

**Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP  
Escola de Direito de Brasília - EDB  
Escola de Administração de Brasília**

**VÍTOR GUILHERME MARTINS DE OLIVEIRA**

**EM QUE MEDIDA É EFETIVO O TRATAMENTO DIFERENCIADO CONFERIDO  
ÀS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE EM LICITAÇÕES  
PÚBLICAS?**

**GOIÂNIA,  
MARÇO 2017**

**VÍTOR GUILHERME MARTINS DE OLIVEIRA**

**EM QUE MEDIDA É EFETIVO O TRATAMENTO DIFERENCIADO CONFERIDO  
ÀS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE EM LICITAÇÕES  
PÚBLICAS?**

Monografia apresentada ao Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* como requisito parcial à obtenção do grau de especialista em Controle Externo e Governança Pública.

Orientador: Prof. Odilon Cavallari de Oliveira

**GOIÂNIA,  
MARÇO 2017**

**VÍTOR GUILHERME MARTINS DE OLIVEIRA**

**EM QUE MEDIDA É EFETIVO O TRATAMENTO DIFERENCIADO CONFERIDO  
ÀS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE EM LICITAÇÕES  
PÚBLICAS?**

Monografia apresentada ao Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* como requisito parcial à obtenção do grau de especialista em Controle Externo e Governança Pública.

Goiânia, 28 de março de 2017.

---

Orientador: Prof. Mestre Odilon Cavallari de Oliveira

---

## DEDICATÓRIA

Aos meus queridos pais, Márcio Elísio de Oliveira e Maria Terezinha Martins de Oliveira, e irmãos por estarem sempre ao meu lado me apoiando em tudo o que eu preciso.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço, em especial, aos mestres, doutores e especialistas que conduziram o Curso de Especialização em Direito Tributário pela Universidade Anhanguera - IDP.

Aos professores ao longo do meu curso de graduação, porquanto essenciais na transmissão de conhecimentos e experiências que enriqueceram a minha vida, tanto acadêmica como social, contribuindo imensamente para a minha formação profissional.

## RESUMO

Esta monografia circunscreve-se na análise dos produtos do tratamento diferenciado e favorecido conferido às microempresas e empresas de pequeno porte, se eles realmente coadunam com o interesse público e com os princípios constitucionais gerais e licitatórios que regem o ordenamento pátrio. Há, ainda, suposto embasamento a esse tratamento diferenciado. Em que pese essa premissa, ele é justo, bem como social e economicamente adequado em face dos certames licitatórios realizados pelo Poder Público? Em outras palavras, tem-se que o presente trabalho tentará analisar se é justo ou não o tratamento diferenciado conferido às microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito das licitações realizadas pelos órgãos e entidades da Administração Pública.

**Palavras-chave:** normatização, licitação, contratação pública, competitividade, igualdade.

## **ABSTRACT**

This monograph is confined to the analysis of the products of the differentiated and favored treatment given to micro and small enterprises, if they really fit the public interest and with the general constitutional principles and bidding rules governing the country's order. There is also a supposed basis for this differential treatment. There is also a supposed basis for this differential treatment. In spite of this premise, is it fair, as well as socially and economically appropriate in the face of the biddings held by the Public Power? In other words, the present work will try to analyze whether or not the differential treatment given to microenterprises and small businesses in the scope of bids made by the organs and entities of the Public Administration.

**Keywords:** regulation, bidding, public contracting, competitiveness, equality.

## **LISTAS DE ABREVIATURAS**

ME - Microempresa

EPP – Empresa de Pequeno Porte

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>09</b>
<b>I – AS LICITAÇÕES PÚBLICAS E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS LICITATÓRIOS .....</b>	<b>11</b>
<b>1.1. AS LICITAÇÕES PÚBLICAS .....</b>	<b>11</b>
<b>1.2. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS LICITATÓRIOS .....</b>	<b>14</b>
1.2.1. OS PRINCÍPIOS DA IGUALDADE, DA ISONOMIA E DA IMPESSOALIDADE .....	14
1.2.2. OS PRINCÍPIOS DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO E DO JULGAMENTO OBJETIVO .....	16
1.2.3. O PRINCÍPIO DA COMPETITIVIDADE .....	17
1.2.4. OS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE .....	18
1.2.5. OS PRINCÍPIOS DA MORALIDADE E DA PROBIDADE .....	19
<b>II - OS BENEFÍCIOS CONFERIDOS ÀS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE EM LICITAÇÕES PÚBLICAS .....</b>	<b>20</b>
2.1. O TRATAMENTO DIFERENCIADO E FAVORECIDO EM RELAÇÃO À REGULARIDADE FISCAL E À REGULARIDADE TRABALHISTA ....	24
2.2. O TRATAMENTO DIFERENCIADO E FAVORECIDO FACE AO DIREITO DE PREFERÊNCIA .....	26
2.3. OUTRAS INOVAÇÕES ATINENTES AO TRATAMENTO DIFERENCIADO E FAVORECIDO CONFERIDO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS .....	29
2.4. RESTRIÇÕES AO TRATAMENTO DIFERENCIADO E FAVORECIDO CONFERIDO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS .....	31
<b>III - OS BENEFÍCIOS CONFERIDOS ÀS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE EM LICITAÇÕES PÚBLICAS À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS LICITATÓRIOS .....</b>	<b>33</b>
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>42</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>50</b>
<b>ANEXOS .....</b>	<b>51</b>

## INTRODUÇÃO

O tema do presente Trabalho de Conclusão de Curso – TCC adstringe-se, em linhas gerais, às licitações e contratações realizadas pelo Poder Público. Tendo em vista a sua amplitude, limitou-se a sua análise em face do tratamento diferenciado conferido às microempresas e às empresas de pequeno porte.

Dentre as normativas indicadas no inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal de 1988, destaca-se a obrigatoriedade, salvo exceções fixadas na legislação infraconstitucional, de órgãos e entidades da Administração Pública realizarem compras e alienações, bem como contratarem obras e quaisquer serviços por meio de procedimento licitatório que garanta plena situação de igualdade a todos os concorrentes.

Neste contexto, conforme referido mandamento do constituinte pátrio, observa-se que, regra geral, a observância aos regramentos atinentes à licitação pública é dever de todo e qualquer gestor público.

Ademais, reitera-se que a própria Constituição Federal de 1988 consignou, expressamente, a igualdade de condições a todos os licitantes concorrentes.

Desta feita, tem-se que as licitações públicas devem, também, ser regidas pelos Princípios Constitucionais da Igualdade e da Isonomia.

A escolha do tema em destaque tem por lastro a minha atividade profissional no Tribunal de Contas do Estado de Goiás – TCE/GO no que pertine à fiscalização do erário estadual, bem como a minha carreira no serviço público.

Neste contexto, há, aproximadamente, 10 (dez) anos, presto serviços exclusivamente ao Estado de Goiás.

No período em referência, fui servidor efetivo, por 05 (cinco) anos, do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás – TJ/GO, sendo, por 02 (dois) anos, pregoeiro e membro da Comissão Permanente de Licitação - CPL do TJ/GO.

Adiante, há, também, as normas estabelecidas na alínea “d” do inciso IV do art. 146, no inciso IX do art. 170 e no art. 179, todos da Constituição Federal de 1988, que supostamente fundamentaram o legislador infraconstitucional a instituir o tratamento favorecido e diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte.

Assim, tem-se que o referido tratamento diferenciado, ao menos aparentemente, ostenta previsão constitucional, o que demonstra o seu contexto

histórico-político e a sua relevância, e tem repercussão econômica, bem como social nas contratações da Administração Pública.

Ressalte-se, ainda, que todo e qualquer tema que abarque, seja direta ou indiretamente, licitações públicas, por envolver recursos da sociedade contribuinte, sempre é alvo de muitos questionamentos. É, ademais, um assunto intrigante e controvertido.

Destarte, tem-se como objetivo maior analisar os produtos do tratamento diferenciado e favorecido conferido às microempresas e empresas de pequeno porte, se eles realmente coadunam com o interesse público e com os princípios e normas que regem o ordenamento pátrio.

A priori, como já bem destacado, tem-se que o tratamento diferenciado conferido às microempresas e empresas de pequeno porte é constitucional, porquanto expressamente subsidiado na normativa constitucional.

Em que pese essa premissa, ele é justo, bem como social e economicamente adequado em face dos certames licitatórios realizados pelo Poder Público?

Em outras palavras, tem-se que o presente trabalho tentará analisar se é justo ou não o tratamento diferenciado conferido às microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito das licitações realizadas pelo Poder Público.

A fim de corroborar o presente estudo, destaca-se, dentre outros, o posicionamento do doutrinador Joel de Menezes Niebuhr.

## **CAPÍTULO I – AS LICITAÇÕES PÚBLICAS E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS LICITATÓRIOS**

Passa-se, no presente momento, a discorrer, brevemente, acerca das licitações públicas.

Em seguida, centraliza-se o estudo nos Princípios Licitatórios, especialmente aqueles estabelecidos no texto constitucional.

### **1.1. AS LICITAÇÕES PÚBLICAS**

A Administração Pública da República Federativa do Brasil, em seu aspecto subjetivo, compreende pessoas jurídicas públicas e privadas, bem como órgãos e agentes incumbidos de exercer, dentre outras, a função de atividade administrativa própria, que é altamente complexa e que constitui a face objetiva do conceito de Administração.

Neste contexto, o Princípio da Supremacia do Interesse Público consubstancia norte imprescindível e vinculante, impingindo a toda e qualquer atividade e função administrativa o absoluto atendimento a uma vontade externa, coletiva e necessariamente atinente à finalidade e aos interesses públicos vigentes, tanto no momento de elaboração da lei, quanto no seu rito de aplicação.

Tendo em vista a plena satisfação desse interesse público, o Estado, via os órgãos e entidades que compõem a Administração Pública, tem sofrido transformações substanciais, dentre as quais se destacam, dentre outras, a ampliação do conceito de serviço público e o advento de novos entendimentos acerca de sua própria atuação, que passou a abranger, cada vez mais, além da ordem pública, as esferas econômica e social.

Nesse sentido, cobra-se a existência de uma relação de equilíbrio entre o liberalismo e o conceito de Estado Social.

Almejando a estabilização desse pêndulo, prega-se, em linhas gerais, a redução ou, ao menos, a não ampliação do aparato estatal, fundando-se na imperiosa necessidade de fortificação e majoração da eficácia e da eficiência na utilização dos recursos públicos.

A par dessas premissas, tem-se por inconveniente que o Poder Público realize todas as suas atividades às expensas de sua própria estrutura, em que se mostra mais adequado que ele recorra aos particulares, não realizando gastos com a aquisição de insumos e à contratação de mais pessoal.

Sobre a matéria, assim discorre Marçal Justen Filho:

**Por outro lado, a satisfação das necessidades estatais depende, em muitos casos, da atuação de particulares. Assim se passa, em primeiro lugar, porque o Estado não dispõe de conhecimento, de recursos materiais ou de pessoal necessários para a execução de serviços ou a produção de bens de que necessita. Na maior parte dos casos, é economicamente mais vantajoso o Estado recorrer aos particulares (...). Portanto, pode ser mais eficiente que o Estado se dedique às atividades essenciais a ele atribuídas pela Nação e promova a contratação de terceiros para obter os bens e serviços de que necessita.**<sup>1</sup>  
(sem grifos no original)

Tendo em vista a satisfação dessa contínua necessidade, qual seja a de a Administração Pública contratar particulares para o desempenho das atividades e serviços que lhe são necessários, o poder constituinte originário concluiu não ser conveniente e adequada a realização das eventuais contratações ao seu livre arbítrio, estabelecendo, portanto, no art. 37, XXI<sup>2</sup>, da Constituição Federal de 1988, o dever de licitar como regra para a contratação de obras, serviços, compras e para alienações pelos órgãos e entidade que compõem a Administração Pública, seja ela direta ou indireta.

