

Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP
Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em
Direito Administrativo

Cláudia da Franca Gontijo

**O ESTATUTO DA MICROEMPRESA E
EMPRESA DE PEQUENO PORTE NAS
LICITAÇÕES PÚBLICAS E O PRINCÍPIO DA
ISONOMIA**

Brasília-DF

2012

Cláudia da Franca Gontijo

**O ESTATUTO DA MICROEMPRESA E
EMPRESA DE PEQUENO PORTE NAS
LICITAÇÕES PÚBLICAS E O PRINCÍPIO DA
ISONOMIA**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Administrativo no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* do Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP.

Orientador: André Luis de Carvalho -
Ministro Substituto do TCU

Brasília/DF

2012

*Agradeço a Deus por esta fase maravilhosa
de aprendizado em minha vida.*

*A minha filha Ana Beatriz
fonte inesgotável de inspiração, razão de minha vida.
A toda equipe do Instituto Brasiliense de Direito Público
por todos os bons momentos.*

*Ao Professor Orientador, Dr. André, pelo tempo
e contribuição que me foram concedidos.*

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo estudar e informar aos interessados se a aplicação da Lei Complementar nº 123/2006 (Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte) em licitações públicas poderá ocasionar lesão ao princípio da isonomia. Começamos falando sobre as licitações públicas, incluindo, os princípios que regem as licitações e que se encontram expressamente enumerados no art. 3º da Lei nº 8.666/93. Abordaremos, em seguida, as disposições relativas à participação de microempresas e empresas de pequeno porte em licitações públicas, instituídas pela Lei Complementar nº 123/2006, quais sejam: direito de preferência (artigos 44 e 45, LC nº 123/06), regularidade fiscal tardia (artigos 42 e 43, LC 123/06) e as licitações diferenciadas (artigos 47, 48 e 49, LC 123/06). Por fim, será analisada a sua aplicabilidade e sua conformidade com o princípio da isonomia, desde que observados os preceitos constitucionais.

Palavras-Chave: licitação, licitações, públicas, lei, complementar, estatuto, microempresa, empresa, pequeno, porte, direito, preferência, regularidade, fiscal, tardia, princípio, isonomia, me, epp.

LISTA DE SIGLAS

Art. por artigo

Arts. por artigos

EPP por empresa de pequeno porte

LC por Lei Complementar

ME por microempresa

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1. LICITAÇÃO	9
1.1. Modalidades de Licitação	10
1.1.1. Concorrência	11
1.1.2. Tomada de Preços	11
1.1.3. Convite	12
1.1.4. Concurso	12
1.1.5. Leilão	12
1.1.6. Pregão	13
1.2. Tipos de Licitação	14
1.3. Princípios	15
1.3.1. Princípio da Legalidade	16
1.3.2. Princípio da Moralidade	17
1.3.3. Princípio da Impessoalidade.....	17
1.3.4. Princípio da Igualdade ou Isonomia.....	18
1.3.5. Princípio da Publicidade	18
1.3.6. Princípio da Probidade Administrativa	19
1.3.7. Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório	19
1.3.8. Princípio do Julgamento Objetivo	20
2. A LEI COMPLEMENTAR Nº. 123/06	21
2.1. Definição de ME e EPP e a sua comprovação nas licitações	22
2.2. Abrangência das regras da Lei Complementar nº 123/06	23
2.3. Tratamento diferenciado e favorecido no julgamento das propostas : direito de preferência	24
2.3.1. Desempate nas modalidades concorrência, tomada de preços e convite...25	
2.3.2. Desempate na modalidade pregão (eletrônico e presencial)	26
2.4. Tratamento diferenciado e favorecido na habilitação: regularidade fiscal tardia...28	
2.5. Contratações diferenciadas e simplificadas	30

3. A APLICAÇÃO DA LEI COMPLEMENTAR Nº 123/06 NAS LICITAÇÕES E O PRINCÍPIO DA ISONOMIA	34
3.1. A constitucionalidade do tratamento diferenciado	34
3.2. O tratamento diferenciado e o princípio da isonomia	35
CONCLUSÃO	39
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	41

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo estudar e informar aos interessados se a aplicação da Lei Complementar nº 123/2006 (Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte) em licitações públicas poderá ocasionar a violação do princípio da isonomia. Na Lei Complementar grande parte das disposições apresenta natureza tributária, mas também consagrou disposições relativas à participação de microempresas e empresas de pequeno porte em licitações públicas.

