, mas que a burocracia ainda vem fazendo ilegalmente, no seu vezo de criar embaraço aos licitantes. É verdadeiro estrabismo público, que as autoridades superiores precisam corrigir, para que os burocratas não persistam nas suas distorções rotineiras de complicar aquilo que a legislação já simplificou. (g.n.)<sup>158</sup>

Os documentos que o Poder Público pode requerer a título de habilitação são somente aqueles elencados pela Lei nº 8.666/1993, e no caso do pregão os previstos no art. 4º, inciso XIII, da Lei nº 10.520/2002, já que não se admite ampliação do rol estabelecido no art. 27 e esmiuçado nos arts. 28 a 31. Muito embora tenha um limite máximo de exigência, está autorizada a decidir, em cada caso, quais desses documentos irá efetivamente solicitar.<sup>159</sup>

<sup>157</sup> “Há de compreender-se o art. 27 em sintonia com o inciso XXI do art. 37 da CF/88. Este junte as exigências que a lei e a Administração podem fazer aos competidores, em cada processo licitatório, à comprovação da qualificação técnica e econômica que seja imprescindível, exclusivamente, à garantia do cumprimento das obrigações que virão a ser pactuadas no contrato, todavia previstas, desde logo, no ato convocatório”. (PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública*. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 328)

<sup>158</sup> MEIRELLES, 2012, p. 128.

<sup>159</sup> PALAVÉRI, Marcelo. *Licitações públicas – comentários e notas às súmulas e à jurisprudência do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 701.

Até porque, exigências descabidas, incoerentes com o objeto licitado, acabam por frustrar a competição, porquanto restringem o universo de participantes, em total afronta aos princípios da isonomia, impessoalidade e competição, norteadores de todo certame licitatório<sup>160</sup>.

Nesse sentido tem se manifestado o Poder Judiciário<sup>161</sup> e os Tribunais de Contas<sup>162</sup>.

---

<sup>160</sup> Ver artigo 3º, ‘caput’, c.c. §1º, inciso I, da Lei nº 8.666/93, que expressamente veda aos agentes públicos admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato.

<sup>161</sup> Segundo o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, “visa a concorrência pública fazer com que o maior número de licitantes se habilitem para o objetivo de facilitar aos órgãos públicos a obtenção de coisas e serviços mais convenientes a seus interesses. Em razão desse escopo, exigências demasiadas e rigorismos inconstitucionais com a boa exegese da lei devem ser arredados. Não deve haver nos trabalhos nenhum rigorismo e na primeira fase da habilitação deve ser de absoluta singeleza o procedimento licitatório” (Agravo de Petição 11.383, RDP 14/240). Decidiu a 3ª Turma do TRF da 1ª Região, na MAS nº 1998.01.00.038725-8/PA, ser “inválida a exigência de procuração pública e registro em órgão como requisito para habilitação em certame licitatório” (DJU, de 06.05.2002). Para o STJ, “os artigos 27 e 28 da Lei nº 8.666/93 não permitem que o Estado condicione a habilitação de licitante à apresentação de procuração ad judicium” (MS nº 5.281 /DF, 1997/0052995-9, DJ de 09.03.1998).

<sup>162</sup> A Decisão nº 523, de 1997, do Tribunal de Contas da União já consignou que “a Administração Pública para fins de habilitação, deve se ater ao rol dos documentos constantes dos arts. 28 a 31, não sendo lícito exigir outro documento ali não elencado”. Recomendou o TCU, na Decisão nº 202, de 1996, que a Administração “abstenha-se de exigir, para habilitação em processos licitatórios, documentos além daqueles previstos nos arts. 28 a 31 da Lei nº 8.666/93, caracterizando restrição ao caráter competitivo do certame”. E, ainda, no Acórdão nº 808, de 2003, que “abstenha-se de estabelecer ... para efeito de habilitação dos interessados, exigências que excedam os limites fixados nos arts. 27 a 33 da Lei nº 8.666/93 ... condições de participação em certames licitatórios anteriores à fase de habilitação e não previstas na Lei nº 8.666/93, a exemplo da prestação da garantia de que trata o art. 31, inciso III, da Lei nº 8.666/93 antes de iniciada a fase de habilitação, devendo processar e julgar a licitação com observância dos procedimentos previstos no art. 43 da Lei nº 8.666/93 e nos princípios estatuídos no inciso XXI do art. 37 da CF e no art. 3º da Lei nº 8.666/93”. Nota, ainda, Jessé Torres Pereira Junior, que “o ato convocatório padecerá de vício de ilegalidade se exigir qualquer documento, por mais plausível que pareça, previsto nos arts. 27 a 31. Ilustre-se a impossibilidade com exigência formulada em edital de concorrência na Administração federal, quanto à apresentação de certidão negativa de processo administrativo, o que atraiu a glosa do Tribunal de Contas da União (Decisão nº 840/96, Plenário, Rel. Min. Lincoln Magalhães da Rocha)”. (2003, p. 331)

Com o fito de demonstrar ser esse também o pensamento majoritário da doutrina, trazemos a colação, novamente, as lições de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que após uma análise crítica dos documentos elencados nos arts. 27 a 31 da Lei nº 8.666/93, especialmente no tocante à regularidade fiscal – com exceção da perante a Seguridade Social, prevista no art. 193, §3º da Lei Maior – e à declaração de atendimento ao disposto no inciso XXXIII, do art. 7º, da Constituição, concluiu que “essa e outras exigências, que não são indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações, contribuem para tornar o procedimento da licitação ainda mais formalista e burocrático, desvirtuando os objetivos da licitação e infringindo o inciso XXI do art. 37 da Constituição”<sup>163 164</sup>.

Igualmente, importante também lembrar, conforme destacado por Adilson Abreu Dallari, que o objetivo da fase de habilitação

É verificar se aquelas pessoas que pretendem contratar têm ou não condições de contratar (essa é a essência, isso é o fundamental), interessa para a Administração receber o maior número de proponentes, porque, quanto maior a concorrência, maior será a possibilidade de encontrar condições vantajosas”. Logo, acrescenta, “não deve haver rigidez excessiva, deve-se procurar a finalidade da fase de habilitação, deve-se verificar se o proponente tem concretamente idoneidade. Se houver um defeito mínimo, irrelevante para essa comprovação, isso não pode ser colocado como excludente do licitante.”<sup>165</sup>

Fica patente, então, que a idoneidade do interessado é condição sine qua non para sua habilitação, devendo a Administração apurar referida condição, fazendo constar no instrumento convocatório documentos pertinentes e adequados para tanto<sup>166</sup>. Entretanto, “ao preparar o edital a Administração deve respeito à lei, nada podendo fazer contra ela ou sem base nela (princípio da legalidade<sup>167</sup>)”<sup>168</sup>.

<sup>163</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 418.

<sup>164</sup> Na mesma linha Ivan Barbosa Rigolin e Marco Tullio Bottino (Colaborador) (*Manual prático das licitações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998); Jorge Ulisses Jacoby Fernandes (*Comentando as Licitações Públicas Série Grandes Nomes II*. Rio de Janeiro: Temas & Idéias Editora, 2002); e Maria Lúcia Jordão Ortega (*Licitações à Luz da Lei nº 8.666/93*. 1. ed. com as alterações introduzidas pela lei nº 8.883 de 08 de julho de 1994. São Paulo: M. L. J. Ortega, 1995).

<sup>165</sup> DALLARI, 2006, p. 120.

<sup>166</sup> “Exige-se, para a habilitação, a idoneidade, ou seja, a capacidade plena da concorrente de se responsabilizar pelos seus atos” (STJ, 2ª Turma, ROMS nº 970/PR, DJU de 20.05.2002).

<sup>167</sup> O Ministro Lincoln Magalhães da Rocha, do Tribunal de Contas da União, em comunicação ao plenário, e analisando a importância crescente da jurisprudência dos Tribunais e da doutrina na construção da norma jurídica e como instância supletiva do Direito Administrativo, salientou que: “tudo isso nos leva a importantes verificações de que o chamado princípio da legalidade tão invocado no campo do Direito Administrativo, melhor se denominaria ‘princípio da publicidade’, já que contribuiu para retirar aquele caráter legalista e exegético gramatical que alguns intérpretes insistem em conferir ao direito administrativo, onde o poder discricionário ocupa lugar de tanto destaque quanto o do poder vinculado, o que faz a diferença entre um saber democrático e um saber autoritário e corporativo” (Ata nº 19, de 27 de maio de 2004).

Sem descurar da necessidade de verificar a idoneidade da futura contratada, é cediço que, no caso especial das MPE's, deve referida documentação se tornar menos limitadora e mais instigadora da competitividade. Para tanto, a solução seria unificação documental, simplificando-se, desse modo, a comprovação de sua condição jurídica, de sua qualificação técnica e econômico-financeira e de sua regularidade fiscal.