Em acréscimo, apura-se que o referido normativo foi regulamentado pela Lei n.º 8.666/93. Observe o disposto em seu art. 1º, *verbis*:

Art. 1º Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

**Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.**” (sem grifos no original)

Nesse sentido, atesta-se que o normativo *suso* mencionado alcança os órgãos e entidades da Administração Pública Direta e Indireta de todos os entes

<sup>1</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012, p. 12

<sup>2</sup> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)

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

políticos, quais sejam, União, Estados, Municípios e o Distrito Federal, bem como todas as demais entidades por eles controladas, seja de forma direta ou indireta.

Lucas Rocha Furtado discorre sobre a questão:

**O ponto de partida para o estudo da licitação reside no fato de que, diante da possibilidade de haver no mercado diversos interessados em firmar contrato com a Administração Pública, o procedimento licitatório objetiva indicar a proposta mais vantajosa e que servirá de parâmetro para a celebração do contrato.**<sup>3</sup> (sem grifos no original)

Em idêntica toada, Joel de Menezes Niebuhr:

**Nesse passo, a licitação pública é procedimento condicional à celebração de contrato administrativo mediante o qual a Administração Pública expõe a sua intenção em firmá-lo, esperando que, com isso, terceiros se interessem e lhe ofereçam propostas, a fim de selecionar a mais vantajosa ao interesse público.**<sup>4</sup> (sem grifos no original)

Destarte, tem-se que a realização de certame licitatório é medida que se impõe, porquanto vai ao encontro do interesse público na medida em que submete o interesse da Administração Pública em contratar a um procedimento que visa resguardar a realização maior da finalidade pública em detrimento de interesses particulares.

É cediço de todos que licitação é procedimento administrativo e que esta destina a selecionar, conforme critérios objetivos previamente estabelecidos em seu instrumento convocatório, a proposta de contratação mais vantajosa para a Administração Pública, assegurando-se a ampla participação dos interessados, com observância de todos os requisitos legais que permeiam o referido certame.

Como bem indicado em linhas pretéritas, infere-se que a licitação constitui procedimento de natureza administrativa e, por tais razões, desenvolve-se via sucessão de atos, que devem propiciar a todos iguais oportunidades.

Faz-se necessário, ainda, o registro de que o conceito de proposta mais vantajosa resta vinculado à plena satisfação do interesse público, em que será considerada a melhor proposta aquela que atender aos preceitos legais e aos critérios previamente fixados em ato administrativo (instrumento convocatório de licitação).

---

<sup>3</sup> FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Licitações e Contratos Administrativos*. 2. ed. rev. amp. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 30

<sup>4</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação Pública e Contrato Administrativo*. 2. ed. rev. amp. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 33

Ademais, além dos princípios administrativos consagrados no texto constitucional, os chamados Princípios Constitucionais Licitatórios, como, por exemplo, a isonomia entre os interessados participantes, emergem da legislação infraconstitucional como princípios basilares dos procedimentos licitatórios, a vinculação ao instrumento convocatório, o julgamento objetivo, dentre outros, que visam tutelar o interesse público e garantir, ao particular, um procedimento justo e imparcial. Observe o tópico seguinte.

## 1.2. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS LICITATÓRIOS

Como bem destacado em tópico pretérito, as licitações públicas, além das disposições legais específicas e dos atos normativos respectivos, são regidas por diversos princípios.

Desta feita, tem-se que os órgãos e entidades da Administração Pública, que utilizam/gerem recursos públicos, para fins de satisfação do interesse coletivo, estão vinculadas aos Princípios Constitucionais Gerais Licitatórios que regem as contratações públicas, dentre os quais se destacam o da Licitação, da Supremacia do Interesse Público, da Igualdade/Isonomia e o da Impessoalidade.

A título de destacamento, as palavras de Joel de Menezes Niebuhr:

**A licitação pública é tema que se insere no Direito Administrativo. Logo, todos os princípios de Direito Administrativo incidem, com maior ou menor intensidade, sobre a licitação pública. Demais disso, a licitação pública é informada por alguns princípios específicos, que são próprios à natureza e às suas peculiaridades.**

**Atualmente, há uma profusão de princípios, de todos os gêneros, de toda a sorte. Muitos autores esforçam-se em conceber novos princípios, boa parte bem excêntricos e sem muita utilidade prática.<sup>5</sup> (sem grifos no original)**

Partindo-se dessas premissas, tem-se por inviável a indicação clara e precisa de todos os eventuais princípios e postulados capazes de reger as licitações e contratações públicas, devendo o presente trabalho se ater àqueles tradicionais e, ao menos aparentemente, mais importantes.

É imperioso destacar, ainda, que essa pluralidade de princípios e suas normas podem acarretar atritos, devendo ser realizadas ponderações de princípios a serem aplicados em cada um dos casos submetidos à apreciação.

### 1.2.1. OS PRINCÍPIOS DA IGUALDADE, DA ISONOMIA E DA IMPESSOALIDADE

<sup>5</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. Op. Cit. p. 57

Primeiramente, é imperioso o registro de que a noção de igualdade deve permear toda e qualquer atuação pública.

Assim, a Administração deve tratar todos os administrados de forma igualitária, de forma a não prejudicar nem favorecer quaisquer deles.

Em outras palavras, os órgão e entidades públicas devem conferir tratamento isonômico aos licitantes interessados.

Sobre a questão, as palavras de Joel de Menezes Niebuhr:

**O princípio mais importante para a licitação pública é o da isonomia ou da igualdade. Ele é, em análise acurada, a própria causa da licitação pública. Melhor explicando: os contratos administrativos geram benefício econômico ao contratado. Como todos os interessados em colher tais benefícios econômicos devem ser tratados com igualdade, por força do caput do art. 5º da Constituição Federal, impõe-se à Administração seguir certas formalidades para escolher com quem contratar, quem será o beneficiário.<sup>6</sup> (sem grifos no original)**

O Princípio da Igualdade, portanto, no âmbito das licitações públicas, resta atrelado ao Princípio da Impessoalidade.

Ato contínuo, tem-se que a busca pela igualdade implica o afastamento de atuações/decisões arbitrárias e/ou desproporcionais.

A licitação deve ser realizada tendo por parâmetro o grau máximo de impessoalidade e de igualdade entre os interessados, porquanto referir-se à aplicação dos recursos públicos para a aquisição de bens e serviços pelo Poder Público.

Reitere-se, mais uma vez, que o próprio constituinte pátrio, no *caput* do inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal de 1988, fez expressa remissão à locução “igualdade de condições a todos os concorrentes”, sendo absolutamente válida a afirmação de que o Princípio da Igualdade, no âmbito das contratações públicas, foi alçado ao status constitucional.

Desta feita, tem-se que o Princípio da Igualdade dos administrados perante a Administração Pública é Princípio Constitucional Licitatório.

Ao discorrer sobre o tema, assim afirma Lucas Rocha Furtado:

**A isonomia, ou o dever que a Constituição impõe à Administração Pública de conferir tratamento não diferenciado entre os particulares, é que justifica a adoção de procedimentos como o concurso público para provimento de cargos ou empregos públicos ou a licitação para a contratação de obras, serviços, fornecimento ou alienações. Esta é a razão pela qual a**

<sup>6</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. Op. Cit. p. 57

**própria Lei nº 8.666/93 indica a isonomia como uma das finalidades da licitação.**<sup>7</sup> (sem grifos no original)

Neste diapasão, resta claro que a igualdade/isonomia e a impessoalidade que devem pautar todos os atos que integram o procedimento licitatório implicam a vedação de concessão de benefícios, bem como a proibição de perseguição de pessoas, sejam elas naturais ou jurídicas, a fim de garantir a paridade de condição de vitória no certame a todos os eventuais licitantes interessados.

Joel de Menezes Niebuhr suscita que a licitação pública deve ser realizada “de maneira respeitosa ao princípio da igualdade, sem privilegiar apadrinhados ou desfavorecer desafetos”<sup>8</sup>.

Diversos estudiosos e doutrinadores pátrios têm sustentado a ausência do caráter absoluto e irrevogável de normas e princípios, em que, salvo raríssimas exceções, desde que justificadas em face da supremacia do interesse público, todos eles estariam sujeitos à sua mitigação em face de ponderações com outras normas de idêntico valor.

Joel de Menezes também destaca:

**Sem embargo, desde a Antiguidade é sabido que o princípio não demanda igualdade absoluta. Afirma-se, com frequência, que os iguais devem ser tratados com igualdade e os desiguais de maneira desigual. Nesta linha, resta saber quem são os iguais e quem são os desiguais, bem como até que ponto é legítimo estabelecer um tratamento desigual aos desiguais.**<sup>9</sup> (sem grifos no original)

Em que pese todas as justificativas elencadas ao longo deste tópico, tem-se que o regramento geral estabelece a estrita e soberana obediência à isonomia, à igualdade e à impessoalidade no âmbito das licitações públicas, em que eventuais instrumentos e/ou normas que desigualem pessoas ou situações somente serão legítimos caso coadunem, e ainda em grau superior, com os postulados que permeiam o interesse público e a plena satisfação dos anseios da coletividade.

#### 1.2.2. OS PRINCÍPIOS DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO E DO JULGAMENTO OBJETIVO

Dentre os diversos princípios regedores das licitações públicas, destaca-se, também, o Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório, que, em linhas gerais, estabelece que o instrumento convocatório (edital ou carta-convite) é a lei

<sup>7</sup> FURTADO, Lucas Rocha. Op. Cit., p. 37

<sup>8</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. Op. Cit. p. 57

<sup>9</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. Op. Cit. p. 57

interna do certame, posto que à Administração Pública somente é autorizado exigir dos eventuais licitantes o que nele houver sido expressamente consignado.

Ademais, tem-se que o instrumento convocatório de licitação deve indicar, de forma clara e objetiva, todos os critérios a serem utilizados pelo gestor público no julgamento das propostas comerciais, a fim de que sejam adequadamente cotejados na definição da proposta mais vantajosa ao Poder Público.

A par dessas premissas, deduz-se o Princípio Licitatório do Julgamento Objetivo, que tem por finalidade eliminar qualquer subjetivismo na apreciação das propostas dos licitantes interessados.

Assim, é vedada a inserção de critérios subjetivos ou pessoais no instrumento convocatório de licitação.

Acerca desses princípios, Joel de Menezes também afirma:

**Na realidade, tanto o princípio do julgamento objetivo, quanto o princípio da vinculação ao instrumento convocatório se completam e ambos se encontram no princípio da isonomia, visto que constituem garantias formais dos particulares em relação à Administração Pública, fazendo com que o certame do início ao fim se deite sob critérios claros e impessoais.**<sup>10</sup> (sem grifos no original)

Destarte, ante a proibição de inserção de critérios subjetivos para fins de distinção dos licitantes, tem-se por clara a interligação entre os Princípios da Vinculação ao Instrumento Convocatório, do Julgamento Objetivo, da Impessoalidade e da Igualdade/Isonomia.

### 1.2.3. O PRINCÍPIO DA COMPETITIVIDADE

O Princípio Licitatório da Competitividade estabelece a contínua busca pelo maior número de licitantes interessados, posto que, quanto maior for o número de participantes no procedimento licitatório, maiores serão as chances de a Administração Pública alcançar a proposta mais vantajosa à contratação por ela almejada.

Neste contexto, somente podem ser inseridas no edital de licitação cláusulas estritamente necessárias e compatíveis ao seu objeto, sendo vedadas, portanto, condições excessivas que, injustificadamente, limitem a participação e/ou excluam eventuais interessados.

Acerca desse princípio, Joel de Menezes argui:

**É que as formalidades não podem ser exacerbadas a ponto de**

---

<sup>10</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. Op. Cit. p. 64

**impedir a participação daqueles que teriam, em tese, condições de contratar com a Administração Pública. Em análise acurada, percebe-se que as formalidades descabidas, que não guardam justificativa ou utilidade, agridem o princípio da competitividade. É que, ao proceder dessa forma, impede-se que os particulares em condições de satisfazer o interesse público participem da licitação. A participação em licitação pública deve ser amplamente franqueada a todos os interessados que demonstrem condições de cumprir o objeto licitado, sem que se permita incluir nos editais cláusulas ou condições que frustrem o princípio da competitividade, essencial para todos os certames.<sup>11</sup> (sem grifos no original)**

Em outras palavras, tem-se que o Princípio da Competitividade impede a Administração Pública, no âmbito dos procedimentos licitatórios, de adotar providências ou regras que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter de competição típico do referido certame.