Inicialmente, para maior compreensão do trabalho, será abordado o tema licitações públicas: definição, modalidades, tipos. Abordaremos ainda os princípios que regem as licitações e que se encontram expressamente enumerados no art. 3º da Lei nº 8.666/93, quais sejam: isonomia, legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo.

No capítulo seguinte, será iniciado o estudo específico da Lei Complementar n. 123/06, abordando seus aspectos gerais. Serão enfocadas as normas relativas ao tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte, quais sejam: direito de preferência, regularidade fiscal tardia e licitações diferenciadas e simplificadas. As normas encontram-se previstas nos arts. 42 a 49 da LC nº 123/2006, no entanto, no presente trabalho o artigo 46 não será objeto de estudo, por não tratar de questão referente à licitação ou à contratação administrativa.

Por fim, de forma objetiva, será analisada se a aplicabilidade da Lei Complementar nas licitações públicas conflita com o princípio da isonomia.

Dessa forma, este estudo visa discorrer sobre as principais evoluções nos procedimentos licitatórios, tendo como base o tratamento diferenciado e favorecido conferido às ME/EPP, baseado na LC nº 123/06, que visa reduzir a desigualdade existente entre elas e as demais empresas, bem como analisar sua conformidade com o princípio da isonomia.

1 LICITAÇÃO

Licitação é o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa entre as ofertadas pelos interessados em participar para a celebração de contrato de seu interesse.

Segundo Hely Lopes Meirelles (2002, p.260/261) licitação é:

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

Celso Antônio Bandeira de Mello (2000, p.456) assevera que:

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

Desses conceitos, verifica-se a indispensabilidade da elaboração do instrumento convocatório para a realização do procedimento licitatório, denominado por Hely Lopes Meirelles como "lei interna da licitação", que vincula aos seus termos tanto os concorrentes como a Administração que o expediu, trazendo as regras regedoras do certame.

O instrumento convocatório da licitação define o objeto, estabelece as condições de participação, as cláusulas do futuro contrato e as regras de julgamento.

As licitações públicas têm por base a Lei nº 8.666/93, na qual estabelece normas gerais sobre licitações e contratos da Administração Pública, uma vez que quase todos os aspectos pertinentes à matéria encontram-se detalhadamente regulados na referida Lei. A Lei n. 8.666/93 foi editada em obediência ao art. 22, XXVII, da Constituição Federal, segundo o qual:

Art. 22. compete privativamente à União legislar sobre:

(...)

XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III;

A Lei nº 8.666/93 estabeleceu as situações em que a Administração pode ou deve deixar de realizar licitação, tornando-a dispensada, dispensável, inexigível e até mesmo vedada por lei, tendo em vista que existem casos em que não há competição que o justifique ou mesmo eventos nos quais a decisão de deflagrar um procedimento licitatório deve ficar sujeita aos critérios de conveniência ou oportunidade da administração pública.

Por seu turno, o art. 37, XXI, da CF/88 estabelece que:

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.

Sobressai do diploma legal acima transcrito que, ressalvados os casos especificados, a licitação de obras, serviços, compras e alienações é uma exigência constitucional para toda a Administração Pública. Ou seja, a regra geral, em nosso ordenamento jurídico, imposta pela Constituição Federal, é a exigência de que a contratação pública seja precedida de licitação pública.

1.1 Modalidades de Licitação

São cinco as modalidades de licitação previstas na Lei nº 8.666/93 e encontram-se enumeradas em seu art. 22, quais sejam: concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão.

Entretanto as modalidades licitatórias previstas na Lei Licitatória, em muitos casos, não conseguiram dar a celeridade desejável à atividade administrativa destinada ao processo de escolha de futuros contratantes, tendo em vista a excessiva burocracia do processo regular de licitação.

Assim, visando acelerar os procedimentos licitatórios, foi editada a Lei nº 10.520/2002, na qual foi instituído o pregão como nova modalidade de licitação, com disciplina e procedimento próprios.

1.1.1 Concorrência

O art. 22, § 1º, da Lei nº 8.666/93 preceitua que “concorrência é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução de seu objeto”.