(i) Habilitação jurídica é a aptidão efetiva para exercer direito e contrair obrigações, com responsabilidade absoluta ou relativa por seus atos (art. 28 da Lei nº 8.666/93). Para facilitar o acesso às licitações, nos moldes da Lei Geral das MPE's, entendemos que os documentos comprobatórios da habilitação jurídica, podem ser dispensados, nos moldes do contido no art. 32, §1º do Estatuto Licitatório.

(ii) Qualificação técnica é o conjunto de requisitos profissionais que o licitante apresenta para executar o objeto da licitação. O cumprimento das disposições expressas no art. 30 da Lei nº 8.666/93 é obrigatório.

(iii) Qualificação econômico-financeiro é a capacidade para satisfazer os encargos econômicos decorrentes do contrato, aferida, em princípio, pela boa situação financeira da empresa e pela inexistência de ações que possam afetar seu patrimônio (art. 31 da Lei nº 8.666/93).

No tocante ao balanço patrimonial e demonstrações contábeis (inciso I, art. 31), como a MPE's, nos termos do disposto no art. 27 da LC nº 123/06, podem adotar contabilidade simplificada para os registros e controles das operações realizadas, deve a Administração passar a permitir que a comprovação da boa situação se faça pela apresentação de outros documentos hábeis, tais como: certidões negativas de débitos, bem como, pela comprovação da entrega e exame da declaração de rendimentos – ME.

Aliás o §2º do art. 1.179 do Código Civil dispensa o pequeno empresário da exigência de um “sistema de contabilidade, mecanizado ou não, com base na escrituração uniforme de seus livros, em correspondência com a documentação respectiva, e a levantar anualmente o balanço patrimonial e o de resultado econômico”.

---

<sup>168</sup> SUNDFELD, 1994, p. 112.

Exceção feita à exigência da certidão negativa de falência ou “concordata”<sup>169</sup> (inciso II), entendemos que as MPE’s ficam dispensadas do oferecimento de garantia para licitar (inciso III), bem como, da demonstração de índice de liquidez (§1º) e capital ou patrimônio líquido mínimo (§§2º e 3º).

Para o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo

Impõe-se estabelecer que o ‘tratamento diferenciado e favorecido’ a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito da Administração Pública instituído na Lei Complementar nº 123, de 14/12/06 – que, em fato, providencia determinadas facilidades de acesso aos mercados por ocasião de aquisições públicas – vide Capítulo V, arts. 42 ao 49 – não se remete a qualificação econômico-financeira de licitantes, desamparando censura ao capital social mínimo exigido no certame.<sup>170</sup>

(i) Regularidade fiscal é o atendimento das exigências do Fisco (art. 29 da Lei nº 8.666/93).

O art. 32, §1º do Estatuto Licitatório permite que a Administração Pública dispense a documentação prevista nos arts. 28 a 31, no todo ou em parte, nos casos de concite, concurso, fornecimento de bens para pronta entrega e leilão.

Destarte, dentre os documentos de regularidade fiscal, elencados no citado art. 29, alguns têm índole constitucional<sup>171</sup>, como é o caso da regularidade junto ao INSS e ao FGTS, o que acaba por inviabilizar o exercício da permissão contida no art. 32, §1º da lei.

Lembra Jorge Ulisses Jacoby Fernandes que “o Tribunal de Contas da União firmou o entendimento de que a apresentação de tais documentos é obrigatória nas licitações públicas,

...”<sup>172</sup>

<sup>169</sup> Lembramos que, nos termos da Lei federal nº 11.101, de 9/02/2005, não há mais o instituto da concordata, que passa a ser substituído pela recuperação judicial.

<sup>170</sup> TC-38776/026/07 e 38806/026/07 – Publicado no DOE de 30/10/07, p. 84 Cons. Rel. Edgard Camargo Rodrigues.

<sup>171</sup> Para o TCU é obrigatória a regularidade com a seguridade social (FGTS e INSS), em face do artigo 195, §3º, da Constituição Federal (processo TC nº 020.032/95-3, Decisão nº 705/94 – Plenário, Rel. Ministro Paulo Affonso Martins de Oliveira).

<sup>172</sup> *Contratação Direta sem Licitação*, 5. ed. Brasília: Brasília Jurídica, p. 75.

A solução encontrada pelo legislador foi autorizar a participação em licitações de MPE's com débitos tributários e previdenciários, bem como com certidões vencidas. Vencendo a licitação, terão um prazo para regularizar a situação, como condição para a assinatura do contrato (arts. 42 e 43 da Lei complementar nº 123/2006)<sup>173</sup>.

“Art. 42. Nas licitações públicas, a comprovação de regularidade fiscal das microempresas e empresas de pequeno porte somente será exigida para efeito de assinatura do contrato.

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

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

§ 2º A não-regularização da documentação, no prazo previsto no § 1º deste artigo, implicará decadência do direito à contratação, sem prejuízo das sanções previstas no art. 81 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, sendo facultado à Administração convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para a assinatura do contrato, ou revogar a licitação.”

Em um primeiro momento, as determinações contidas nos artigos transcritos parecem conflitantes, no entanto, não o são porquanto cada um dos artigos está a se referir a comprovações distintas da regularidade fiscal.

O art. 42 indica que a regularidade fiscal, como sinônimo do efetivo atendimento das exigências do Fisco (quitação ou, parcelamento ou discussão dos tributos pelo contribuinte), nos termos do art. 29 da Lei nº 8.666/93, é condição para assinatura do contrato, ou da formalização de uma relação jurídica, quando não houver termo contratual.

---

<sup>173</sup> Importante notar que os artigos 42 e 43 da Lei complementar nº 123/2006, tiveram vigência imediata a partir da publicação da lei.

Por sua vez, o art. 43 determina que as MPE's deverão atender ao contido no art. 29 da Lei nº 8.666/93, apresentando toda a documentação comprobatória da regularidade fiscal, ainda que a certidão esteja positiva.

Implica dizer que as MPE's não serão inabilitadas (excluídas do certame) pela não apresentação de certidões negativas ou positivas com efeito de negativas<sup>174</sup>.

Até porque, caso fossem declaradas inabilitadas, nos termos do art. 41, §4º da Lei nº 8.666/1993, haveria a preclusão do direito de participarem das fases subsequentes.

Notamos, apenas, que em consonância com o determinado no art. 32, §1º da Lei nº 8.666/1993 a Administração não está obrigada a exigir toda a documentação arrolada no art. 29, podendo-a dispensar no todo ou parte. Assim, deve-se entender a expressão 'toda documentação' contida no caput do art. 43 da Lei Complementar, em consonância com a Lei nº 8.666/93 e não isoladamente.

No tocante à possibilidade da MPE's participar do certame mesmo que em débito com a Administração, ressaltamos que terá 02 (dois) dias úteis, contados do momento em que for declarado vencedor<sup>175</sup>, para sanar a questão, regularizando o débito e apresentando nova documentação (§1º).

Tal prazo admite prorrogação, por igual período, a critério da Administração, o que implica no exercício de uma competência discricionária, a significar a análise de uma situação onde o interesse público justifique tal prorrogação.

Fica evidenciado que a análise da regularidade fiscal não foi excluída da fase de habilitação, o que fez a legislação foi alterar o momento da verificação de tal regularidade.

---

<sup>174</sup> “O espírito da LC nº 123 é assegurar que a regularização fazendária seja promovida apenas se a pequena empresa vier a ser contratada pela Administração” (Idem, ibidem, p. 45).

<sup>175</sup> Inobstante eventuais conflitos de entendimento acerca da efetiva interpretação do termo “declaração do vencedor”, uma vez que poderia se dar com o ato de adjudicação (artigo 50 da Lei nº 8.666/93). Assim, com a publicidade deste ato se inicia o prazo para saneamento da documentação fiscal. Cediço que, conforme entendimento externado pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, na respectiva regulamentação, o entendimento é de que “acontecerá no momento imediatamente posterior à fase de habilitação, na modalidade pregão, e nas demais modalidades, no momento posterior ao julgamento das propostas, antes da fase recursal”.

Implica dizer que, caso a MPE's apresente documentação com restrição, poderá a Administração Pública proceder a uma habilitação com condição. Isto porque, somente após a mesma ser declarada vencedora, com o suprimento da restrição, poderá a Administração expedir um ato de saneamento da fase de habilitação. O que, aliás, não poderá ser fator impeditivo de questionamento por parte dos demais licitantes, mesmo que o art. 109 da Lei nº 8.666/1993, não discipline sobre este recurso em especial<sup>176</sup>.

No caso da MPE's não sanar a documentação, ou se a documentação entregue não seja aceita, deverá a Administração expedir ato administrativo de inabilitação da mesma, o qual também poderá embasar o exercício do direito de petição.