#### 1.2.4. OS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE

Conforme bem destacado em linhas pretéritas, além dos Princípios Constitucionais Gerais Licitatórios, há, também, importantes princípios administrativos, devidamente consagrados no texto constitucional, que devem permear todo e qualquer procedimento licitatório.

Neste diapasão, destacam-se os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade, que têm importante função ao balizar as diversas decisões tomadas pelos órgãos e entidades da Administração Pública.

Assim, para fins de se evitar os excessos eventualmente cometidos pela Administração Pública, tem-se, nas palavras de Joel de Menezes que os “princípios da razoabilidade e da proporcionalidade são fundamentais para o controle da discricionariedade concedida em favor dos agentes administrativos”<sup>12</sup>. O doutrinador ainda sustenta:

**É no âmbito do princípio da competitividade que operam em licitação pública os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Ocorre que tais princípios oferecem os parâmetros para decidir de determinada exigência ou formalidade é compatível ou não com o princípio da competitividade. Sobretudo, deve-se atentar ao bom senso, bem como à proporção entre as exigências a serem realizadas e o objeto licitado, especialmente no momento de se definir as exigências para a habilitação.<sup>13</sup> (sem grifos no original)**

<sup>11</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. Op. Cit. p. 61

<sup>12</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. Op. Cit. p. 61

<sup>13</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. Op. Cit. p. 61

A consciência de uma atuação razoável e proporcional tem, portanto, importante função no exercício das competências discricionárias e não vinculadas, posto que serve de parâmetro ao gestor público no rechaçamento de atos arbitrários, excessivos, injustos e/ou destoantes do interesse público e da coletividade.

#### 1.2.5. OS PRINCÍPIOS DA MORALIDADE E DA PROBIDADE

O Princípio da Moralidade, ou da Probidade, como traduz a sua própria nomenclatura, adstringe-se aos conceitos e padrões morais, que coadunam com o comportamento honesto e virtuoso, sem quaisquer desvios de conduta.

Acerca desse princípio, Joel de Menezes argui:

**Outrossim, o princípio da moralidade exige que os agentes administrativos envolvidos em licitação pública atuem de boa-fé, de maneira proba e honesta, sem esconder dados ou informações, sem pretender receber vantagens indevidas, ainda que favoráveis à Administração. O princípio impõe tratar licitantes e outros com honestidade, sem pretender prejudicá-los.**<sup>14</sup> (sem grifos no original)

Lucas Rocha Furtado elenca, ainda, que a “moralidade vincula tanto a conduta do administrador quanto a dos particulares que participam do processo de contratação”<sup>15</sup>. Destaca, também, que:

**Não obstante a lei descreva situações que importam em violação da moralidade administrativa, não se deve restringir a moralidade à legalidade. Isto é, qualquer outra situação, ainda que não descrita em lei, mas que importe em violação do dever de probidade imposto aos servidores públicos deve ser rejeitada por ser incompatível com o ordenamento jurídico.**<sup>16</sup> (sem grifos no original)

Assim, resta claro que o Princípio da Moralidade estabelece que a boa-fé deve consubstanciar todos os atos praticados pelos gestores públicos.

Vencido o ponto relativo aos Princípios Gerais e Constitucionais Licitatórios, com a indicação de seus principais termos, até mesmo porque esses não se esgotam, passa-se no próximo capítulo ao estudo dos benefícios concedidos às microempresas e empresas de pequeno porte em licitações públicas.

---

<sup>14</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. Op. Cit. p. 60

<sup>15</sup> FURTADO, Lucas Rocha. Op. Cit., p. 39

<sup>16</sup> FURTADO, Lucas Rocha. Op. Cit., p. 40

## **CAPÍTULO II – OS BENEFÍCIOS CONFERIDOS ÀS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE EM LICITAÇÕES PÚBLICAS**

Conforme bem delineado em capítulo pretérito, atesta-se que, regra geral, os órgãos e entidades da Administração Pública, ao realizarem compras, alienações, obras e serviços, restam obrigados à respectiva contratação devidamente precedida de regular procedimento licitatório.

Neste contexto, oportuniza-se a todos os eventuais interessados a possibilidade de contratação com o Poder Público. Ademais, nos termos da expressa previsão constitucional, deve ser garantida aos licitantes a igualdade de condições ao tempo da participação nestes certames.

Em aventada contraposição ou mera mitigação a essa suscitada situação de isonomia, o legislador pátrio<sup>17</sup> supostamente estabeleceu um tratamento diferenciado e favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte.

Assim, em suposta aplicação das referidas normas constitucionais, tem-se o tratamento diferenciado e favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte em seus diversos aspectos, inclusive em matéria tributária e econômica, na qual se inclui, nesta última, as licitações públicas.

Ato contínuo, no ano de 2006, visando à consagração das normas em referência, passou a vigor a Lei complementar nº 123/2006, que instituiu o Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte.

Acerca dessa legislação, leciona Sidney Bittencourt:

**Esse Estatuto, com predominância de preceitos de natureza tributária, também consagrou, de forma surpreendente, regras licitatórias, tendo como marca, nesse particular, o estabelecimento de tratamento diferenciado e favorecido às microempresas e às pequenas empresas no que diz respeito à**

---

<sup>17</sup> 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, inclusive regimes especiais ou simplificados no caso do imposto previsto no art. 155, II, das contribuições previstas no art. 195, I e §§ 12 e 13, e da contribuição a que se refere o art. 239.

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

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

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

**preferência nas contratações de bens e serviços pela Administração Pública.**<sup>18</sup> (sem grifos no original)

Nesta toada, tem-se que a Lei complementar n.º 123/2016 normatizou, basicamente, benefícios e concessões de ordem tributária às microempresas e empresas de pequeno porte, realizando, ainda, inovações na área de licitações e contratações públicas.

A título de destacamento, tem-se que o art. 3º<sup>19</sup> da referida norma definiu os parâmetros para fins de enquadramento de estabelecimentos empresariais nas condições de microempresa ou empresa de pequeno porte.

Segundo a estrita dicção legal, classifica-se como microempresa a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada ou o empresário a que se refere o art. 966 da Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, que aufera, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais). Já a empresa de pequeno porte é aquela que, em idênticos termos, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R\$3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais).

É imperioso antecipar, ainda, que, tendo em vista a vigência da Lei complementar n.º 155/2016<sup>20</sup>, que alterou a Lei complementar n.º 123/2006, a partir

---

<sup>18</sup> BITTENCOURT, Sidney. *As licitações públicas e o Estatuto Nacional das Microempresas: comentários aos artigos especificados sobre licitações públicas contemplados pela Lei Complementar n.º 123, de 14/12/2006 (considerando o disposto no Decreto n.º 6.204, de 5.9.2007)*. 2. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 13

<sup>19</sup> Art. 3º Para os efeitos desta Lei Complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte, a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que:

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

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

§ 1º Considera-se receita bruta, para fins do disposto no **caput** deste artigo, o produto da venda de bens e serviços nas operações de conta própria, o preço dos serviços prestados e o resultado nas operações em conta alheia, não incluídas as vendas canceladas e os descontos incondicionais concedidos.

<sup>20</sup> II - no caso de empresa de pequeno porte, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais). (Redação dada pela Lei Complementar n.º 155, de 2016) Produção de efeito

de 1º de janeiro de 2018<sup>21</sup>, será classificada empresa de pequeno porte aquele estabelecimento que aufera, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R\$4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais).

Adiante, é cediço de todos que as micro e pequenas empresas compreendem empreendimentos de diminuto porte e constituem a maior parte dos estabelecimentos empresariais em funcionamento, atualmente, no Brasil.

Essas informações podem ser aferidas por meio de simples observação da composição econômica do nosso país e de seu respectivo mercado de trabalho. Ainda nos grandes centros urbanos, é certa e inegável a grande participação das pequenas empresas nas relações comerciais estabelecidas entre os diversos interessados.

A par desse contexto, almejando o contínuo estímulo ao desenvolvimento e ao crescimento das microempresas e empresas de pequeno porte, a referida legislação tem por objetivo funcionar como instrumento de fomento e de auxílio, a fim de reduzir as desigualdades em um mercado altamente competitivo.

Vencidas essas preliminares, passa-se, no presente momento, a elencar os diversos benefícios conferidos pela Lei complementar n.º 123/2016 às microempresas e empresas de pequeno porte.

Reitere-se, mais uma vez, que, em que pese o elevado percentual de normas de ordem tributária consagradas pela legislação em referência, o presente trabalho será circunscrito às concessões e prerrogativas das pequenas empresas atinentes às licitações e contratações públicas.

Assim, a Lei complementar n.º 123/2006, em seu Capítulo V (“Do acesso aos Mercados”), Seção I (“Das aquisições públicas”), passa a tratar, especificamente, dos incentivos concedidos às microempresas e empresas de pequeno porte no campo das licitações públicas<sup>22</sup>.

---

<sup>21</sup> Art. 11. Esta Lei Complementar entra em vigor na data de sua publicação, produzindo efeitos:

I - na data de sua publicação, com relação ao art. 9º desta Lei Complementar;

II - a partir de 1º de janeiro de 2017, com relação aos [arts. 61-A, 61-B, 61-C](#) e 61-D da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006;

III - a partir de 1º de janeiro de 2018, quanto aos demais dispositivos.

<sup>22</sup> Seção I Das Aquisições Públicas

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

---

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

§ 1º Havendo alguma restrição na comprovação da regularidade fiscal e trabalhista, será assegurado o prazo de cinco dias úteis, cujo termo inicial corresponderá ao momento em que o proponente for declarado vencedor do certame, prorrogável por igual período, a critério da administração pública, para regularização da documentação, para pagamento ou parcelamento de débito e para 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.

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.

Art. 46. A microempresa e a empresa de pequeno porte titular de direitos creditórios decorrentes de empenhos liquidados por órgãos e entidades da União, Estados, Distrito Federal e Município não pagos em até 30 (trinta) dias contados da data de liquidação poderão emitir cédula de crédito microempresarial.

Art. 47. Nas contratações públicas da administração direta e indireta, autárquica e fundacional, federal, estadual e municipal, deverá ser concedido tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte objetivando a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica.

Parágrafo único. No que diz respeito às compras públicas, enquanto não sobrevier legislação estadual, municipal ou regulamento específico de cada órgão mais favorável à microempresa e empresa de pequeno porte, aplica-se a legislação federal.

Art. 48. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública:

I - deverá realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nos itens de contratação cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais);

II - poderá, em relação aos processos licitatórios destinados à aquisição de obras e serviços, exigir dos licitantes a subcontratação de microempresa ou empresa de pequeno porte;

Após a análise detida e acurada da normativa *suso* transcrita, apura-se que o legislador pátrio franqueou inúmeros apanágios às microempresas e empresas de pequeno porte.

É de se destacar, também, que todas essas normas têm aplicação imediata, sendo desnecessária a expressa indicação no instrumento convocatório de licitação.

Neste contexto, José Anacleto Abduch Santos aduz que esse tratamento benevolente “instalado pelas normas dos arts. 42 a 45 da lei independe de regulamentação ou de previsão no instrumento convocatório para ser concedido ou exigido na medida em que são normas autoaplicáveis”<sup>23</sup>.

## 2.1. O TRATAMENTO DIFERENCIADO E FAVORECIDO EM RELAÇÃO À REGULARIDADE FISCAL E À REGULARIDADE TRABALHISTA

Em primeiro plano, nos termos da estrita dicção dos artigos 42 e 43 da lei complementar em estudo, facultou-se às pequenas empresas a possibilidade de apresentação de documentos relacionados à comprovação de regularidade fiscal e trabalhista contendo restrições, que, entretanto, deverão ser sanadas no prazo de 05 (cinco) dias úteis, prorrogável por idêntico período a critério da Administração e contado a partir do momento declaratório do licitante interessado e vencedor do certame.