A concorrência é a modalidade mais complexa e adequada a contratações de grande vulto, motivo pelo qual se realiza mediante maior rigor formal e ampla publicidade. No entanto a Lei Licitatória também estabelece casos para a concorrência em algumas situações em que não se considera o valor, mas a natureza do contrato a ser celebrado, como por exemplo: quando pretende adquirir ou alienar bens imóveis; quando o certame tem cunho internacional; quando pretende celebrar contrato de concessão de direito real de uso; e, quando pretende celebrar contrato de concessão florestal (Lei nº 11.284, art. 13, § 1º).

Em tese, seja qual for o valor do contrato a ser firmado com a Administração, a concorrência pode ser utilizada, com exceção, é claro, da contratação de bens e serviços comuns que deve ser precedida da modalidade de licitação: pregão.

1.1.2 Tomada de Preços

Tomada de Preços é a modalidade de licitação que é realizada entre interessados previamente inscritos em cadastros dos órgãos públicos ou que atendam a todos os requisitos exigidos para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, conforme previsto no art. 22, § 2º, Lei nº 8.666/93. Se comparada à concorrência esta modalidade é menos formal.

A Lei nº 8.666/93, no art. 22, § 2º, define a tomada de preços como “a modalidade de licitação entre interessados devidamente cadastrados ou que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação”.

A tomada de preços também é admitida nas licitações internacionais, desde que: o órgão ou entidade tenha cadastro internacional de fornecedores e o valor do

objeto a ser contrato esteja dentro dos limites para a tomada de preços.

1.1.3 Convite

Convite é a modalidade de licitação entre interessados do ramo pertinente ao seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de 3 (três) pela unidade administrativa. Esta é a modalidade de licitação que comporta menor formalismo e se destina a contratações de menor vulto. Não há edital nesta modalidade, ou seja, o instrumento convocatório denomina-se carta-convite. Nesta modalidade não se exige a publicação do edital, pois a convocação é feita por escrito. Porém, visando possibilitar a participação de interessados não convidados diretamente, mas cadastrados junto aos órgãos administrativos, a Lei Licitação no art. 22, § 3º, estabeleceu a fixação do instrumento convocatório em local adequado.

1.1.4 Concurso

Concurso é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, conforme critérios constantes de instrumento convocatório publicado na imprensa oficial com antecedência mínima de 45 dias (art.22, § 4º, da Lei 8.666/93).

1.1.5 Leilão

O leilão é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para: a) vender bens móveis inservíveis; b) vender produtos legalmente apreendidos ou penhorados; e c) alienar bens imóveis adquiridos em procedimento judicial ou em dação em pagamento. No leilão tem direito à adjudicação do bem alienado o

candidato que ofertar o maior lance, igual ou superior à avaliação, conforme art. 22, § 5º, da Lei Licitação.

O leilão pode ser realizado por leiloeiro oficial ou por servidor designado pela Administração.

1.1.6 Pregão

O pregão é uma sexta modalidade de licitação, criada pela Lei 10.520/02, destinando-se à aquisição de bens e serviços comuns, assim considerados aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado (art. 1º, parágrafo único, Lei 10.520/02). A referida Lei prevê expressamente a possibilidade de utilização do pregão pelos Estados, Distrito Federal e Municípios. No âmbito federal a Lei 10.520/02 foi regulamentada pelo Decreto nº 3.555/00.

Marçal Justen Filho (2009a, p.9) sobre o tema, em sua obra Pregão: (comentários à legislação do pregão comum e eletrônico), define:

Pregão é uma modalidade de licitação de tipo menor preço, destinada à seleção da proposta mais vantajosa de contratação de bem ou serviço comum, caracterizada pela existência de uma fase competitiva inicial, em que os licitantes dispõem do ônus de formular propostas sucessivas, e de uma fase posterior de verificação dos requisitos de habilitação e de satisfatoriedade das ofertas.

Na modalidade pregão não se leva em consideração o valor da contratação, mas as características dos bens ou serviços, que devem ser comuns. Pode ser eletrônico ou presencial e é realizado mediante propostas e lances em sessão pública.

No pregão existem duas modalidades: o pregão presencial e o pregão eletrônico, sendo que este deve ser realizado preferencialmente. O pregão presencial caracteriza-se pela presença física dos sujeitos interessados em uma solenidade nas instalações do órgão público. O pregão eletrônico se produz com a utilização de uma rede de computadores, a exemplo da internet.

O Decreto nº 5.450/05 regulamentou o pregão eletrônico e estabeleceu normas aplicáveis ao pregão em geral, em âmbito federal. Dentre as normas, cabe destacar que o art. 4º tornou obrigatória a utilização da modalidade pregão para

aquisição de bens e serviços comuns pela União.