Outro ponto significativo está na disposição expressa da aceitação de certidão positiva com efeito de negativa, em face do parcelamento do débito.

Determina o §2º, do art. 43 que o não saneamento da documentação implicará na perda do direito à contratação com a Administração Pública, ou seja, deve-se entender que não restará a MPE nenhum direito a ser questionado perante o órgão/ente licitante, principalmente no tocante aos efeitos do ato de adjudicação (expectativa de direito de ser contratado e direito público subjetivo de ser contratado, caso a Administração necessite do objeto adjudicado ao vencedor).

Aliás, o uso do termo “decadência do direito à contratação” implica, inclusive, a impossibilidade de questionamento de direitos em juízo, o que, em princípio, entendemos estar em desconformidade com o direito previsto no art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

É certo afirmar que, como havia uma condição a ser suprida, a inércia da MPE caracteriza sua recusa em regularizar a documentação, o que justificará a extinção do ato de habilitação com condição expedido pela Administração na fase de habilitação.

---

<sup>176</sup> O direito de recorrer decorrerá do artigo 5º, inciso XXXIV, alínea ‘a’ da Constituição Federal, o qual discorre acerca do direito de petição.

Ademais, poderá a MPE estar sujeita à penalidade indicada no art. 81 da Lei nº 8.666/1993, a qual deve ser precedida de contraditório e ampla defesa, bem como, deve decorrer de uma situação que não possa ser justificada pela MPE. Isto porque, caso a MPE tenha justificado a não regularização da documentação e a mesma seja aceita pela Administração, não incidirá a penalidade indicada.

Caso a Administração venha a se utilizar da prerrogativa prevista no §2º, deverá atentar para o fato de que, se a licitação realizada for a modalidade pregão, caberá uma negociação com o licitante remanescente no tocante ao valor de sua proposta. Se optar pela revogação, deverá atentar para o disposto no §3º, do art. 49 da Lei nº 8.666/1993, que determina ser necessária a oitiva dos demais licitantes antes da decisão de desfazimento do certame.

Quanto à documentação a ser apresentada para comprovação da regularidade fiscal, ressaltamos que a Lei Geral das MPE's, em seu art. 12, institui o Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições – Simples Nacional, o que poderá implicar na substituição, por uma única certidão, das provas de regularidade junto às Fazendas federal, estadual e municipal, bem como junto ao INSS.

Outra questão relevante decorre da declaração exigida dos licitantes de que cumprem plenamente os requisitos de habilitação (art. 32, §2º da Lei nº 8.666/1993 e art. 4º, inciso VII da Lei nº 10.520/2002). No caso específico do pregão eletrônico, no âmbito federal, o art. 3º, §2º do Decreto nº 5.450/2005, impede que a empresa esteja cadastrada no SICAF em caso de irregularidade fazendária.

Com o fito de evitar que as MPE's possam ser penalizadas, até pelo crime de falsidade ideológica, entendemos que o problema pode ser sanado com a inclusão, na declaração a ser fornecida, da exceção especial prevista na Lei Geral da MPE.

No tocante ao cadastramento do SICAF, adotamos solução proposta por Marçal Justen Filho, no sentido de ser alterado o regime do mesmo, “de modo a que as pequenas empresas terão direito ao cadastramento, mesmo se não preencherem os requisitos de regularidade fazendária”<sup>177</sup>.

---

<sup>177</sup> JUSTEN FILHO, *O Estatuto da Microempresa e as Licitações Públicas*, p. 51.

Por fim, notamos que a possibilidade de regularização da documentação fiscal não pode ser estendida a qualquer outro requisito de habilitação, não sendo admissível uma interpretação ampliativa.

Pertinente, ainda, lembrar que “não será admitido o tratamento discriminatório entre as ME e as EPP que se encontrem em situação equivalente e similar. Todos os requisitos, exigências e benefícios deverão ser assegurados em termos equivalentes e igualitários relativamente às ME e EPP que pretendam fruir dos benefícios da LC nº 123”<sup>178</sup>.

Exatamente pelo caráter de função social atribuído à licitação, é que as determinações constantes da Lei complementar nº 123/2006, em especial seus arts. 42 a 49, não afrontam o princípio constitucional da isonomia (artigo 5º, ‘caput’).

Isto porque, o alcance do princípio da isonomia “não se restringe a nivelar os cidadãos diante da norma legal posta, mas que a própria lei não pode ser editada em desconformidade com a isonomia”<sup>179</sup>.

Desta forma, a isonomia entre os concorrentes de um certame licitatório admite o tratamento diferenciado entre desiguais para a determinação da real extensão de seu universo.

A questão reside nos critérios para identificação do respeito à isonomia, pelos quais “tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro lado, cumpre verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada. Finalmente, impende analisar se a correlação ou fundamento racional abstratamente existente é, in concreto, afinado com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional.

Em suma: importa que exista mais que uma correlação lógica abstrata entre o fator diferencial e a diferenciação consequente. Exige-se, ainda, haja uma correlação lógica concreta, ou seja, aferida em função dos interesses abrigados no direito positivo constitucional”<sup>180</sup>.

---

<sup>178</sup> Idem, *ibidem*, p. 40.

<sup>179</sup> MELLO, 1998, p. 9.

<sup>180</sup> Idem, *ibidem*, p. 21-22.

Traduzindo para o tratamento diferenciado dado as MPE's, verifica-se que estão presentes todos os critérios, ou seja, há uma correlação lógica entre os privilégios concedidos e a justificativa (transformar a licitação em atividade de desenvolvimento econômico sustentável, gerar emprego e renda e erradicar a pobreza), bem como tal correlação está afinada com os preceitos constitucionais (art. 146, inciso III, alínea 'd', art. 170, inciso IX e art. 179 da Constituição Federal)<sup>181</sup>.

Para Jonas Lima o direito é sistêmico e suas normas não podem ser interpretadas de forma estanque, isoladas, mas sim como integrantes de um mesmo sistema. Por essa razão, o inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal, quando estabelece a 'igualdade de condições a todos os concorrentes', além do art. 3º da Lei nº 8.666/93, que impõe a 'igualdade' de tratamento entre os licitantes, o art. 4º do Anexo I do Decreto nº 3.555/00, bem como o art. 5º do Decreto nº 5.450/05, precisam ser observados em face do princípio do 'tratamento favorecido', insculpido no art. 170, inciso IX, da Constituição Federal<sup>182</sup>.

Por sua vez, Celso Antônio Bandeira de Mello, ao analisar a preferência dada às MPE's pela Lei Complementar nº 123/06, leciona:

Deve-se considerar que estas distintas providências correspondem a um exemplo paradigmático da aplicação positiva (ou seja, não meramente negativa) do princípio da igualdade, o qual, como é sabido, conforta tratamentos distintos para situações distintas, sempre que exista uma correlação lógica entre o fator discriminante e a diferença de tratamento. No caso concreto, é a própria Constituição Federal que impõe, como princípio da ordem econômica, o "tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País" (art. 170, IX). Ou seja: ali se determina a outorga de vantagens às sobreditas empresas. É a Lei Magna, portanto, que estabelece uma correlação entre o pequeno porte econômico de uma empresa e a justiça de se lhe atribuírem benefícios em sua atividade empresarial.<sup>183</sup>

---

<sup>181</sup> No mesmo sentido se manifestou José Anacleto Abduch Santos (As licitações e o estatuto da microempresa. *Revista JML de licitações e contratos*. Curitiba, v. I, n. 3, jun. 2007, p. 3-20).

<sup>182</sup> LIMA, 2007, passim.

<sup>183</sup> MELLO, 2013, p. 546.

#### 4.1.2 Selecionar a proposta mais vantajosa

A eleição da melhor proposta, por sua vez, está diretamente relacionada ao critério de julgamento escolhido pela Administração Pública, que deve estar orientado pelos seguintes fatores: qualidade, rendimento, preço, condições de pagamento, prazo e outros pertinentes ao objeto da licitação.

Em resumo, com fundamento nas lições do saudoso Mestre Hely Lopes Meirelles<sup>184</sup>, os fatores citados podem ser entendidos como:

- a) qualidade: é a aptidão do objeto para a satisfação de seus fins;
- b) rendimento: pode ser traduzido por produtividade, pois o que se procura, quando se realiza uma licitação, é a utilidade do objeto licitado;
- c) preço: é a contraprestação pecuniária do objeto da licitação;
- d) condições de pagamento: são fatores altamente influenciáveis no preço e, conseqüentemente, ponderáveis no julgamento das propostas;
- e) prazos: quer o pertinente à execução do objeto da licitação, quer ao pagamento, parcelamento, carência, entre outros.

Além desses, afirma Hely Lopes Meirelles, que outros fatores poderão estar previstos no edital, desde que peculiares a cada licitação e pertinentes ao seu objeto. Somente o administrador pode estabelecê-los, tendo em vista o caso concreto e as exigências específicas do serviço público em cada órgão da Administração.