Desta feita, admitiu-se às micro e pequenas empresas a apresentação inicial de documentos eivados de irregularidades, não as eximindo, entretanto, de adequá-los em momento oportuno.

---

III - deverá estabelecer, em certames para aquisição de bens de natureza divisível, cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte.

§ 2º Na hipótese do inciso II do **caput** deste artigo, os empenhos e pagamentos do órgão ou entidade da administração pública poderão ser destinados diretamente às microempresas e empresas de pequeno porte subcontratadas.

§ 3º Os benefícios referidos no **caput** deste artigo poderão, justificadamente, estabelecer a prioridade de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente, até o limite de 10% (dez por cento) do melhor preço válido.

Art. 49. Não se aplica o disposto nos arts. 47 e 48 desta Lei Complementar quando:

II - não houver um mínimo de 3 (três) fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório;

III - o tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte não for vantajoso para a administração pública ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado;

IV - a licitação for dispensável ou inexigível, nos termos dos arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, excetuando-se as dispensas tratadas pelos incisos I e II do art. 24 da mesma Lei, nas quais a compra deverá ser feita preferencialmente de microempresas e empresas de pequeno porte, aplicando-se o disposto no inciso I do art. 48.

<sup>23</sup> SANTOS, José Anacleto Abduch. *Licitações e o Estatuto da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2015, p. 30

José Anacleto, ainda sobre a questão, assevera:

**O propósito da lei não foi o de prestigiar o devedor contumaz, ou o contribuinte inadimplente. Tanto é, que a norma não afasta a exigência de prova da regularidade fiscal, apenas a posterga. Até o final do certame, o licitante deve demonstrar a regularidade fiscal, tais quais os demais licitantes não enquadrados, sob pena de ser inabilitado.**<sup>24</sup> (sem grifos no original)

Por outro lado, em relação aos demais licitantes que, no último exercício financeiro, não sejam enquadrados na condição de micro e pequenas empresas, tem-se que a falta e/ou deficiência de quaisquer documentos relativos à regularidade fiscal e trabalhista é causa imediata de inabilitação, importando, por conseguinte, na exclusão do certame licitatório. Não há, portanto, prazo para saneamento e correção de falhas.

Sobre o tema, Sidney Bittencourt deduz:

**Reza o art. 42 que, nos certames licitatórios, a comprovação de regularidade fiscal das micro e pequenas empresas somente será exigida para efeito de assinatura do contrato. Essa regra não poder ser aplicada sem conjugação com a prescrita no art. 43, que disciplina que essas empresas deverão apresentar toda a documentação exigida para tal comprovação por ocasião da participação em certames licitatórios, ainda que com limitações. Há lógica nessa determinação, uma vez que a apresentação dissociada restaria sem sentido.**<sup>25</sup> (sem grifos no original)

É importante destacar, também, que essa concessão conferida às microempresas e empresas de pequeno porte alcança toda e qualquer modalidade de licitação, ainda que a adotada seja o pregão, que apresenta como um de suas características primordiais a inversão das fases classificatória e de habilitação.

E, por fim, como já bem exposto em linhas anteriores, reitera-se que a Lei complementar n.º 155/2016, ao alterar a Lei complementar n.º 126/2006, estabeleceu que esse tratamento diferenciado e favorecido concedido às pequenas empresas, qual seja o de sanear, no prazo legal, eventuais restrições em face do licitante, inclui não apenas a regularidade fiscal, mas, também, a regularidade trabalhista.

Ato contínuo, tem-se que a regularidade fiscal e a regularidade trabalhista compreendem institutos jurídicos significativamente diversos e com naturezas absolutamente díspares.

---

<sup>24</sup> SANTOS, José Anacleto Abduch. Op. Cit. p. 74

<sup>25</sup> BITTENCOURT, Sidney. Op. Cit. p. 49

A regularidade fiscal plena resta atrelada ao cumprimento de todas as obrigações perante a Administração Fazendária, seja do ente político União, Estado, Distrito Federal e/ou Município.

Em outra vertente, a regularidade trabalhista adstringe-se à inexistência de quaisquer débitos inadimplidos junto à Justiça do Trabalho.

No que pertine ao ponto em comum, pontue-se que tanto a regularidade fiscal quanto a regularidade trabalhista são comprovadas por meio da apresentação de certidão negativa ou certidão positiva com efeitos de negativa.

## 2.2. O TRATAMENTO DIFERENCIADO E FAVORECIDO FACE AO DIREITO DE PREFERÊNCIA

A sistemática instituída pelo constituinte pátrio no âmbito das licitações e contratações públicas estabelece que a proposta mais vantajosa à Administração Pública, de acordo com os critérios objetivos delineados no instrumento convocatório de licitação, será declarada vencedora, sendo-lhe adjudicado o seu objeto.

Havendo 02 (duas) ou mais propostas supostamente vencedoras e idênticas, resta configurada situação de empate, devendo, para isso, serem adotados os mecanismos legais vinculados à ação de desempatar-las. Acerca desses elementos, José Anacleto alega:

**Nas licitações regidas pela Lei 8.666/93, nesse pormenor, se tem a regra de que em igualdade de condições, como critério de desempate, será assegurada preferência, sucessivamente, aos bens e serviços produzidos ou prestados por empresas brasileiras de capital nacional, produzidos no País; produzidos ou prestados por empresas brasileiras. Não havendo licitantes situados em alguma dessas categorias, o certame se resolve pelo sorteio em ato público, na forma do art. 45, § 3º, da Lei 8.666/93.<sup>26</sup> (sem grifos no original)**

Conforme a vontade legal, e em linhas gerais, não há dúvidas acerca da proteção instituída à produção de bens/produtos e ao fornecimento de serviços de caráter estritamente nacional.

Sendo inviável a utilização desses parâmetros de diferenciação, tem-se, para fins de desempate, a utilização de simples sorteio em ato público.

Em suma, não havendo situação de empate, com todas as propostas diferentes, deve-se declarar vencedora a proposta mais vantajosa ao Poder Público.

---

<sup>26</sup> SANTOS, José Anacleto Abduch. Op. Cit. p. 95

Por outro lado, a Lei complementar n.º 123/2016, visando, supostamente, à efetivação do comando constitucional, ampliou esse conceito de empate em relação às micro e pequenas empresas, instituindo o chamado “direito de preferência”.

Assim, estabeleceu que, havendo a caracterização de situação de empate entre licitantes que envolva proposta comercial de pessoa jurídica que se enquadre, no exercício financeiro de referência, no conceito de microempresa e empresa de pequeno porte, deve-se assegurar a esta a preferência na contratação.

Ainda não satisfeito, o legislador pátrio ampliou, exclusiva e relativamente às micro e pequenas empresas, a definição legal de empate, ao estabelecer o “chamado empate ficto”.

Sobre o tema, José Anacleto esclarece que:

**Pelas regras, em caso de empate na competição, será assegurada a preferência para a contratação das microempresas e empresas de pequeno porte. Para efetivar essa preferência, a lei cria uma ficção jurídica adotando um conceito legal de empate, diverso de seu conceito jurídico. Juridicamente a situação de empate resta caracterizada quando ocorre a apresentação de propostas efetivamente idênticas, como dito. A lei amplia essa noção, para reputar de empate a situação de fato na qual as propostas de preço das microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 10% (dez por cento) superiores à proposta mais bem classificada (art. 44, § 1º).**

**Para o caso do pregão (presencial ou eletrônico), a lei estabelece tratamento diferente. Primeiramente, para dizer que a situação de empate se verificará quando as propostas apresentadas por microempresas ou empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 5% superiores à proposta mais bem classificada (art. 44, § 2º), diminuindo o universo dos beneficiários do tratamento favorecido.<sup>27</sup> (sem grifos no original)**

Em palavras mais claras, tem-se que o legislador definiu, segundo parâmetros específicos, a possibilidade de existência de empates artificiais, ainda que as propostas de preços sejam nominalmente díspares.

Assim, tem-se que na modalidade licitatória pregão, caso haja a participação de empresa que se enquadre no conceito de micro ou pequena empresa e sendo a sua proposta de preços até 5% (cinco por cento) superior relativamente à proposta melhor classificada, há a situação de empate.

Em relação às demais modalidades de licitação, a única diferença reside no considerável percentual-parâmetro de 10% (dez por cento).

Sobre esse impacto ficto, Jair Eduardo Santana e Edgar Guimarães asseveram:

---

<sup>27</sup> SANTOS, José Anacleto Abduch. Op. Cit. p. 96

**Aí está um dos privilégios dado a tais empresas (ME/EPP), no tocante às propostas. Estamos diante do que chamamos de empate ficto. Ficto porque ele não é real; é um empate imaginado, inventado, fingido, falso ou simulado, mas, válido porque a ordem jurídica assim estabeleceu.<sup>28</sup> (sem grifos no original)**

Caso caracterizado o suscitado empate ficto, nos termos do inciso I do art. 45 da Lei complementar n.º 123/2006, outorga-se à micro ou pequena empresa mais bem classificada (dentre as possíveis e eventualmente empatadas de forma ficta) o direito de apresentar proposta inferior à proposta originariamente de menor preço e, logicamente, tida como a mais vantajosa.

Vencidas essas preliminares, faz-se imperiosa a pontuação de algumas outras particularidades em relação ao direito de preferência concedido às microempresas e empresas de pequeno porte.

Em primeiro plano, tem-se que o direito de cobrir a proposta originariamente mais vantajosa é apenas uma faculdade conferida às micro e pequenas empresas, não sendo, portanto, uma obrigação. Em segundo, havendo 02 (duas) ou mais propostas de preços ofertadas por microempresas e empresas de pequeno porte que se enquadrem no conceito de empate ficto, o referido benefício legal será outorgado àquela mais bem classificada, ou seja, que apresentar o menor valor. Em terceiro lugar, caso a micro ou pequena empresa em situação de empate escolha por não exercer o seu direito de preferência à contratação junto ao Poder Público, e havendo outra ou outras em situação idêntica, sucessivamente, a cada uma das mais bem classificadas, também será outorgada essa prerrogativa. E, por fim, caso seja apurado, no âmbito do empate fictício, identidade real entre as propostas de preços das micro e pequenas empresas, deve-se adotar o sorteio simples.

Ainda sobre o tema em apreço, Jair Eduardo Santana e Edgar Guimarães asseveram:

**Assim, se a Lc nº 123/06 conferiu ao microempresário (e ao empresário de pequeno porte) a oportunidade de desempatar, ele certamente deverá ser convocado (caso não esteja presente) para oferecer nova proposta, cuja expressão monetária somente poderá ser menor do que aquela que estiver qualificada em primeiro lugar, desde que tal posição seja ocupada por licitante não qualificado como ME/EPP (§2º do art. 45 da LC nº 123/06). Poderão surgir inúmeras dúvidas em relação ao chamamento do licitante (convocação) para que ele exerça o seu direito de**

---

<sup>28</sup> SANTANA, Jair Furtado; GUIMARÃES, Edgar. *Licitações e o estatuto da pequena e microempresa*. 3. ed. rev. atual. e amp. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 53

**apresentar nova proposta. É que tal procedimento foi minuciado apenas em relação ao pregão, como vimos. Lá, no pregão, ao licitante são conferidos cinco minutos para o exercício de direito aqui falado após encerrados os lances. E aqui, nas demais modalidades? Como isso se dará? Ou, por outras letras, como é que se materializará o desempate das propostas na concorrência, na tomada de preços e no convite.<sup>29</sup> (sem grifos no original)**

Assim, tem-se que, na modalidade pregão, o direito de preferência deve ser exercido pela micro ou pequena empresa no prazo máximo de 05 (cinco) minutos.

Em relação às demais modalidades, ante a ausência de expressa disposição legal, o referido prazo deve ser fixado no próprio instrumento convocatório de licitação. Registre-se, ainda, que, caso o representante legal da pessoa jurídica não esteja presente, a Administração Pública tem a obrigação de, formalmente, notificá-lo acerca da possibilidade de exercício dessa prerrogativa<sup>30</sup>.