O pregão é dotado de características próprias e diferenciadas. A característica marcante do pregão é a inversão das fases de proposta e de habilitação. Com a inversão das fases, o exame da documentação comprobatória é realizado depois de encerrada a etapa competitiva e apenas em relação ao licitante que formulou a melhor proposta. Caso venha a ser inabilitado, serão examinados os requisitos de habilitação do segundo melhor classificado, e assim sucessivamente.

Outra característica relevante do pregão é a dissociação entre propostas e lances. Os interessados encaminham uma proposta (no pregão presencial em envelope lacrado e no pregão eletrônico por meio eletrônico). Depois, passa-se para a etapa de lances (verbais ou eletrônicos, de acordo com a modalidade presencial ou eletrônica), na qual os licitantes vão reduzindo ou não os valores anteriormente apresentados.

Cabe ainda informar que o procedimento licitatório na modalidade pregão agrupa uma série de atos administrativos que são ordenados numa sequência lógica e divididos em duas fases: interna e externa. Essas duas fases encontram-se dispostas nos artigos 3º e 4º da Lei nº 10.520/02 que instituiu o pregão. A fase interna é o momento preparatório para a abertura do processo licitatório e a fase externa inicia-se com a publicação do aviso de licitação.

1.2 Tipos de Licitação

A Lei Licitatória denomina tipos de licitação os possíveis critérios a serem observados no julgamento de um procedimento licitatório. Os tipos de licitação previstos no § 1º do art. 45 da Lei nº 8.666/93, são: menor preço, melhor técnica, técnica e preço; e maior lance.

No dizer de Marçal Justen Filho (2005, p.334), “tipo de licitação consiste no procedimento licitatório orientado a selecionar a mais vantajosa segundo um critério de julgamento predeterminado”.

A Lei n. 8.666/93 não apenas indica o critério de julgamento, mas estabelece as regras procedimentais que deverão ser observadas.

Não se confunde o tipo de licitação com modalidade de licitação, uma vez que o tipo se vincula ao critério de julgamento, enquanto a modalidade se relaciona com a estrutura instrumental do procedimento licitatório.

A modalidade de licitação denominada pregão admite somente o tipo menor preço (art. 4º, X, da Lei nº 10.520/02). Quanto à modalidade convite pode ser usado em regra com o tipo menor preço. A tomada de preços, em regra, é adequada à licitação de menor preço, já que não seria impossível deflagrar um procedimento licitatório na modalidade tomada de preços para licitação de técnica e preço ou de melhor técnica. No entanto, a concorrência se presta a qualquer tipo de licitação. Já o leilão é uma modalidade que supõe licitação de tipo maior lance.

Na modalidade concurso, utiliza-se estrutura diversa da consagrada na Lei n. 8.666/93, uma vez que nele há estipulação prévia de um prêmio ou remuneração, consistindo a participação do concorrente no concurso em aceitação tácita do prêmio ou remuneração oferecido, conforme critério definido no edital.

Nas licitações que serão processadas pelo tipo de melhor técnica e de técnica e preço, a seleção da proposta vencedora faz-se por um julgamento isolado ou conjunto, respectivamente, de atributos de qualidade e preço.

A Lei nº 8.666/93 no § 5º do art. 45 estabeleceu a proibição de utilização de outros tipos de licitação diversos dos previstos no § 1º do referido artigo. Assim, a Lei Licitatória pretendeu que os quatro tipos citados constituíssem uma lista *numerus clausus*, exceto quando se tratar de licitação para concessão ou permissão de serviços públicos, que é regida por lei específica.

1.3 Princípios

O art. 3º da Lei nº 8.666/93 preceitua que as licitações serão processadas e julgadas em conformidade com os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da isonomia ou igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Ressalte-se que o enunciado normativo acima citado não estabelece um rol exaustivo dos princípios jurídicos que devem incidir nas licitações, bastando observar a expressão “dos que lhe são correlatos”, constante do final desse dispositivo. Os princípios correlatos são aqueles que mantêm correlação em virtude da matéria e derivam dos princípios básicos.

1.3.1 Princípio da Legalidade

O princípio da legalidade é considerado o princípio basilar de toda a atividade administrativa, ou seja, não pode prevalecer a vontade pessoal do administrador e sua atuação tem que limitar-se ao que a lei determina. Segundo José dos Santos Carvalho Filho (2011, p.224), essa limitação do administrador é que garante os indivíduos contra abusos de conduta e desvios de objetivos. Logo, a Administração não pode atuar contra a lei ou além da lei, somente pode agir em conformidade com a lei.