Destarte, e como alertou Marcos Juruena Villela Souto, em palestra proferida no 7º Seminário Internacional de Compras Governamentais<sup>185</sup>, o que se pretende é a melhor proposta no mercado e não no processo licitatório.

---

<sup>184</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

<sup>185</sup> Evento realizado na cidade e Estado do Rio de Janeiro, nos dias 18 e 19 de setembro de 2006.

Logo, se existem falhas de mercado, está justificada a intervenção do Estado na economia. Como uma das falhas Villela destaca a existência de barreiras à entrada de novos competidores, principalmente nos mercados já dominados.

Igualmente, acertada a lição de Marçal Justen Filho, ao afirmar que ”a busca da maior vantagem na contratação administrativa relaciona-se com o princípio da República, que impõe o dever de eficiência<sup>186</sup> na gestão dos recursos públicos”.<sup>187</sup>

Entretanto, não nos parece acertada a conclusão por ele externada de que “se o Estado promover contratação desastrosa apenas para assegurar preferência em favor de uma pequena empresa, haveria dupla ofensa ao sistema jurídico”.<sup>188</sup> Isto porque, entendemos que a eleição da preferência está embasada tanto na aplicação do princípio constitucional da isonomia, quanto na possibilidade concreta de geração de emprego e renda para uma grande parcela da sociedade.

Para tanto, o Governo deveria garantir a preferência das micro e pequenas empresas sem descuidar do princípio da economicidade, previsto no art. 70 da Constituição Federal.

Isto porque é preciso sempre demonstrar que o preço ajustado é vantajoso, ou seja, compatível com os de mercado. Essa exigência deve ser atendida comprovando-se, por exemplo, através de orçamentos que o preço ofertado é o menor dentre os apresentados.

A economicidade deve ser avaliada no momento da prática do ato, tendo em vista as circunstâncias e segundo os padrões normais de conduta. Logo, a aleatoriedade dos fatos supervenientes não pode ser considerada para fins de avaliação do respeito ao princípio examinado.

---

<sup>186</sup> Emerson Gabardo destaca que “Diogenes Gasparini, Hely Lopes Meirelles e Adilson Abreu Dallari, há muito, estudavam o então ‘dever de eficiência’ que, traduzido do princípio do bom andamento ou boa administração, significa a realização rápida, responsável, maximizada, abrangente e perfeita da atividade, evitando-se gastos além dos necessários, dentro da adequada estrutura institucional” (*Princípio constitucional da eficiência administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 103).

<sup>187</sup> JUSTEN FILHO, 2007, p. 22.

<sup>188</sup> Idem, *ibidem*, p. 22-23.

A saída legal encontrada foi a criação de um critério de empate técnico, pelo qual a MPE, que tiver apresentado uma proposta com um valor igual ou até 10% (dez por cento) superior àqueles apresentados pelas demais empresas (ou de 5% na modalidade pregão), poderá apresentar uma nova proposta cobrindo o menor valor (arts. 44 e 45 da Lei complementar nº 123/2006)<sup>189</sup>.

Art. 44. Nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte.

§ 1º Entende-se por empate aquelas situações em que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 10% (dez por cento) superiores à proposta mais bem classificada.

§ 2º Na modalidade de pregão, o intervalo percentual estabelecido no § 1º deste artigo será de até 5% (cinco por cento) superior ao melhor preço.

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

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

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

III – no caso de equivalência dos valores apresentados pelas microempresas e empresas de pequeno porte que se encontrem nos intervalos estabelecidos nos §§ 1º e 2º do art. 44 desta Lei Complementar, será realizado sorteio entre elas para que se identifique aquela que primeiro poderá apresentar melhor oferta.

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

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

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

---

<sup>189</sup> Importante notar que os artigos 44 e 45 da Lei complementar nº 123/2006, tiveram vigência imediata a partir da publicação da lei.

O art. 44 estabelece, claramente, mais um critério de desempate, afora os já determinados pela Lei nº 8.666/1993, em seus arts. 3º, §2º (preferências por empresas) e 45, §2º (sorteio).

Nas licitações onde houver a participação de MPE's, deve-se dar a elas a preferência em caso de empate. O curioso é que por empate subentende-se a igualdade numérica das propostas, bem como, que a proposta apresentada pelas MPE's esteja até 10% (dez por cento) acima da melhor classificada nas modalidades arroladas no art. 22 da Lei nº 8.666/1993 (concorrência, tomada de preços, convite e leilão<sup>190</sup>) ou até 5% (cinco por cento), na modalidade pregão<sup>191</sup>.

O procedimento a ser adotado no caso de ocorrência do denominado empate ficto de propostas, em favorecimento às micro e pequenas empresas, está disciplinado no art. 45 da Lei complementar nº 123/2006:

1º) A MPE mais bem classificada será convocada para apresentar nova proposta, desde que inferior à considerada vencedora, hipótese em que lhe será adjudicado o objeto. Na modalidade pregão, a MPE terá o prazo máximo de 5 (cinco) minutos após encerrados os lances, para o exercício desse direito, sob pena de preclusão<sup>192</sup>.

2º) Se a MPE não apresentar nova proposta, serão convocadas as MPE's restantes no certame, desde que suas propostas estejam inseridas nos percentuais previstos no art. 44, momento em que lhes serão oferecidos, na ordem de classificação, o direito de apresentar nova proposta.

O sorteio somente será realizado se houver empate entre propostas ofertadas por micro e pequena empresas.

O objeto somente será adjudicado ao licitante que apresentou a proposta melhor classificada (a qual empatou com a da MPE), se os procedimentos descritos nos itens 1º e 2º restarem infrutíferos.

---

<sup>190</sup> A aplicação do critério de desempate à modalidade leilão decorre da analogia.

<sup>191</sup> Marçal Justen Filho (2007) refere-se ao 'empate ficto'.

<sup>192</sup> Por preclusão entenda-se a "perda de uma oportunidade processual (logo, ocorrida depois de instaurada a relação processual), pelo decurso do tempo previsto para seu exercício, acarretando a superação daquele estágio do processo (judicial ou administrativo)" (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 1071).

Ressaltamos que o exercício do direito previsto nos incisos do art. 45 da LC nº 123/2006 implica, nas modalidades concorrência, tomada de preços, convite, leilão e pregão presencial, na necessidade do comparecimento pessoal da MPE à sessão do certame.

## **5 O TRATAMENTO DIFERENCIADO E PRIVILEGIADO COMO POLÍTICA PÚBLICA**

O tratamento diferenciado e favorecido a ser concedido às MPE's, amparado no 'princípio' da função social da licitação, deve objetivar, como contido no art. 47 da Lei complementar nº 123/2006: I – a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional II – ampliação das políticas públicas; III – o incentivo à inovação tecnológica.

Estes três objetivos deverão servir como vetores de interpretação e aplicação do Capítulo V – Do Acesso aos Mercados da Lei Complementar nº 123/2006.

Ademais, poderão adotar as seguintes diretrizes gerenciais:

I – instituir cadastro próprio, de acesso livre, para as microempresas e empresas de pequeno porte sediadas regionalmente, com a identificação das linhas de fornecimento, de modo a possibilitar a notificação das licitações e facilitar a formação de parcerias e subcontratações;

II – estabelecer e divulgar um planejamento anual das contratações públicas a serem realizadas, com a estimativa de quantitativo e de data das contratações;

III – estabelecer e divulgar as especificações dos bens e serviços contratados de modo a orientar as microempresas e empresas de pequeno porte para que adequem os seus processos produtivos; e

IV – na definição do objeto da contratação, não utilizar especificações incompatíveis com as características dos produtos e serviços ofertados pelas microempresas e empresas de pequeno porte sediadas regionalmente.

Primeiramente, importante observar, na esteira de Marçal Justen Filho<sup>193</sup> e Jonas Lima<sup>194</sup>, que muito embora o tratamento diferenciado e simplificado atribuído às MPE's tenha decorrido de Lei Complementar, é cediço que referida exigência decorreu do fato de ter a lei, em seu corpo, tratado de matéria tributária.

Da mesma maneira, ressaltam Edgar Guimarães e Jair Eduardo Santana que:

... o status de lei complementar da LC nº 123/06 decorre do fato de ter o legislador optado por disciplinar, através de um único diploma legal, os diversos aspectos do regime jurídico das ME e EPP, incluindo aqueles de cunho tributário. A Constituição Federal de 1988 (art. 146, inc. III) determina que matéria de natureza tributária deverá ser veiculada através de lei complementar.

Não obstante, as normas relativas a licitações têm caráter de lei ordinária, o que, aliás, encontra-se previsto no art. 86 da LC nº 123/06: “as matérias tratadas nesta Lei Complementar que não sejam reservadas constitucionalmente a lei complementar poderão ser objeto de alteração por lei ordinária”.<sup>195</sup>

Desta forma, contrariamente ao afirmado por Jonas Lima<sup>196</sup>, entendemos não haver hierarquia entre lei complementar e lei ordinária, mas somente diferenças no tocante à matéria e quorum de votação<sup>197 198</sup>.