### 2.3. OUTRAS INOVAÇÕES ATINENTES AO TRATAMENTO DIFERENCIADO E FAVORECIDO CONFERIDO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS

A Lei complementar n.º 123/2006, em seu art. 47, estabeleceu, no âmbito das licitações e contratações realizadas pelos órgãos e entidades da Administração Pública, a obrigatoriedade de adoção de instrumentos que garantam não apenas um tratamento diferenciado, mas também simplificado em favor das micro e pequenas empresas.

Consagrou-se, portanto, a busca pela caracterização da função social das licitações públicas. Sobre o tema, Sidney Bittencourt deduz:

**Agora, com as regras para contratações públicas preconizadas pela Lei Complementar nº 123/06 – oferecendo tratamento diferenciado para as micro e pequenas empresas –, a licitação passou a ser adotada com instrumento de promoção de objetivos sociais e econômicos, eliminando desigualdades, originando no ordenamento jurídico pátrio, por conseguinte, o que denominamos “Função Social da Licitação”.<sup>31</sup>**

Nos termos da estrita dicção legal, tem-se que esse tratamento favorecido visa não apenas ao fomento do desenvolvimento social e econômico da sociedade brasileira, almejando, também, a maximização da eficiência das políticas públicas e a constante inovação tecnológica.

<sup>29</sup> SANTANA, Jair Furtado; GUIMARÃES, Edgar. Op. Cit. p. 61

<sup>30</sup> Cf. BITTENCOURT, Sidney. Op. Cit. p. 79

<sup>31</sup> BITTENCOURT, Sidney. Op. Cit. p. 25

Nesta senda, passou-se a vislumbrar toda e qualquer licitação de natureza pública como um instrumento de potencial promoção dos diversos objetivos sociais e econômicos consagrados na Constituição Federal de 1988.

Registre-se, ainda, que a própria normativa em comento especificou os instrumentais que poderão ser adotados pelas administrações de cada uma das entidades federativas. Observe.

Primeiramente, nos termos do inciso I do art. 48, instituiu-se licitações, que tenham por objeto a aquisição de itens e cujo valor estimado não exceder a R\$80.000,00 (oitenta mil reais), destinadas, exclusivamente, à participação de micro e pequenas empresas.

Sobre essa situação, José Anacleto:

**Pela regra complementar, a Administração Pública deverá instaurar licitação exclusiva para a participação de ME ou de EPP nas contratações cujo valor seja de até R\$ 80.000,00. Inegável a vantagem dessa prerrogativa para empresas ME ou EPP. Com a medida, restringe-se muito o universo de competidores, afastando as médias e grandes empresas das disputas nos certames instaurados dentro do limite fixado.<sup>32</sup>**  
(sem grifos no original)

Como segundo instrumento, permitiu a inserção de cláusulas em editais de procedimentos licitatórios, desde que tenham por objeto a realização de obras e serviços, que exijam dos licitantes a subcontratação de micro ou empresas de pequeno porte.

José Anacleto esclarece:

**A lei estabelece a possibilidade de se exigir no edital a subcontratação de ME e de EPP no caso de contratação de obras e serviços. Como instrumento de favorecimento às ME e EPP, portanto, fica excluída expressamente a subcontratação no que diz respeito à aquisição de bens.<sup>33</sup>** (sem grifos no original)

É interessante anotar que antiga redação do inciso II do art. 48 da Lei complementar n.º 123/2006 limitava essa subcontratação a 30% (trinta por cento) do valor total licitado. Com a vigência da Lei complementar n.º 147/2014, extirpou-se o referido percentual, devendo tal parâmetro ser estipulado pela própria Administração Pública licitante.

Adiante, como terceiro instrumental, determinou que, nas licitações públicas cujo objeto seja bem divisível, haja cota de até 25% (vinte e cinco por cento) para a

---

<sup>32</sup> SANTOS, José Anacleto Abduch. Op. Cit. p. 124

<sup>33</sup> SANTOS, José Anacleto Abduch. Op. Cit. p. 133

contratação de microempresas e empresas de pequeno porte. Houve, portanto, a criação de reserva de cotas em procedimentos licitatórios da Administração Pública.

Sobre o tema, José Anacleto:

**A lei determina ainda a realização de licitações destinadas à aquisição de bens nas quais até 25% do objeto, se divisível, deve ser posto em disputa apenas entre ME e EPP. É o que se determina de cota reservada de até 25% de objeto divisível de ME e EPP. A norma somente tem aplicação para aquisição de bens, não se aplicando, portanto, nos casos de licitação destinada à contratação de serviços, inclusive de engenharia, e obras.**<sup>34</sup> (sem grifos no original)

E, por fim, de acordo com o §3º do art. 48, estipulou-se nova prioridade de contratação de pequenas empresas em detrimento daquelas não enquadradas neste conceito, qual seja a preferência, ainda que tenha sido apresentado preço até 10% (dez por cento) superior ao menor valor originariamente válido, desde que aquela seja sediada no local ou regionalmente. É a chamada “preferência às pequenas empresas sediadas local ou regionalmente”.

Sobre o tema, José Anacleto:

**Tem-se então, que terão preferência na contratação regida por instrumento convocatório que contenha tal previsão, ME e EPP sediadas local ou regionalmente. Nesta situação, a ME e EPP que tiver apresentado proposta de preço até 10% (dez por cento) superior à primeira colocada provisoriamente, se esta não for já uma ME ou EPP local ou regional, terá direito de preferência, ou, nos termos da lei, prioridade de contratação.**<sup>35</sup> (sem grifos no original)

E, de acordo com as inúmeras decisões da jurisprudência pátria acerca de temas vinculados à localidade do interessado, a Administração Pública, tal qual no presente caso atinentes às licitações públicas, deve interpretar como sendo pequenas empresas sediadas local ou regionalmente aquelas que se encontram em áreas alcançadas por suas ações de fomento ao desenvolvimento social e econômico.

#### 2.4. RESTRIÇÕES AO TRATAMENTO DIFERENCIADO E FAVORECIDO CONFERIDO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS

No que pertine às inovações e favorecimentos trazidos pelo legislador pátrio em relação às contratações públicas de micro e pequenas empresas para fins de desenvolvimento econômico e social do Brasil, é importante o destacamento quanto

<sup>34</sup> SANTOS, José Anacleto Abduch. Op. Cit. p. 124

<sup>35</sup> SANTOS, José Anacleto Abduch. Op. Cit. p. 140

às hipóteses de inaplicabilidade desse tratamento diferenciado e simplificado, todas elas expressamente delineadas no art. 49 do diploma normativo em estudo.

Como primeiro delimitador, tem-se que esse tratamento simplificado somente será aplicado caso haja, no mínimo, 03 (três) fornecedores enquadrados no conceito de micro ou empresa de pequeno porte sediada local ou regionalmente. Desta feita, resta claro o prestígio imposto ao postulado da competitividade que deve permear todo e qualquer certame licitatório.

Como segundo e importantíssimo delimitador, tem-se que esse tratamento simplificado não pode implicar vantagem exclusiva a microempresa ou empresa de pequeno porte em detrimento dos cofres públicos. Nesta senda, deve-se rechaçar as eventuais benevolências a serem concedidas às pequenas empresas caso estas não sejam vantajosas para a Administração Pública ou na hipótese de essas representarem quaisquer prejuízos ao conjunto ou ao objeto licitatório.

Tem-se, também, que, regra geral, as situações legais que fundamentam a contratação direta pelo Poder Público, seja por dispensa ou inexigibilidade, devem preponderar sobre o tratamento simplificado às micro e pequenas empresas, salvo as compras e serviços de até R\$8.000,00 (oito mil reais) e as obras e serviços de engenharia de até R\$15.000,00 (quinze mil reais), nas quais a referida contratação direta será feita preferencialmente de microempresas e empresas de pequeno porte.

No que pertine a essa terceira hipótese de inaplicabilidade, José Anacleto assevera:

**O art. 48, I, prevê o dever de instaurar licitação exclusiva para a participação de ME e EPP quando o objeto da disputa for de valor até R\$ 80.000,00. Assim, a norma preconiza literalmente que nos casos em que o objeto tiver valor de R\$ 8.000,00 (para contratação de compras e serviços) e até R\$ 15.000,00 (para contratação de obras e serviços de engenharia), a Administração Pública deverá realizar licitação exclusiva para ME e EPP.**

**Não há sentido lógico-jurídico válido para a norma. Contratação direta é contratação direta. Licitação é licitação. Evidente!**<sup>36</sup> (sem grifos no original)

Em que pese a aparente contradição legal, entende-se que essa norma deve ser interpretada no sentido de, nas referidas hipóteses de contratação direta (baixos valores), deve-se dar preferência na pactuação com microempresas ou empresas de pequeno porte.

---

<sup>36</sup> SANTOS, José Anacleto Abduch. Op. Cit. p. 151

### **CAPÍTULO III – OS BENEFÍCIOS CONFERIDOS ÀS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE EM LICITAÇÕES PÚBLICAS À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS LICITATÓRIOS**

O presente capítulo tem como função precípua a realização do cotejamento entre alguns dos Princípios Gerais que regem as licitações públicas e o tratamento diferenciado e favorecido concedido às microempresas e as empresas de pequeno porte.

Em outra acepção, busca-se a aferição da suposta compatibilização desses preceitos e postulados na referida área do conhecimento.

O 1º (primeiro) capítulo concentrou-se na apresentação das definições e características primordiais de diversos Princípios Licitatórios, muitos deles com expressa consagração no texto constitucional, quais sejam os Princípios Constitucionais Licitatórios.

A título de consolidação, operou-se o destacamento quanto aos Princípios da Igualdade, da Isonomia, da Impessoalidade, da Vinculação ao Instrumento Convocatório e do Julgamento Objetivo. Suscitou-se, também, os Princípios da Competitividade, da Moralidade, da Probidade e da Razoabilidade e da Proporcionalidade.

Ato contínuo, como bem destacado no 2º (segundo) capítulo, tratou-se de expor, em linhas gerais e de forma individualizada, os favorecimentos conferidos às micro e pequenas empresas em sede de licitações e contratações públicas.

Nesta senda, a legislação pátria assegurou às microempresas e empresas de pequeno porte as seguintes prerrogativas em face de procedimentos licitatórios de natureza pública: a possibilidade, no prazo legal, de saneamento de restrições detectadas em documentos habilitatórios vinculados à regularidade fiscal e/ou trabalhista; o direito de preferência de contratação em detrimento de proposta contendo preço idêntico e apresentada por médias ou grandes empresas, inclusive com a ampliação do conceito de empate (criação do chamado “empate ficto”); instituição de licitação destinada à participação exclusiva de estabelecimentos empresariais classificados como micro ou pequenas empresas; exigência de subcontratação em pactuações oriundas de certames licitatórios que tenham por objeto a aquisição de obras e serviços; criação de cotas de reserva para estas empresas de até 25% (vinte e cinco por cento) em procedimentos licitatórios cujo objeto seja divisível; e, por fim, estabeleceu-se a possibilidade de contratação de

micro e empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente ainda que sua proposta comercial ostente preço até 10% (dez por cento) superior ao melhor preço válido originário.

Vencidas essas preliminares, passa-se, no presente momento, a adentrar, de forma direta e específica, à discussão que culminou na elaboração deste trabalho.

As contratações públicas, regra geral, sempre devem precedidas de regular procedimento licitatório, a fim de que haja a adequada seleção da proposta mais vantajosa ao Poder Público.

A par desses conceitos e tendo por fulcro a própria dinâmica do setor público, tem-se que milhares de procedimentos licitatórios são realizados cotidianamente pelos diversos órgãos e entidades que compõem a Administração Pública da República Federativa do Brasil, envolvendo, portanto, elevado montante de recursos públicos.

Em suma, tem-se por incomensurável o interesse dos particulares, sejam eles classificados como pessoas naturais ou jurídicas, em contratar com o Poder Público.