O fundamento do princípio da legalidade encontra-se no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal, o qual prescreve que: “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, [...]”

Sobre o tema, esclarece Helly Lopes Meirelles (2002, p.67) que:

A legalidade, como princípio de administração significa que o administrador público está, em toda sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei, e as exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.

Segundo este princípio a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite, e, em decorrência deste princípio costuma-se afirmar que a Administração Pública não pode agir contra a lei (*contra legem*) ou além da lei (*praeter legem*), só podendo agir nos estritos limites da lei (*secundum legem*). De outro lado, aos particulares é aplicável o princípio da autonomia da vontade, segundo o qual podem fazer tudo o que a lei não proíbe, segundo o artigo 5º, II, da Constituição de 1988, que aduz: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

1.3.2 Princípio da Moralidade

O princípio da moralidade exige do administrador uma conduta pautada em conceitos éticos, desta forma mesmo inexistindo disciplina legal é vedado ao administrador conduzir-se de forma ofensiva à ética e à moral. A moralidade está associada à legalidade, isto é, um ato contrário à moral administrativa deve ser invalidado e não considerado inoportuno ou inconveniente. Assim, o ato contrário à moral administrativa deve ser declarado nulo e não revogado.

A moralidade administrativa como princípio, segundo Helly Lopes Meirelles (2002, p.87), “constitui hoje pressuposto de validade de todo ato da Administração Pública”.

De acordo com este princípio o Administrador ao agir deverá ter uma conduta não apenas lícita, mas também consoante com a moral, os bons costumes, as regras de boa administração.

Cabe ressaltar que, não se trata da moral comum, mas sim de uma moral jurídica, uma vez que se trata de um conjunto de regras de conduta extraídas da disciplina interior da Administração.

1.3.3 Princípio da Impessoalidade

O princípio da impessoalidade ou da finalidade estabelece que a Administração Pública deve praticar o ato com o propósito de alcançar o interesse público.

Sobre a matéria, Hely Lopes Meirelles (2002, p.90) explica:

Desde que o *princípio da finalidade* exige que o ato seja praticado sempre com finalidade pública, o administrador fica impedido de buscar outro objetivo ou de praticá-lo no interesse próprio ou de terceiros. Pode entretanto, o interesse público coincidir com o de particulares, como ocorre normalmente nos atos administrativos negociais e nos contratos públicos, casos em que é lícito conjugar a pretensão do particular com o interesse coletivo”. (Grifo no original).

Desse conceito, verifica-se que o princípio da impessoalidade impõe ao administrador público que só pratique o ato para o seu fim legal. Assim, um

procedimento licitatório somente deverá ser deflagrado se houver existência de interesse público que justifique a aquisição do objeto posto em disputa. Caso contrário, se a licitação estiver motivada em desvio de finalidade, será inválida.

1.3.4 Princípio da Igualdade ou Isonomia

A Constituição Federal ao tratar da licitação, assegurou expressamente no art. 37, XXI, que o procedimento licitatório deve assegurar a igualdade de condições entre os licitantes. Essa igualdade de condições na licitação significa que se veda o estabelecimento de condições que impliquem preferência em favor de determinados licitantes em detrimento dos demais.

O princípio da igualdade ou isonomia constitui um dos alicerces da licitação, uma vez que visa não apenas tratar isonomicamente todos os interessados em participar da licitação, como também permitir à Administração a escolha da melhor proposta.

Sobre o tema Marçal Justen (2005, p.311) afirma que:

Há equívoco em supor que a isonomia veda diferenciação entre os particulares para contratação com a Administração Pública. Quando a Administração escolhe alguém para contratar, está efetivando uma diferenciação entre os interessados. Não se admite, porém, a discriminação arbitrária, produto de preferências pessoais e subjetivas do ocupante do cargo público. A licitação consiste em um instrumento jurídico para afastar a arbitrariedade na seleção do contratante.

Segundo José dos Santos Carvalho Filho (2011, p.225), este princípio tem sua origem no art. 5º da CF, como direito fundamental e indica que a Administração deve dispensar tratamento idêntico a todos os concorrentes que se encontrem na mesma situação jurídica.