Acerca da interessante relação entre Lei complementar e Lei ordinária, merece destaque decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal

<sup>193</sup> “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 lei inferior”) nem do da especialidade (“a lei complementar prevalece sobre a lei ordinária, em matéria a ela reservada constitucionalmente”)” (*O Estatuto da Microempresa e as Licitações Públicas*, ob. cit., p. 17).

<sup>194</sup> LIMA, Jonas Sidnei Santiago de Medeiros. *Lei do Supersimples: ampliando o espaço das pequenas empresas nas licitações*. In: Curso Lex Editora S.A., fev. 2007, Curitiba. Disponível em: <<http://www.jonaslima.com>>. Acesso em: dez. 2012.

<sup>195</sup> SANTANA, Jair Eduardo; GUIMARÃES, Edgar. *Licitações e o novo estatuto da pequena e microempresa: reflexos práticos da LC nº 123/06*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 25.

<sup>196</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>197</sup> Michel Temer, ao discorrer sobre o assunto, conclui que “a distinção entre a lei ordinária e a lei complementar reside no âmbito material expressamente previsto, que, por sua vez, é reforçado pela exigência de um quorum especial para a sua aprovação”. Logo, “não há hierarquia alguma entre a lei complementar e a lei ordinária” (*Elementos de Direito Constitucional*, 18. ed., São Paulo: Malheiros, 2002. p. 148).

<sup>198</sup> Sustentam Edgar Guimarães e Jair Eduardo Santana que o conjunto normativo da LC nº 123/06 que trata das licitações poderá ser objeto de alterações, valendo-se o legislador do processo legislativo pertinente à lei ordinária, que é mais simplificado se comparado ao da lei complementar. (Idem, *ibidem*, p. 25).

Ao assim decidir, esta Corte, examinando a delicada questão concernente às relações entre a lei complementar e a lei ordinária, teve presente o magistério da doutrina [...] segundo o qual as normas formalmente inscritas em lei complementar, mas que dispuserem, no entanto, sobre temas estranhos ao âmbito de incidência material dessa espécie normativa (CF, art. 68) – qualificam-se como regras legais meramente ordinárias, subsumindo-se, em consequência, ao regime constitucional das leis ordinárias.<sup>199</sup>

Por sua vez, cediço que a Constituição Federal de 1988 impôs ao Estado Brasileiro um perfil eminentemente de Bem Estar Social, desta forma, tem o dever de intervir na ordem econômica e social mediante a implementação de políticas públicas e medidas concretas que visem à melhoria das condições de vida da população.

O princípio da supremacia da Constituição, de que flui o caráter cogente das políticas públicas nela traçadas, impõe a todos os segmentos de atividades atribuídas aos poderes públicos, a atuação de modo a concretizar *objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados*.

Segundo a concepção tradicional, a atividade contratual do Estado seria um meio para a Administração satisfazer necessidades imediatas, o que justifica a utilização de medidas protetivas à um grupo econômico como forma de incentivar o desenvolvimento regional.

Segundo Jessé Torres Pereira Júnior e Marinês Restelatto Dotti, “a atividade contratual da Administração Pública, mesmo quando no exercício de competências discricionárias, deve exprimir escolhas ditadas por políticas públicas e implementadas de acordo com normas jurídicas que viabilizem a concretização do interesse público”.<sup>200</sup>

Para tanto, elencam três condições para justificar tal afirmação:

1ª) A competição seletiva é isonômica e garante a identificação da proposta mais favorável.

---

<sup>199</sup> STF, Min. Celso Mello, Agravo de Instrumento 611.631.3, DJ de 15/3/07, RTJ 113/392.

<sup>200</sup> PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. *Políticas públicas nas licitações e contratações administrativas*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 33.

2ª) Preferência à execução indireta<sup>201</sup>, por terceiros, à direta, pelo próprio Estado.

3ª) Distância a Administração Pública dos conflitos político-partidários (*politics*)<sup>202</sup> e proporciona gestão técnica, racional e previsível, baseada no estrito cumprimento da lei e tutelada por sistema de controle interno e externo.

De acordo com Eros Roberto Grau, “a expressão políticas públicas designa todas as atuações do Estado, cobrindo todas as formas de intervenção do poder público na vida social”.<sup>203</sup>

Para Maria Paula Dallari Bucci, políticas públicas são “programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Políticas públicas são ‘metas coletivas conscientes’ e, como tais, um problema de direito público, em sentido lato”.<sup>204</sup>

Assim, para que os entes da federação possam promover o desenvolvimento econômico e social, bem como, ampliar a eficiência das políticas públicas<sup>205</sup>, entendemos que seja necessário:

1º) Definir quais as políticas públicas, no sentido de “processo de escolha dos meios para a realização dos objetivos do governo, com a participação dos agentes públicos e privados”<sup>206</sup>, que serão perseguidas e implantadas pela Administração. Isto significa que deverá a Administração ter, em seu quadro de pessoal, agentes públicos qualificados para a identificação das áreas passíveis de desenvolvimento. São os denominados “Gestores de Negócios”.

---

<sup>201</sup> Para estes autores, é exatamente a execução indireta que “faz da atividade contratual da Administração o caminho necessário e natural para viabilizar as compras, as obras e os serviços de que carecem os programas e projetos que materializarão aquelas políticas. Por isto que se introduzem na legislação regente das licitações e contratações normas de estímulo à contratação de objetos relevantes para tal implementação” (Idem, *ibidem*, p. 34).

<sup>202</sup> Importante destacar as ideias defendidas por Ronald Dworkin ao apresentar a expressão ‘diretriz’ como *policy*, já que é um “tipo de referencial que estabelece objetivos a serem alcançados, geralmente uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (apesar de que alguns objetivos são negativos, na medida em que estipulam um provimento atual que deve ser protegido contra mudanças adversas)” (*Is law a system of rules?*. The Philosophy of Law. New York:Oxford University Press, 1977. p. 43).

<sup>203</sup> GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 25

<sup>204</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 241.

<sup>205</sup> André Rosilho chama atenção para uma análise dos mecanismos de contratação pelo papel da doutrina quanto pela política pública (ROSILHO, 2013, p. 23).

<sup>206</sup> Idem, *ibidem*, p. 259.

2º) Definir, ainda, por meio de lei<sup>207</sup>, o plano para o estabelecimento dos “objetivos da política, os instrumentos institucionais de sua realização e outras condições de implementação”.<sup>208</sup>

3º) Alterar legislação de licitações e contratos, para permitir a efetiva implementação do tratamento diferenciado e simplificado às MPE’s<sup>209</sup>.

Verifica-se ser importante acrescentar ao caráter material proposto por Maria Paula Dallari Bucci, aspectos formais ou procedimentais, como proposto Amauri Feres Saad<sup>210</sup>.

A utilização do termo ‘poderá’ pela Lei complementar significa que a Administração tem a possibilidade de escolher se vai ou não conceder tratamento privilegiado às MPE’s, o que implica dizer que lhe foi atribuída uma competência discricionária.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro define a discricionariedade administrativa “como a faculdade que a lei confere à Administração para apreciar o caso concreto, segundo critérios de oportunidade e conveniência, e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas perante o direito”<sup>211</sup>. Assim, “seu fundamento se encontra no ordenamento jurídico positivo; é a própria lei que deixa ao administrador espaço para apreciação discricionária; trata-se de decorrência do princípio da legalidade”.<sup>212</sup>

---

<sup>207</sup> Como apontado por Eduardo García de Enterría, “A Lei não somente é o ponto de articulação das liberdades dos cidadãos, liberdades iguais e recíprocas, passando também a ser o instrumento através do qual impera o único poder legítimo em uma sociedade de homens livres, a vontade geral, atuando por meio de determinações gerais, impessoais e abstratas, às quais somente necessitarão ser particularizadas nos casos concretos por meio de agentes executores, funcionários ou juízes, para ser finalmente efetivas.” (*La lengua de los derechos: la formación del derecho público europeo tras la revolución francesa*. 2. ed., Madri: Civitas, 2001. Cap. 3. p. 129).

<sup>208</sup> Idem, ibidem, p. 259.

<sup>209</sup> As micro e pequenas empresas (MPE) e os empreendedores individuais (EI) de 101 municípios de todo o país já contam com mais uma arma para desenvolver seus negócios e disputar espaço no setor de compras governamentais. Essas cidades implantaram efetivamente a Lei Geral da Micro e Pequena Empresa, que privilegia as MPE e EI nas licitações públicas (Disponível em: <[www.convergenciadigital.com.br](http://www.convergenciadigital.com.br)>. Acesso em: jun. 2012).