Realizando a conjugação desses itens e vontades, respeitando-se, porém, as peculiaridades que envolvem a gerência e a adequada administração dos recursos públicos, tem-se que as licitações públicas são regidas por inúmeros vetores, que, eventualmente, podem restar em oposições opostas.

Conforme o mandamento constitucional expressamente estabelecido pelo inciso XXI do art. 37, tem-se que a própria definição do procedimento de licitação pública como forma obrigatória, salvo exceções, de contratação de obras, serviços, compras e alienações pelo Poder Público é adstrita e absolutamente ligada ao Princípio Constitucional da Igualdade.

Assim, o constituinte pátrio, ao instituir, originariamente, o regime de contratações públicas, incluiu intrinsecamente à sua própria acepção a necessidade de absoluta posição de igualdade e de tratamento isonômico a ser dispensado a todos os licitantes interessados.

Por outro lado, repete-se, é certo que todas as tratativas atinentes ao tratamento diferenciado e favorecido conferido às microempresas e empresas de pequeno porte, ao menos, relativizam essa isonomia e a competitividade típicas das licitações públicas. A par dessa sistemática, indaga-se qual é essa extensão, bem com se há e quais são as suas vantagens sociais e econômicas, a fim de que se possa aduzir ato conclusivo acerca de sua justeza ou não.

Supõe-se, na verdade, a possibilidade de existência de colisão e antinomia de normas constitucionais.

Em que pese tais assertivas terem sido adotadas na condução deste texto, é importante o registro de que a doutrina pátria já se pronunciou acerca dessa questão.

No que pertine às diversas inovações licitatórias trazidas pelo Estatuto Nacional das Micro e Pequenas Empresa, o doutrinador Sidney Bittencourt assevera que “tal fato causou estranheza no meio jurídico: alguns mais radicais, postularam pela inconstitucionalidade; outros, mais amenos, pela incompatibilidade com o regime jurídico licitatório<sup>37</sup>. Em seguida, concluiu:

**Sem dúvida, uma apreciação cautelosa dos artigos 42 a 49, que versam sobre o assunto, permite concluir que, se não ocorreu mácula ao texto constitucional, houve, ao menos, incompetência do redator.**

**As regras postas, redigidas sem a cautela adequada – repletas, em tão pouco dispositivos, de incoerências, incongruências e incompatibilidades – são, realmente, de difícil aplicabilidade, proporcionando insegurança num campo de capital importância para o bom andamento da máquina estatal.<sup>38</sup> (sem grifos no original)**

José Anacleto também se debruça sobre o tema:

**A primeira indagação a que se deve responder acerca das preferências e prerrogativas conferidas às microempresas e empresas de pequeno porte diz com o próprio objetivo da licitação: assegurar a proposta mais vantajosa para a Administração, assegurar a efetivação do princípio da isonomia (igualdade de oportunidade de estabelecer negócios com o Estado) e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável. Acerca da vantajosidade se tratará em seguida, mesmo porque, como se perceberá, houve preocupação do legislador a respeito dela. Quanto à isonomia, a questão é: A discriminação realizada é legítima sob a ótica constitucional, especialmente do princípio da isonomia?<sup>39</sup> (sem grifos no original)**

Jair Eduardo Santana e Edgar Guimarães, ao enfrentarem essa problemática, asseveram:

**Impende, ainda, alertar que a LC nº 123/06 encontra-se em plena vigência – exceto os dispositivos pendentes de regulamentação – e no que diz respeito às licitações/contratações, até o presente momento não houve qualquer provocação do Poder Judiciário a propósito de eventuais inconstitucionalidades normativas. Sendo assim, impõe-se, desde logo, o seu inafastável**

<sup>37</sup> BITTENCOURT, Sidney. Op. Cit. p. 13

<sup>38</sup> BITTENCOURT, Sidney. Op. Cit. p. 13

<sup>39</sup> SANTOS, José Anacleto Abduch. Op. Cit. p. 24

**cumprimento.**<sup>40</sup> (sem grifos no original)

Neste contexto, é curial afirmar que a doutrina pátria tem se manifestado reiteradamente sobre o suposto conflito entre o princípio da igualdade e o tratamento favorecido às pequenas e microempresas.

Ademais, é importante, também, destacar que o Tribunal de Contas da União – TCU, já se manifestou acerca da constitucionalidade, ainda que questionada, do tratamento diferenciado e privilegiado concedido às microempresas e empresas de pequeno porte. Observe o julgado:

**REPRESENTAÇÃO. POSSÍVEIS IRREGULARIDADES EM PREGÃO. PEDIDO DE CAUTELAR. INDEFERIMENTO. AUSÊNCIA DE IRREGULARIDADES. REPRESENTAÇÃO IMPROCEDENTE. CIÊNCIA À REPRESENTANTE E À FUNASA. ARQUIVAMENTO DO FEITO.**

**1. As normas gerais estabelecidas pela Lei Complementar n.º 123/2006 e regulamentadas pelo Decreto n.º 6.204/2007 são consentâneas ao princípio constitucional da isonomia insculpido no art. 37, inciso XXI.**

**2. A inexistência das irregularidades apontadas em sede de representação enseja a sua improcedência, o indeferimento do pedido de cautelar, bem como seu arquivamento. (TCU, Plenário, Acórdão n.º 1.231/208, Min-Relator Guilherme Palmeira, de 25/06/2008)**

Assim, tem-se que a Corte de Contas da União entende que, relativamente às microempresas e empresas de pequeno porte, esse tratamento diferenciado e favorecido em sede de licitações e contratações públicas decorre da própria situação de desigualdade dessas em relação às médias e grandes empresas, que importaria, em outras palavras, em tratar os desiguais na medida e na proporção de suas desigualdades.

Seria, na verdade, uma forma de compensar as típicas dificuldades encontradas pelas micro e pequenas empresas, que, comparativamente àquelas não enquadradas nestes conceitos, têm menor capital de giro e, por conseguinte, enfrentam maiores obstáculos em um mercado cada vez mais globalizado e altamente competitivo.

José Anacleto, mais uma vez, suscita:

**A discriminação fixada na lei, como se observa, se adapta à lógica acima demonstrada, razão pela qual se pode afirmar que a lei complementar outorga prerrogativas às pequenas empresas (em relação às grandes), exatamente por força de distinção jurídica e econômica entre grandes e pequenas. Assim, a lei complementar confere tratamento desigual àquelas**

<sup>40</sup> SANTANA, Jair Furtado; GUIMARÃES, Edgar. Op. Cit. p. 31

**empresas que são objetivamente desiguais, com autorização constitucional para fazê-lo, levando o intérprete a concluir pela inexistência de violação ao princípio da isonomia em razão do tratamento diferenciado e favorecido, previsto nos arts. 42 a 45 da Lei Complementar.**<sup>41</sup> (sem grifos no original)

Sidney Bittencourt enalteceu:

**Ressalta-se, de plano, que o tratamento diferenciado para tais empresas nas licitações não conflita como princípio da isonomia, porquanto resulta da própria situação de desigualdade dessas empresas em relação a outras de natureza diversa, pois, como já afirmado anteriormente, envolve o tratamento desigual a ser oferecido aos desiguais, como o intuito de promover o desenvolvimento econômico.**<sup>42</sup> (sem grifos no original)

No que tange ao Princípio Constitucional Licitatório da Igualdade, é oportuno, ainda, transcrever o ensinamento de Hely Lopes Meirelles:

**Igualdade entre os licitantes: a igualdade entre os licitantes é princípio impeditivo da discriminação entre os participantes do certame, quer através de cláusulas que, no edital ou convite, favoreçam uns em detrimento de outros, quer mediante julgamento faccioso, que desiguale os iguais ou iguale os desiguais (art. 3º, § 1º).**<sup>43</sup> (sem grifos no original)

A doutrina pátria, como se percebe, em inúmeras oportunidades tem se coadunado à normativa constitucional que supostamente admitiu o favorecimento às microempresas e empresas de pequeno porte.

A problemática maior emergiu a partir da atuação do legislador infraconstitucional, que, ao interpretar e aplicar os artigos 170, IX e 179, ambos da Constituição Federal de 1988, via Lei complementar n.º 123/2006, garantiu/estendeu essas vantagens às competições licitatórias públicas. Sidney Bittencourt, ainda sobre a questão, aduz:

**Vislumbra-se, preliminarmente, que a premissa do legislador foi a de que, a partir do asseguração constitucional de proteção às micro e pequenas empresas, seria legítimo estender essa proteção às competições licitatórias, o que causou certa estranheza no âmbito da doutrina especializada.**<sup>44</sup> (sem grifos no original)

Em que pese todas essas situações, reitera-se, como bem apresentado em linhas pretéritas, que a legislação atinente ao tratamento diferenciado e favorecido conferido às microempresas e empresas de pequeno porte permanece em plena

<sup>41</sup> SANTOS, José Anacleto Abduch. Op. Cit. p. 25

<sup>42</sup> BITTENCOURT, Sidney. Op. Cit. p. 25

<sup>43</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 33 ed. - Malheiros Editores: SP, 2007. p.275

<sup>44</sup> BITTENCOURT, Sidney. Op. Cit. p. 18

vigência no ordenamento jurídico nacional, devendo, portanto, ser aplicada nas licitações e contratações realizadas pelos órgãos e entidades da Administração Pública.

Em outra vertente, faz-se, também, imperioso o estudo das exposições apresentadas por Joel de Menezes Niebuhr, doutrinador e mestre no tema “Princípio da Isonomia na Licitação Pública”.

É sabido de todos que o Princípio Constitucional Licitatório de maior importância é o da Isonomia, porquanto este ser intrínseco ao caráter competitivo dos certames licitatórios, sendo, portanto, o seu respeito condição inigualável à sua própria legitimidade<sup>45</sup>.

Assim, reitera-se, o pleno atendimento ao tratamento isonômico dos licitantes é fundamental à própria legitimação de todo e qualquer procedimento licitatório público.

Ademais, como já exposto em tópicos pretéritos, tem-se que a definição constitucional de licitação pública atrelou-a expressamente aos parâmetros delineados pelo Princípio Constitucional Licitatório da Isonomia.

Destarte, pode-se concluir que, ainda que haja a mínima tentativa de rechaçar ou relativizar esse princípio, não se pode falar em licitação pública sem a devida e absoluta aplicação da isonomia entre os licitantes.

Neste contexto, segundo os seus ensinamentos, tem-se que o constituinte pátrio tratou de garantir a irrestrita e integral aplicação desse princípio via a utilização do verbo “assegurar”. Neste contexto, determinou que fosse assegurada a igualdade de condições de participação de todos os licitantes concorrentes.

Sobre o postulado da Isonomia, assim leciona Joel de Menezes:

**A igualdade é dos valores mais prestigiados pelas sociedades ocidentais, especialmente após o advento da modernidade. Ela é expressão concreta da idéia de justiça, pois o tratamento discriminatório retrata uma das formas mais odiosas de arbitrariedade. Sobremodo, a igualdade é um dos baluartes do ordenamento jurídico nacional, tendo sido encartada no altiplano dos direitos fundamentais prestigiados na Constituição Federal, mais precisamente no caput do art. 5º, por meio do princípio da isonomia, que é a sua expressão jurídica.**<sup>46</sup> (sem grifos no original)

---

<sup>45</sup> Cf. NIEBUHR, Joel de Menezes. Op. Cit. p. 57

<sup>46</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. Repercussões do estatuto das microempresas e das empresas de pequeno porte em licitação pública. Jus Navigandi. Disponível em: <

Acerca das explicações *suso* transcritas, é importante destacar que Joel de Menezes vincula, genericamente, o conceito de tratamento isonômico ao ideal de justiça.

Neste contexto, tem-se que a inexistência de quaisquer predileções transmite o ideário de justiça e, por conseguinte, garante o conforto social, que deve permear e vida em sociedade.