<sup>210</sup> Para este autor, as políticas públicas são “estruturas normativas integradas tanto por atos jurídicos quanto por atos materiais, distribuídos entre os elementos funcionais: fins, propósitos, componentes e atividades, relacionados entre si, em ordem decrescente, por um liame de necessidade e satisfatividade” (Contribuição ao estudo do regime jurídico das políticas públicas em direito administrativo. dissertação. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2011).

<sup>211</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991. p. 41.

<sup>212</sup> Idem, 2004, p. 47.

Entretanto, se interpretado tal dispositivo em conformidade com todos os demais (acresça-se as observações referentes à nova natureza jurídica da licitação, bem como, aos princípios da isonomia e economicidade), não resta a Administração, seja ela federal, estadual ou municipal, outra conduta senão conceder referido privilégio. Sob pena, aliás, de estar incorrendo em improbidade administrativa, porquanto sua atuação estará afrontando os vetores de atuação do Estado Democrático de Direito.

Todavia, na medida em que a política pública seja estabelecida em textos constitucionais e/ou orgânicos, passa a dispor de cogência incontrastável, tornando-se sua execução exigível dos governos. É o caso do tratamento favorecido, diferenciado e simplificado devido às microempresas e empresas de pequeno porte, por força do comando explicitado nos arts. 146, III, *d*, 170, IX, e 179 da Constituição Federal.<sup>213</sup>

Isto porque, mesmo no exercício de competência discricionária<sup>214</sup>, deve a Administração, no caso concreto, buscar a melhor solução, isto é, não é qualquer solução que será legal, mas sim, a solução que atenda de forma única o interesse público.

Nesse sentido, leciona Celso Antônio Bandeira de Mello que

Uma vez que a atividade administrativa é desempenho de função e dado que função é o cumprimento obrigatório do dever de atingir uma finalidade antecipadamente estabelecida através o manejo de poderes exercitáveis no interesse de outrem, e estabelecido que a lei sempre e sempre impõe, como é natural, o dever de buscar-se a medida que atenda de modo preciso sua finalidade, resulta certo que a liberdade administrativa acaso conferida por uma norma de direito não significa sempre liberdade de eleição entre indiferentes jurídicos. Não significa poder de opções livres, como as do direito privado. Significa o dever jurídico funcional (questão de legitimidade e não de mérito) de acertar, ante a configuração do caso concreto, a providência – isto é, o ato – ideal, capaz de tingir com exatidão a finalidade da lei, dando, assim, satisfação ao interesse de terceiros – interesse coletivo e não do agente – tal como firmado na regra aplicanda.

<sup>213</sup> PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. *Microempresas, empresas de pequeno porte e sociedades cooperativas nas contratações públicas*. São Paulo: Editora NDJ, 2008, p. 22-23.

<sup>214</sup> Miguel Sánches Morón lembra que a lei não pode regular tudo, desta forma, ela atribui à Administração um poder de decisão próprio, mais ou menos extenso ou condicionado segundo alguns casos, que é o que chamamos *discricionariade administrativa (Derecho administrativo*. 4. ed., Madri: Tecnos, 2009. cap. I. p. 48).

Segue-se que a abstrata liberdade conferida ao nível da norma não define o campo da discricionariedade administrativa do agente, pois esta, se afinal for existente (ao ser confrontada a conduta devida com o caso concreto), terá sua dimensão delimitada por este mesmo confronto, já que a variedade de soluções abertas em tese pela norma traz consigo implícita a suposição de que algumas delas serão adequadas para certos casos, outras para outra ordem de casos e assim por diante.<sup>215</sup>

Ademais, importante verificar que se trata do exercício de função política as decisões prepostas à promoção do desenvolvimento econômico e social, bem como, a ampliação da eficiência das políticas públicas. Referida função, sempre discricionária, busca conduzir a Nação “à realização de seus fins essenciais, segundo as grandes diretrizes de orientação política fixadas pelo Estado”.<sup>216</sup>

Outrossim, o tratamento dado às MPE's tanto poderá ser diferenciado quanto simplificado, ou seja, admite certame direcionado somente a esta categoria de empresas e a exigência de uma documentação mais singela demonstrativa das condições de habilitação, bem como regras específicas de desempate de propostas.

Inicialmente, o fez com a elaboração da Lei Complementar nº 123, de 14/12/2006, a qual estabelece normas gerais relativos ao tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, especialmente no tocante às aquisições de bens e serviços pelos Poderes Públicos, à tecnologia, ao associativismo e às regras de inclusão.

**“Art. 1º Esta Lei Complementar estabelece normas gerais relativas ao tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, especialmente no que se refere:**

I – à apuração e recolhimento dos impostos e contribuições da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, mediante regime único de arrecadação, inclusive obrigações acessórias;

II – ao cumprimento de obrigações trabalhistas e previdenciárias, inclusive obrigações acessórias;

<sup>215</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 47-48.

<sup>216</sup> STROPPA, Yara Martinez de Carvalho e Silva. Função administrativa no estado brasileiro, *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 8, 1994, p. 156.

**III – ao acesso a crédito e ao mercado, inclusive quanto à preferência nas aquisições de bens e serviços pelos Poderes Públicos, à tecnologia, ao associativismo e às regras de inclusão.” (g.n.)**

Ato contínuo, deverão haver medidas administrativas concretas para a efetiva implantação do tratamento diferenciado, bem como, a expedição de legislação específica de cada ente federativo, possibilitando validar as alterações introduzidas pela Lei Complementar nº 123/2006.

Todavia, a existência de legislação sobre o assunto, por si só, não garante a busca pela função social da licitação e a concretização dessa política pública, pois se faz necessária uma mudança radical nas ideias e comportamentos profundamente enraizados.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O instituto da Licitação, desde seus primórdios, sempre foi analisado pela doutrina nacional como um procedimento para escolha imparcial do melhor negócio para o Poder Público.

A dinâmica da vida social implica no surgimento de novas questões essenciais a serem resolvidas por meio de uma reestruturação do papel e do modus operandi da atuação estatal.

Nesse contexto, insere-se a releitura da Licitação, como forma de intervenção do Estado na ordem econômica para garantia dos preceitos constitucionalmente estabelecidos.

Para tanto, passa a ser papel do Estado a utilização do poder de compra, como forma de desenvolvimento econômico e social.

Com a expedição da Lei complementar nº 123/2006, em especial pelo seu Título V – Do Acesso ao Mercado, garante o Estado que as micro e pequenas empresas possam competir nos processos licitatórios em uma posição privilegiada e diferenciada.

Encontrando fundamento constitucional, arts. 170, inciso IX e 179, os benefícios instituídos pela citada legislação justificam uma nova visão do instituto da Licitação, que passa a ter natureza jurídica de atividade-fim do Estado.

Exatamente por este caráter de função social atribuído à licitação, é que as determinações constantes da Lei complementar nº 123/2006, em especial seus arts. 42 a 49, não afrontam o princípio constitucional da isonomia (art. 5º, ‘caput’).

Isto porque, o alcance do princípio da isonomia “não se restringe a nivelar os cidadãos diante da norma legal posta, mas que a própria lei não pode ser editada em desconformidade com a isonomia”<sup>217</sup>.

Desta forma, a isonomia entre os concorrentes de um certame licitatório admite o tratamento diferenciado entre desiguais para a determinação da real extensão de seu universo.

---

<sup>217</sup> MELLO, 1998, p. 9.

Acerca da vantajosidade da proposta, de se notar, de início, que na noção de atividades econômicas estão compreendidas as “industriais ou comerciais que o Estado, ...desempenha basicamente sob regime de Direito Privado, ..., isto é, atividade própria dos particulares; atividade privada, portanto, e, bem por isto, insuscetível de ser qualificada como serviço público”.<sup>218</sup>

Destarte, permitindo o art. 173 da Consituição que o Estado, em situações especiais, intervenha no domínio econômico quando necessária para disciplinar hipótese de relevante interesse coletivo<sup>219</sup>; instituir um tratamento específico e diferenciado para as micro e pequenas empresas nas Licitações, com o objetivo de geração de emprego, renda e desenvolvimento, é motivo bastante para justificar o uso do instituto da licitação como instrumento de intervenção no mercado.

Como consequência do reconhecimento da situação diferenciada da MPE's e da aplicação de políticas públicas privilegiadas, estarão sendo atendidos os dois objetivos da licitação: isonomia e melhor proposta<sup>220</sup>.

Verifica-se que a introdução da Lei complementar nº 123/2006, em especial seus arts. 42 a 45<sup>221</sup>, inseriu um novo paradigma nas compras públicas, porquanto aliou a eficiência inserida pela modalidade pregão (Lei nº 10.520/2002), com o uso do poder de compra do Estado.