Avançando sobre o tema isonomia e licitações públicas, mais uma vez, assevera Joel de Menezes:

**Sob esse contexto, pode-se afirmar que o Estado e, como parte dele, a Administração Pública, devem tratar todas as pessoas sujeitas as suas jurisdições com igualdade. Isto é, sempre que o Estado pretender praticar ato que gere benefício a alguém, todos os interessados no referido benefício devem e têm o direito de ser tratados com igualdade por ele.**

**Seguindo essa linha, a própria idéia de licitação pública decorre do direito das pessoas de serem tratadas com igualdade pelo Estado. Explicando melhor, a Administração pretende contratar alguém. O contratado receberá remuneração em razão da execução do contrato, o que lhe produz espécie de benefício de ordem econômica. Em vista disso, todos os interessados em colher tal benefício têm o direito de ser tratados com igualdade pela Administração. Logo, para tratar todos com igualdade, a Administração deve realizar procedimento que seja equânime, transparente, dando oportunidade para que todos os interessados disputem o contrato que ela irá firmar. Esse procedimento é o que se conhece por "licitação pública", que, no final das contas, como dito, decorre do direito das pessoas a serem tratadas com igualdade.<sup>47</sup> (sem grifos no original)**

Joel de Menezes destaca, nos termos de suas próprias palavras, que todo e qualquer procedimento licitatório nasce da imperiosa isonomia que deve permear a sociedade contemporânea.

Assim, como já bem destacado, a noção de igualdade não pode ser, ainda que minimamente, dissociada do conceito de licitação pública.

Nesta situação, defende ser ambígua e contraditória a concessão de qualquer tipo de vantagem e benefício em certames licitatórios públicos a determinados grupos econômicos, ainda que supostamente vulneráveis em relação aos demais licitantes.

---

<https://jus.com.br/artigos/10380/repercussoes-do-estatuto-das-microempresas-e-das-empresas-de-pequeno-porte-em-licitacao-publica>>. Acessado em: 14/12/2016 às 08h31.

<sup>47</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. Repercussões do estatuto das microempresas e das empresas de pequeno porte em licitação pública. Jus Navigandi. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/10380/repercussoes-do-estatuto-das-microempresas-e-das-empresas-de-pequeno-porte-em-licitacao-publica>>. Acessado em: 14/12/2016 às 08h31.

Entende-se, adiante, que essa prerrogativa implica, natural e logicamente, prejuízos e danos àqueles que não são contemplados com esse tratamento diferenciado.

Nesta senda, realça, também, que a transparência e a absoluta isonomia devem reger todos os atos que, conjugados, caracterizam os procedimentos licitatórios realizados pelos órgãos e entidades da Administração Pública.

Por outro lado, é importante o registro de que Joel de Menezes não se mostra contrário à concessão de vantagens e benefícios às microempresas e empresas de pequeno porte, até porque há expressa previsão constitucional neste sentido. Observe, mais uma vez, suas referências:

**E o ponto é que a própria Constituição Federal prescreve, no inc. IX do seu art. 170, que se deve instituir "tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País". Ou seja, a própria Constituição Federal obriga o legislador a criar lei para favorecer as empresas de pequeno porte, partindo do pressuposto de que elas são diferentes das demais empresas e que, portanto, merecem tratamento privilegiado. Trocando-se em miúdos, o legislador, ao privilegiar as microempresas e as empresas de pequeno porte, não ofende, por si só, a isonomia, o direito das demais empresas e pessoas à igualdade. O legislador, ao contrário, atende ao princípio da isonomia, porquanto ele privilegia quem a própria Constituição Federal estabeleceu que merece ser privilegiado.**

**Entretanto, ao legislador não é permitido criar qualquer tipo de norma, estabelecer privilégios que não sejam razoáveis. O ponto nuclear da questão reside na existência de liame lógico entre o tratamento que favorece às micro empresas e às empresas de pequeno porte e a razoabilidade. Ao legislador não foi dada espécie de "carta-branca", não lhe é dado incorrer no absurdo.**

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

**O subscritor do presente texto, muito embora não considere em tese inconstitucional o privilégio concedido às microempresas e às empresas de pequeno porte, aproveita o ensejo para expressar a discordância com a opção do legislador de fazê-lo por meio de licitação pública. O privilégio deveria ser apenas de ordem fiscal e relacionada a outros elementos burocráticos. Ele não deveria tocar a licitação, criando embaraços procedimentais quase invencíveis e, de modo geral, desencorajando a participação de outras empresas, o que não se afaz ao princípio**

**da competitividade.**<sup>48</sup> (sem grifos no original)

Por meio da estrita análise de suas explicações, resta claro que Joel de Menezes, tal como antecipado em linhas passadas, não é avesso aos eventuais benefícios e prerrogativas concedidas às microempresas e empresas de pequeno porte.

Na verdade, defende-se apenas que esse tratamento diferenciado e favorecido alcance áreas e atuações que não sejam vinculadas às licitações e contratações públicas.

Assim, Joel de Menezes entende que, em que pese esse tratamento favorecido e diferenciado conferido às micro e pequenas empresas em sede de licitações públicas, via Lei complementar n.º 123/2006, não seja inconstitucional, tal concessão foi altamente desproporcional e desarrazoável.

Ato contínuo, ele patrocina o entendimento de que essas prerrogativas e benefícios somente deveriam alcançar questões fiscais e tributárias, bem como outros elementos de natureza burocrática.

Sustenta, neste contexto, que “a Lei Complementar n.º 123/06 é em tudo e por tudo infeliz, sobretudo ao prescrever normas sobre licitação pública”<sup>49</sup>.

A par desses conceitos, pode-se destacar a implantação do Simples Nacional, que é um sistema financeiro simplificado e unificado para fins de arrecadação de tributos federais e disponível aos micro e pequenos empresários. O referido benefício não se opõe à competitividade e à isonomia, não sendo, portanto, alvo de qualquer questionamento.

---

<sup>48</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. Repercussões do estatuto das microempresas e das empresas de pequeno porte em licitação pública. Jus Navigandi. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/10380/repercussoes-do-estatuto-das-microempresas-e-das-empresas-de-pequeno-porte-em-licitacao-publica>>. Acessado em: 14/12/2016 às 08h31.

<sup>49</sup> NIEBUHR, Joel de Menezes. Repercussões do estatuto das microempresas e das empresas de pequeno porte em licitação pública. Jus Navigandi. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/10380/repercussoes-do-estatuto-das-microempresas-e-das-empresas-de-pequeno-porte-em-licitacao-publica>>. Acessado em: 14/12/2016 às 08h31.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do estudo da sistemática constitucional e infraconstitucional que rege as licitações públicas, ainda que de forma genérica e simplificada, pode compreender e reforçar o entendimento quanto a diversos aspectos sobre esse mecanismo criado pelo constituinte pátrio para fins de instrumentalização das contratações públicas.

A análise detida e concentrada de determinado instituto nos transmite, realmente, a certeza da unidade do direito, quando este é caracterizado por uma unicidade.

Neste contexto, todo e qualquer intérprete do ordenamento jurídico pátrio, no âmbito da hermenêutica, deve pautar-se por seu sentido, pelas demarcações principiológicas e, como bem indicado, pela unicidade imposta pela vigente Constituição da República Federativa do Brasil.

Adiante, fato é que a acepção de igualdade resta adstrita ao próprio conceito de licitação pública, como bem expressamente indicado na normativa constitucional.

É importante frisar, ainda, que a noção de tratamento igualitário em licitações públicas não decorre tão somente da clara e inequívoca indicação do inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal da República Federativa do Brasil, mas também do próprio *caput* do art. 5º<sup>50</sup>, em que todos devem ser considerados iguais perante a lei, sem distinções.

Assim, segundo a normativa em referência, todos devem ser tratados igualmente pelo Poder Público, sejam nas hipóteses de concessão de benefícios, isenções ou outorga de vantagens, bem com na imposição de sacrifícios, multas, sanções e outros gravames.

Ocorre que todos os princípios, ainda os clássicos, podem ser objetos de relativizações no âmbito normativo brasileiro e suas respectivas aplicações.

Neste conceito, pode-se inferir a plena admissibilidade quanto à relativização do Princípio Constitucional Geral da Igualdade na hipótese de valorização de outros preceitos que, em determinada situação, sejam preponderantes e, por conseguinte, deveriam prevalecer sobre a absoluta identidade da igualdade.

---

<sup>50</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

Utiliza-se como condutor máximo desse entendimento a noção de que a verdadeira igualdade seria aquela materializada por meio da consideração das características individuais de cada interessado, em que a isonomia implica tratamento desigual aos desiguais na proporção dessa desigualdade.

Portanto, segundo esses preceitos, o conceito apropriado de igualdade seria aquele vinculado à isonomia e adequadamente transposto ao ideário de correção e de ajustes de condições e oportunidades de cada um dos interessados, para fins de aproximação dos desníveis e redução de suas eventuais diferenças.

É sabido, desta feita, que a igualdade genericamente consagrada pelo constituinte pode ser mitigada no intuito de ser salvaguardado outro valor por ele especificamente protegido.

Esse trabalho monográfico foi desenvolvido com o objetivo maior de sanar dúvidas acerca da referida situação, buscando compreender a sua extensão e aplicabilidade em face dos procedimentos licitatórios públicos.

Ademais, pode-se destacar que o foco estava voltado para a atual configuração das licitações perante a legislação, a Constituição Federal de 1988 e o entendimento do Tribunal de Contas da União.

Concluídos os estudos, verifica-se que foi atingida a finalidade inicialmente almejada.

Adiante, impende antecipar e esclarecer que essa interpretação não pode ser aplicada ao tema licitações e contratações públicas.

Consoante o meu entendimento, ratificado por parte dos doutrinadores e pela própria e estrita disposição normativa constitucional, tem-se que o conceito de igualdade faz parte da própria definição de licitação pública.

Afigura-se, portanto, impossível dissociar o tema licitação pública do Princípio da Igualdade.

Compreendo que, especificadamente em face dos procedimentos licitatórios de natureza pública, o constituinte pátrio não permitiu qualquer margem, ainda que minimamente, a uma eventual relativização/mitigação da igualdade de condição de participação dos licitantes concorrentes.

Atendendo plenamente ao ditame constitucional, tem-se que o Princípio Geral da Igualdade, consagrado no *caput* do art. 5º, como já indicado em linhas pretéritas, pode ser relativizado para fins de proteção de outros valores definidos como importantes e também selecionados pelo constituinte. Por outro lado, ante à

definição de licitação intrinsecamente ligada à igualdade de condição dos participantes no inciso XXI do art. 37 da Carta Constitucional, é sabido que, no âmbito das licitações e contratações públicas, a noção de igualdade deve perdurar de forma soberana e absoluta.

Sob essa última ótica, a qual eu me identifico, é inegável a aparente vedação imposta pelo constituinte pátrio à concessão de eventual tratamento diferenciado e favorecido a qualquer interessado na seara de licitações e contratações públicas, incluídas neste aspecto, também, as microempresas e empresas de pequeno porte, que, entretanto, suposta e indevidamente, foi levado a efeito pelo legislador infraconstitucional.

Não me afigura justo e adequado que um procedimento naturalmente construído sob o primado da igualdade, inclusive em sua própria definição, seja totalmente desconfigurado de seus pilares de sustentação.

Relativizar o tratamento igualitário em uma licitação pública, ainda que de forma mínima, implica, e não há dúvidas acerca disso, na implosão dos regramentos atinentes às licitações públicas, um tema já muito combalido, explosivo e altamente perigoso no cotidiano dos órgãos e entidades da Administração Pública.

O legislador pátrio ao efetivar o tratamento diferenciado e favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte, via a Lei complementar n.º 123/2006, avançou em aéreas desnecessárias do conhecimento. Neste contexto, tem-se que a referida norma não cumpriu o seu papel delineado pelo constituinte, excedendo-o, aparentemente, sobremaneira. Em idêntica vertente, é sabido que, como já indicado, investiu e/ou progrediu em matérias cuja atuação não havia sido suscitada pela Carta Constitucional.

Assim, tenho por desnecessária e inadequada a previsão de tratamento benéfico em favor das micro e pequenas empresas no campo dos procedimentos de contratações públicas.

Há forte indicativo de que o inciso III do art. 146 da Constituição Federal de 1988 vinculou-o, tão somente, às questões tributárias, especialmente no que diz respeito à criação de um regime simplificado e unificado de arrecadação dos tributos federais, o que foi feito por meio da instituição do Simples Nacional, dentre outras inovações.

Adiante, tem-se que o *caput* e o inciso IX do art. 170 da Constituição Federal de 1988, embora não façam expressa vedação nesse sentido, também não fazem

qualquer remissão ou previsão de tratamento diferenciado e favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte no campo das licitações e contratações públicas. Na verdade, inclusive por meio da análise das referidas normas e dos demais incisos que compõem o citado dispositivo, percebe-se que a ordem econômica deve ser primada pela livre iniciativa e pela livre concorrência, que são preceitos vinculados ao próprio ideário de igualdade de condição e de participação.

Ato contínuo, ainda que o inciso VII do art. 170 tenha estabelecido que a redução das desigualdades sociais e regionais seja um dos princípios informadores da ordem econômica, impende ressaltar que essa assertiva não pode ser traduzida, obrigatoriamente, na concessão de tratamento diferenciado e favorecido às micro e pequenas empresas. O fomento ao desenvolvimento da economia nacional, em especial dos pequenos empresários, pode ser instrumentalizado por diversos mecanismos alheios às licitações públicas. Com alicerce neste entendimento, pode-se, por exemplo, não apenas desburocratizar a arrecadação tributária (tal com operacionalizado por meio da criação do Simples Nacional), mas também via concessão de empréstimos facilitados, redução da taxa de juros, simplificação de outras regras, etc.

As licitações públicas devem ser competitivas e garantir a igualdade de condições a todos os licitantes interessados. Neste contexto, ressaí-me incongruente a norma consagrada no § 3º do art. 48 da Lei complementar n.º 123/2006, que legitimou a prioridade de contratação de microempresas e empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente ainda que sua proposta de preços ostente valor até 10% (dez por cento) superior à proposta originária de melhor preço válido. Em outras palavras, a título de proteção às micro e pequenas empresas, a lei autorizou até mesmo a ocorrência de prejuízos em desfavor à própria Administração Pública, que poderá a vir desembolsar valores até 10% (dez por cento) superiores à proposta mais vantajosa.

Acresça-se, assim, a lição firmada pelo art. 179 da Constituição Federal de 1988, que estabeleceu que todas as entidades federativas deverão conceder às microempresas e às empresas de pequeno porte tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou, até mesmo, pela eliminação ou redução destas por meio de lei, não adentrando na esfera das licitações públicas.

Não obstante a boa argumentação de diversos doutrinadores e de alguns dos julgados consubstanciados na jurisprudência dos órgãos julgadores pátrios, inclusive do Tribunal de Contas da União, há de se ter em mente que em nenhum momento, ao menos expressamente, o constituinte relacionou o tema licitações públicas e o tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte.

Por outro lado, também não havendo suposta vedação nesse sentido, supõe-se que o legislador infraconstitucional preferiu realizar uma interpretação extensiva do referido comando, estendendo-o às licitações e contratações públicas.

Entendo, reiterar-se, que o legislador não foi feliz nessa conduta, posto que, como já comprovado, o próprio conceito de licitação pública resta absolutamente atrelado ao Princípio da Igualdade.

Somente há licitação pública por meio da irrestrita aplicação do Princípio da Igualdade, a fim de garantir o tratamento isonômico e a competitividade natural e típica do certame.

Destaca-se, também, a real possibilidade de ser potencialmente inadequada, como tem sido feita há alguns anos, a adoção do tratamento diferenciado e favorecido às micro e pequenas empresas estabelecido pela Lei complementar n.º 123/2006 em sede de licitações públicas, porquanto haver diversidade interpretativa no âmbito de sua aplicação, bem como dúvidas acerca da veracidade do documento classificatório de um estabelecimento como microempresas ou empresa de pequeno porte, em que pese o Tribunal de Contas da União já ter se manifestado conclusivamente sobre o tema e sua forma de comprovação.

A Corte de Contas federal firmou o entendimento no sentido de que a comprovação da condição de pequena empresa é realizada por meio da declaração da Junta Comercial do respectivo ente político. Observe parte do Acórdão TCU n.º 1.028/2010 – Plenário:

“Perante a Administração, a qualificação como microempresa ou empresa de pequeno porte é feita mediante declaração da Junta Comercial, que a expede com base em informação da empresa interessada, que requer à respectiva Junta o arquivamento da ‘Declaração de Enquadramento de ME ou EPP’. Trata-se de ‘ato declaratório’, de iniciativa de quem pretenda usufruir dos benefícios concedidos às ME e EPP. A declaração, conforme expressamente previsto nos artigos 11 do Decreto 6.204/2007 e 1º da IN/DNRC 103/2007, é feita ‘sob as penas da lei’, sujeitando os infratores às cominações legalmente estabelecidas.”

Não obstante essas considerações, não se vislumbra, também, a padronização de condutas adotadas pelos órgãos e entidades da Administração Pública. Nestes casos, verifica-se que a comprovação da qualificação de microempresa e empresas de pequeno porte tem sido realizada das mais diversas formas, quais sejam: declaração de próprio punho do licitante de que ele se enquadra nesse conceito; certidão emitida pela Junta Comercial do respectivo ente político contendo a informação de ser micro ou pequena empresa (é imperioso o registro de que algumas das Juntas Comerciais têm realizado apenas o cancelamento dos documentos submetidos à sua apreciação pelos licitantes interessados, implicando a falsa impressão da análise de seu conteúdo, mérito e aferição da qualidade de ser micro ou pequena empresa); a admissibilidade por meio da simples alocação dessa qualidade como um dos componentes da denominação social da pessoa jurídica ou empresário individual; ou por meio da apresentação dos balanços patrimoniais do último exercício devidamente atestados pela contabilidade.

É necessário, no mínimo, caso não rechaçados do ordenamento jurídico brasileiro, que o instrumento convocatório de licitação seja claro e transparente quanto a esse tema, a fim de que haja a adequada comprovação dos requisitos para a efetivação dos benefícios criados pela Lei complementar n.º 123/2006. Igualmente, exige-se preparo técnico dos membros da Comissão de Licitação.

Registre-se, também, que diversos empresários, para fins de alcance dos benefícios concedidos às micro e pequenas empresas em licitações públicas, têm se utilizado do mecanismo de criação de diversas pessoas jurídicas sob a sua tutela, em que sempre, ao menos 01 (uma) delas, permaneça classificada com ME ou EPP, no intuito de garantirem a contínua participação em certames licitatórios nesta condição privilegiada.

Assim, por meio dessas amplas questões fáticas, somadas aos comandos constitucionais, não é possível admitir qualquer vetor que seja fonte de discriminação juridicamente apta a justificar a imposição de alguma restrição, ainda que mínima, ao universo de competidores no nível das licitações públicas, que são essencialmente definidas sobre os alicerces da igualdade e da competitividade.

Destaca-se, também, que a Lei complementar n.º 123/2006, aparentemente, não adotou critérios adequados e razoáveis ao definir as microempresas e empresas de pequeno porte. Observe.

Conforme a estrita dicção legal, tem-se que o único critério utilizado foi a receita bruta auferida no último exercício financeiro.

Assim, podem ser enquadradas como microempresa ou empresa de pequeno porte em determinado exercício financeiro, e fazerem jus a todos os benefícios legais fixados para fins de licitações públicas, todos os estabelecimentos que, no ano-calendário anterior, tenham apresentado receita bruta igual ou inferior a R\$3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais).

Em outra vertente, tem-se que o estabelecimento que tenha faturado, no último exercício financeiro, R\$3.600.000,01 (três milhões, seiscentos mil reais e um centavo) não será classificada como microempresa ou empresa de pequeno porte, não fazendo jus, portanto, ao tratamento favorecido e diferenciado conferido às micro e pequenas empresas.

Nesta senda, tem-se que o valor de R\$3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais) é o marco divisor da titularidade de prerrogativa ou não em face dos benefícios em licitações e contratações públicas. Não houve a consideração de alguma forma de gradação ou sequer a instituição de faixas de níveis de diferentes tipos de benefícios.

Percebe-se que esse limite pode ser muito tênue, a partir do qual surge a seguinte indagação: a empresa que fatura, aproximadamente, R\$4.000.000,00 (quatro milhões) em determinado ano-calendário, tem uma realidade financeira muito diferente daquela que faturou R\$3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais)?

Penso que não. E, além do mais, submete-se a competições com diversas empresas que faturam R\$3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais) ou menos e que são detentoras de prerrogativas altamente consideráveis, proveitosas e favoráveis em licitações públicas. Nestas condições, não há igualdade em sua plenitude e, muito menos, competitividade.

Na verdade, o tratamento diferenciado e favorecido conferido às microempresas e às empresas de pequeno porte em licitações e contratações públicas pode estimular, muitas das vezes, a proliferação da constituição dessas empresas e a contínua manutenção dos interessados na respectiva classificação, a fim de que sempre possam auferir os benefícios dela oriundos.

Não há qualquer incentivo, por exemplo, à média empresa em procedimento licitatório público, em que ela, indiretamente, é estimulada a se tornar, novamente, uma empresa de pequeno porte.

Nestas condições, ela é estimulada a crescer, para, logo em seguida, ser desestimulada a continuar a crescer. Estimula-se a estagnação do estabelecimento empresarial e, logicamente, da economia. Pontue-se, também, que, em tese, não há vedação à participação de uma microempresa ou empresa de pequeno porte em licitação cujo valor exceda a R\$3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais). Assim, é possível que determinada microempresa ou empresa de pequeno porte participe de uma licitação cujo valor estimada seja de, por exemplo, de R\$20.000.000,00 (vinte milhões de reais).

Não concordo com licitação exclusiva, direito de preferência, empate ficto, dentre outras prerrogativas conferidas às micro e pequenas empresas. Penso, ainda, por meio desses breves conceitos, que a legislação em apreço foi mal redigida, porquanto ter sido altamente radical e desprovida de alguma forma de escalonamento de eventuais benefícios, deixando à mercê as empresas de médio porte, tendo sido, também, bastante tímida quanto às hipóteses de inaplicabilidade do tratamento diferenciado e favorecido.

## REFERÊNCIAS

- BITTENCOURT, Sidney. As licitações públicas e o Estatuto Nacional das Microempresas: comentários aos artigos especificados sobre licitações públicas contemplados pela Lei Complementar nº 123, de 14/12/2006 (considerando o disposto no Decreto nº 6.204, de 5.9.2007). 2. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Licitações e Contratos Administrativos*. 2. ed. Ver, amp. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012.
- MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 33 ed. - Malheiros Editores: SP, 2007.
- NIEBUHR, Joel de Menezes, Princípio da Isonomia na Licitação Pública, 1. ed. Florianópolis: Obra Jurídica, 2000.
- NIEBUHR, Joel de Menezes. Licitação Pública e Contrato Administrativo. 2. ed. rev. amp. Belo Horizonte: Fórum, 2015.
- NIEBUHR, Joel de Menezes. Repercussões do estatuto das microempresas e das empresas de pequeno porte em licitação pública. Jus Navigandi. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/10380/repercussoes-do-estatuto-das-microempresas-e-das-empresas-de-pequeno-porte-em-licitacao-publica>>. Acessado em: 14/12/2016.
- SANTANA, Jair Eduardo e GUIMARAES, Edgar. Licitações e o Estatuto da pequena e microempresa. 3. ed. São Paulo: Editora Fórum, 2014.
- SANTOS, José Anacleto Abduch. *Licitações e o Estatuto da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2015.

## **TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE**

Declaro, para todos os fins de direito e que se fizerem necessários, que isento completamente o Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP e o professor orientador de toda e qualquer responsabilidade pelo conteúdo e idéias expressas no presente Trabalho de Conclusão de Curso.

Estou ciente de que poderei responder administrativa, civil e criminalmente em caso de plágio comprovado.

Goiânia, 28 de março de 2017.