Como reforçado por André Rosilho, parece ganhar força a noção de que a melhor contratação não é necessariamente a mais barata – ao menos não em todos os casos; tudo indica que a ideia que permeou tanto o Decreto-lei 200/1967 quanto o Decreto-lei 2.300/1986, segundo a qual a boa contratação é aquela que mais se afina ao interesse público – para isso importando não apenas seu valor, mas também sua qualidade e a relação custo/benefício –, está voltando a fazer parte do discurso jurídico<sup>222</sup>.

---

<sup>218</sup> Idem, ibidem, p.701.

<sup>219</sup> Não esqueçamos ainda do contido no artigo 174 da Constituição Federal, que prevê o Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica, logo, podendo adotar as medidas necessárias para promover, estimular, favorecer e auxiliar a ampliação da participação das MPE's nas compras governamentais.

<sup>220</sup> Evidente, então, que contrariamente ao afirmado por Marçal Justen Filho, a preferência atribuídas às MPE's pode se coadunar com a obtenção da proposta mais vantajosa.

<sup>221</sup> Os demais dispositivos da Lei complementar nº 123/2006, por não serem de aplicação imediata e estando dependentes de expressa previsão editalícia, não são, por si só, suficientes para instaurar uma nova era no cenário das Licitações Públicas.

<sup>222</sup> ROSILHO, André. *Licitação no Brasil*. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 183.

Entretanto, nem todos os Estados da federação implementaram as diretrizes estabelecidas pela Lei complementar nº 123/2006:

- (i) possuem legislação e programa de incentivo: RS, MG, RJ, ES, BA, SE, AL, RN.
- (ii) possuem legislação mas não programa de incentivo: SC, SP, MS, GO, DF, MT, RO, AC, AM, RR, PA, AP, PE, PB.
- (iii) não possuem legislação nem programa de incentivo: PR, TO, PI, CE, MA.

Recentemente foi criada a Secretaria da Micro e Pequena Empresa, com status de Ministério, pela Lei nº 12.792, de 28 de março de 2013, tendo como atribuições:

Art. 24-E. À Secretaria da Micro e Pequena Empresa compete assessorar direta e imediatamente o Presidente da República, especialmente:

I - na formulação, coordenação e articulação de:

- a) políticas e diretrizes para o apoio à microempresa, empresa de pequeno porte e artesanato e de fortalecimento, expansão e formalização de Micro e Pequenas Empresas;
- b) programas de incentivo e promoção de arranjos produtivos locais relacionados às microempresas e empresas de pequeno porte e de promoção do desenvolvimento da produção;
- c) programas e ações de qualificação e extensão empresarial voltadas à microempresa, empresa de pequeno porte e artesanato; e
- d) programas de promoção da competitividade e inovação voltados à microempresa e empresa de pequeno porte;

II - na coordenação e supervisão dos Programas de Apoio às Empresas de Pequeno Porte custeados com recursos da União;

III - na articulação e incentivo à participação da microempresa, empresa de pequeno porte e artesanato nas exportações brasileiras de bens e serviços e sua internacionalização.

§ 1º A Secretaria da Micro e Pequena Empresa participará na formulação de políticas voltadas ao microempreendedorismo e ao microcrédito, exercendo suas competências em articulação com os demais órgãos da administração pública federal, em especial com os Ministérios do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, da Fazenda, da Ciência, Tecnologia e Inovação e do Trabalho e Emprego.

Assim, há muito a ser feito para que as prerrogativas previstas na Lei complementar nº 123/2006 sejam efetivamente implementadas.

Para possibilitar a efetiva concretização dessa política pública, foi assinado um Convênio de Cooperação Geral entre o Conselho Nacional dos Secretários de Estado da Administração – CONSAD e o Sebrae Nacional, objetivando o desenvolvimento de ações que estimulem a participação das micro e pequenas empresas nas compras governamentais.

Afora isso, uma parceira entre o Sebrae Nacional, a Associação dos Membros dos Tribunais de Contas (ATRICON) e o Instituto Rui Barbosa (IRB) vai proporcionar uma série de ações visando fortalecer a implementação da Lei Geral das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte nos municípios brasileiros.

## REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Regulação da Economia: conceito e características. In: CARDOZO, José Eduardo et. al. *Curso de Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006. v. III.

ARANTES, Rafael Setúbal. Comercialização no Mercado Interno e Compras Governamentais. In: CONFERÊNCIA BRASILEIRA SOBRE ARRANJOS PRODUTIVOS LOCAIS – Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, 2. Set. 2005, Rio de Janeiro. Disponível em: <[http://www.desenvolvimento.gov.br/arquivos/dwnl\\_1199710858.pdf](http://www.desenvolvimento.gov.br/arquivos/dwnl_1199710858.pdf)>. Acesso em: dez. 2012 .

ATHAYDE, Augusto de. *Estudos de direito econômico e de direito bancário*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1983.

ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 2.

BEZDOS, Clóvis. *Aspectos jurídicos da indenização na desapropriação*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

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

BONFIM, Ana Paula Rocha do. *Comentários ao estatuto nacional das microempresas e empresas de pequeno porte – LC 123/2006*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

BORGES, Alice Gonçalves. Aplicabilidade de normas gerais de lei federal aos Estados. *RDA 194/97-106*. Rio de Janeiro: Renovar, outubro-dezembro/1993.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.

BUGARIN, Paulo Soares. *O princípio constitucional da economicidade na jurisprudência do Tribunal de Contas da União*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

CARDOZO, José Eduardo Martins et al. *Curso de direito administrativo econômico*, vol. I, São Paulo: Malheiros Editores, 2006, v. I.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito administrativo econômico*, vol. III, São Paulo: Malheiros Editores, 2006, v. III.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 25. ed., São Paulo: Atlas, 2012.

CITADINI, Antônio Roque. *Comentários e Jurisprudência sobre a Lei de Licitações Públicas*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1999.

CRETILLA JR., José. *Das licitações públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 1993

DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos jurídicos da licitação*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

\_\_\_\_\_. *Discricionabilidade administrativa na Constituição de 1988*, São Paulo: Atlas, 1991.

DWORKIN, Ronaldo N. *Is law a system of rules?. The Philosophy of Law*. New York:Oxford University Press, 1977.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, *Contratação direta sem licitação*. 5. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2004.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes. SEBRAE, Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas. *Como compras da micro e pequena empresa o novo papel do comprador: preferência às micro e pequenas empresas: comentários às modalidades de licitação, inclusive o pregão: procedimentos exigidos para a efetivação do tratamento diferenciado às MPE*. Brasília, 2008.

FERNANDES, Ricardo VC; ALVES, Tatiana Muniz S. *Licitações, contratos e convênios administrativos: desafios e perspectivas aos 20 anos da Lei nº 8.666/1993*, Belo Horizonte: Fórum, São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

FERRAZ, Luciano. Função regulatória da licitação. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico – REDAE*. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 19, ago/out. 2009. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-19-AGOSTO-LUCIANO-FERRAZ.pdf>. Acesso em: mai. 2013.

FERREIRA, Daniel. *A licitação pública no Brasil e sua finalidade legal: a promoção do desenvolvimento nacional sustentável*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

FILOMENO, José Geraldo. *Manual de Direitos do Consumidor*, 7. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2004.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de licitações e contratos administrativos*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007.

GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002.

GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e contratos administrativos: casos e polêmicos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La lengua de los derechos: a formación del derecho público europeo tras la revolución francesa*. 2. ed., Madri: Civitas, 2001.

GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Títulos de crédito e contratos mercantis*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 22.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 5. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

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

\_\_\_\_\_. *O estatuto da microempresa e as licitações públicas*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2007.

\_\_\_\_\_. *O estatuto da microempresa e as licitações públicas*. 1. ed. São Paulo: Dialética, 2007.

LIMA, Jonas Sidnei Santiago de Medeiros. *Lei do Supersimples: ampliando o espaço das pequenas empresas nas licitações*. In: Curso Lex Editora S.A., fev. 2007, Curitiba. Disponível em : <jonaslima.com>. Acesso em dez. 2012.

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

MACHADO JÚNIOR., José Teixeira. *A Lei 4.320 comentada*, 31. ed., Rio de Janeiro: IBAM, 2002/2003.

MARQUES NETO, Floriano P. de Azevedo. Contrato administrativo: superveniência de fatores técnicos dificultadores da execução de obra. Inaplicabilidade dos limites de 24% de acréscimos. *BLC* n. 2, 2001.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Interesses públicos e privados na atividade estatal de regulação. In: MARRARA, Thiago (Org.). *Princípios de direito administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público*. São Paulo: Atlas, 2012.

MARTINS, Ricardo Marcondes. *Regulação administrativa à luz da constituição federal*. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes Meirelles. *Licitação e contrato administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

\_\_\_\_\_. *Direito administrativo brasileiro*. 38. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

MELCHOR, Paulo. Pequena empresa – um princípio da ordem econômica nacional como instrumento de justiça social e dignidade humana. *Dissertação*. Universidade Metropolitana de Santos, São Paulo, 2004.

MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

\_\_\_\_\_. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

\_\_\_\_\_. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas licitações e contratos: estudos e comentários sobre as Leis 8.666 e 8.987/95, a nova modalidade do pregão e o pregão eletrônico; impactos da lei de responsabilidade fiscal, legislação, doutrina e jurisprudência*. 12. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

\_\_\_\_\_. In: Adilson Abreu Dallari; Carlos Valder do Nascimento; Ives Gandra da Silva Martins (Org.). *Tratado de direito administrativo*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MOURA, Carlos Eduardo de. *Compras Governamentais das Microempresas*. Mercado – 359/122/ABR/2004. Disponível em: <[www.zenite.com.br](http://www.zenite.com.br)>. Acesso em: dez. de 2012.

NOHARA, Irene Patrícia. *Direito administrativo*. 3. ed., São Paulo: Atlas, 2013.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni. Processo administrativo no estado democrático de direito. A questão da regularidade dos atos processuais administrativos. *Fórum Administrativo*, ano 1, n. 4, jun. 2001,

PALAVÉRI, Marcelo. *Licitações públicas – comentários e notas às súmulas e à jurisprudência do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

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

\_\_\_\_\_. *Microempresas, empresas de pequeno porte e sociedades cooperativas nas contratações públicas*. São Paulo: Editora NDJ, 2008.

\_\_\_\_\_. As Sociedades Cooperativas e o tratamento privilegiado concedido às microempresas e empresas de pequeno porte (Lei Complementar nº 123/06 e Lei nº 11.488/07). *Revista Virtual da AGU*, Ano VII nº 71, dez. 2007. Disponível em <[http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateTexto.aspx?idConteudo=79802&ordenacao=1&id\\_site=1115](http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateTexto.aspx?idConteudo=79802&ordenacao=1&id_site=1115)>. Acesso em: mai. 2013.

QUICK, Bruno. *Uso do poder de Compras Públicas para o desenvolvimento dos pequenos negócios*. Palestra proferida no XII Seminário Internacional, V Fomenta Nacional, realizado em Belo Horizonte – MG, em 21 de novembro de 2012. Disponível em: <<http://www.fomentasebrae.com.br>>. Acesso em: dez. 2012.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. v. 01. São Paulo: Saraiva 2003.

ROCHA, Silvio Luiz Ferreira da. *Manual de direito administrativo*, São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

ROSILHO, André. *Licitação no Brasil*. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

SAAD, Amauri Feres. Contribuição ao estudo do regime jurídico das políticas públicas em direito administrativo. dissertação. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2011.

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Derecho administrativo*. 4. ed. Madri: Tecnos, 2009, cap. I, p. 37-70.

SANTANA, Jair Eduardo; GUIMARÃES, Edgar. *Licitações e o novo estatuto da pequena e microempresa: reflexos práticos da LC nº 123/06*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

\_\_\_\_\_. Visão geral do estatuto das microempresas e seu impacto nas licitações. *Biblioteca Digital Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*. Belo Horizonte, ano 8, n. 94, out. 2009.

SANTOS, José Anacleto Abduch. As licitações e o estatuto da microempresa. *Revista JML de licitações e contratos*. Curitiba, v. I, n. 3, jun. 2007.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 25. ed. Rio da Janeiro: Forense, 2004.

SOIBELMAN, Félix. Função social do contrato, *Jus Navegandi*, Teresina, ano 9, n. 681, 17 maio 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6696>>. Acesso em: dez. 2012.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo da economia*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2003.

\_\_\_\_\_. *Direito administrativo contratual*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

STROPPIA, Yara Martinez de Carvalho e Silva. Função administrativa no estado brasileiro. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 8, 1994.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 4. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

\_\_\_\_\_. *Licitação e contrato administrativo de acordo com as Leis 8.666/93 e 8.883/94*. São Paulo: Malheiros Editores, 1994.

\_\_\_\_\_. Como reformar as licitações?. *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

\_\_\_\_\_. Contratações públicas e o princípio da concorrência. *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

SZKLAROWSKY, Leon Frejda. O Código de Proteção e Defesa do Consumidor e os Contratos Administrativos, *BLC*, São Paulo, ago. 1999.

TALAVERA, Glauber Moreno. A função social do contrato no novo Código Civil, *CEJ*, Brasília, DF, n. 19, p. 94-96, out./dez. 2002.

TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 18. Ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

### **Periódicos Consultados**

*BLC – Boletim de Licitações e Contratos*. São Paulo/SP, Editora NDJ.

*RDA – Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro/RJ, Fundação Getúlio Vargas, Editora Renovar.

*FA – Fórum Administrativo*. Belo Horizonte/MG, Editora Fórum.

Termo de Referência de Compras Governamentais – *Sebrae*. Brasília/DF, 2012. Disponível em: <<http://sebrae.com.br>>. Acesso em: jun. 2013.

### **Sites**

1. [www.sebrae.com.br](http://www.sebrae.com.br)
  - O Brasil comprando mais de micro e pequena empresa.
  - Pequena empresa pode ter preferência nas compras governamentais (13.2.06).
  - Texto final garante avanços importantes para os pequenos negócios (6.9.06).
  - Seminário discutirá alterações na legislação em favor das micro e pequenas empresas (15.6.04).

- Para Fecomercio-SP, Lei Geral garante cidadania para pequenas (6.9.06).

- Senado Federal aprova nova Lei Geral das MPE's (8.11.06).

2. 5º Seminário Internacional de Compras Governamentais

- Apresentação do Cláudio Veras – Consultor / Coordenador do Projeto Compras Governamentais Unidade de Políticas Públicas Sebrae NA – Os Municípios, as pequenas empresas e as compras locais.

3. Apresentação: Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão

- Programa: Uso do Poder de Compras do Estado dirigido à ampliação da participação das MPE's nas compras eletrônicas.

- Projeto de ampliação da participação das MPE's nas compras eletrônicas.

4. [www.convergenciadigital.com.br](http://www.convergenciadigital.com.br)

5. Agência Brasil

- Estudo incentiva debate sobre desenvolvimento das MPE's (25.8.04).

- Micro e pequenas empresas fornecem 10,5% de bens e serviços ao Governo (23.7.06).

6. Comprasnet

- MPE's vão ter mais participações nas licitações (29.3.04).

- Governo quer ampliar participações das MPE's nas Compras Públicas (11.7.06).

7. [www.governoeletronico.gov.br](http://www.governoeletronico.gov.br)

- Micro e pequenas empresas preferem o pregão eletrônico (21.7.06).

- Propostas para ampliar participação das micro e pequenas empresas nas compras do governo serão apresentadas na Mostra de TIC (14.3.05).

- Fórum discute mudanças na lei de licitações (18.8.06).

- Governo quer ampliar participação das MPE's nas compras públicas (6.7.06).

8. [www.migalhas.com.br](http://www.migalhas.com.br)

- As novas preferências em favor das pequenas empresas nas licitações. Marçal Justen Filho, *Pílulas da Informação* (2.2.07).

9. [www.folha.uol.com.br](http://www.folha.uol.com.br)

- 93% dos Municípios violam lei que ajuda as micro e pequenas, *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 19 ago. 2012. Mercado mpme, Caderno B11.

10. Disponível em: <<http://www.fecomercio-rj.org.br/publique/media/4.pdf>>. Acesso em: dez. 2012.

11. Ley Para El Desarrollo De La Competitividad De La Micro, Pequeña Y Mediana Empresa. Disponível em: <<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/247.pdf>>. Acesso em: dez. 2012.

12. Disponível em: <[http://www.unescap.org/unis/press/G\\_05\\_00.htm](http://www.unescap.org/unis/press/G_05_00.htm)>. Acesso em: mai. 2013.

13. *Composition of macro geographical (continental) regions, geographical sub-regions, and selected economic and other groupings (footnote C)*. Divisão Estatística das Nações Unidas (revisado em 17 de outubro de 2008). Disponível em: <<http://unstats.un.org/unsd/methods/m49/m49regin.htm#ftnc>>. Acesso em: mai. 2013.

14. Restrições ao setor privado nos países em desenvolvimento. cap. 2. p. 11-20. (Disponível em: < [http://web.undp.org/cpsd/documents/report/portuguese/chapter2\\_p.pdf](http://web.undp.org/cpsd/documents/report/portuguese/chapter2_p.pdf)>. Acesso em: mai. 2013.

15. *Observatório da Lei Geral da Micro e Pequena Empresa*. Disponível em: <<http://www.leigeral.com.br/porta1/>>. Acesso em 28 de julho de 2013.

16. *Portal do Empreendedor*. Disponível em: <<http://www.portaldoempreendedor.gov.br>>. Acesso em: jun. 2013.