1.3.5 Princípio da Publicidade

O princípio da publicidade informa que a licitação deve ser divulgada

amplamente, objetivando dar conhecimento de suas regras editalícias a um número maior possível de interessados em participar da disputa. A ampliação da disputa poderá tornar a seleção mais eficiente, e, conseqüentemente, a proposta vencedora poderá ser a mais vantajosa.

Marçal Justem Filho (2009, p.74) leciona que o princípio da publicidade visa garantir a qualquer interessado as faculdades de participação e de fiscalização dos atos da licitação.

Assim, o princípio da publicidade visa assegurar transparência na gestão pública, possibilitando aos administrados o conhecimento das condutas administrativas.

1.3.6 Princípio da Probidade Administrativa

O princípio da probidade administrativa informa que os administradores devem agir com honestidade, constituindo um dever jurídico decorrente do princípio da moralidade. Caso esse dever venha a ser violado surge o ilícito da improbidade administrativa, previsto no art. 37, § 4º, da Constituição Federal, no qual estatui que os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

José dos Santos Carvalho Filho (2011, p.226), em relação ao princípio da probidade, destaca que este princípio exige que o Administrador atue com honestidade para com os licitantes, e, sobretudo com a própria administração, concorrendo para a satisfação do interesse público, que é o de promover a seleção mais acertada possível.

1.3.7 Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório

O instrumento convocatório é o meio pelo qual se leva ao conhecimento do público a abertura de licitação, nele se encontram fixadas as condições para participar da licitação e as cláusulas essenciais do futuro contratos.

Hely Lopes Meirelles (2002, p.263) ensina que o edital é “a lei interna da licitação” e, como tal, vincula aos seus termos tanto os licitantes como a Administração que o expediu.

A inobservância deste princípio enseja nulidade do procedimento. Daí se dizer que o ato convocatório funciona como a lei interna da licitação, uma vez que subordina o administrador e os administrados aos seus comandos.

1.3.8 Princípio do Julgamento Objetivo

O princípio do julgamento objetivo é consequência do princípio da vinculação ao instrumento convocatório e está consagrado no art. 45 da Lei 8.666/93, *in verbis*:

Art. 45 O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar a sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle.

Com este princípio o legislador quis descartar o subjetivismo e personalismos não só durante o procedimento licitatório, mas também no julgamento final.

Segundo Hely Lopes Meirelles (2002, p.263), julgamento objetivo é o que se baseia no critério indicado no instrumento convocatório e nos termos específicos das propostas ofertadas, afastando-se a discricionariedade na escolha da proposta vencedora.

2 A LEI COMPLEMENTAR Nº 123/2006

A Lei Complementar nº 123/2006, que instituiu o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, foi sancionada pelo Chefe do Poder Executivo Federal e em 15 de dezembro de 2006 foi publicada. O diploma apresenta um conjunto de normas jurídicas voltadas ao tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas - ME e empresas de pequeno porte - EPP. Os tratamentos diferenciado e favorecido às ME e EPP se coadunam com os artigos 170, inciso IX, e 179 da Constituição Federal, assim consignados:

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.

Com o advento da Lei Complementar nº 123/06 foi seguida a determinação constitucional, possibilitando um maior acesso aos mercados pelas micro e pequenas empresas, no tocante às participações que as mesmas poderão ter nos procedimentos licitatórios instaurados pela Administração Pública.

Visando a fomentar a atividade empresarial por meio da simplificação das formalidades e da redução da carga fiscal, grande parte das disposições contidas no diploma apresenta natureza tributária. Mas o diploma também consagrou normas referentes à participação de ME/EPP em licitações públicas.

Não obstante a LC nº 123/2006 tratar de outras questões, nesse estudo, serão abordadas, fundamentalmente, as disposições relativas à participação de ME/EPP em licitações públicas.

Os artigos 42 a 49 da LC nº 123/2006 tratam das normas que introduzem significativas inovações às licitações, que se destinam a assegurar benefícios em favor das ME/EPP nas disputas por contratações administrativas. Contudo, no presente trabalho o artigo 46 não será objeto de estudo, por não tratar de questão referente à licitação ou à contratação administrativa. As alterações introduzidas pela Lei Complementar nas licitações públicas que serão objeto de estudo são: a)

alteração na fase de habilitação: regularidade fiscal tardia (arts. 42 e 43); b) alteração no julgamento das propostas: direito de preferência (empate ficto e critério de desempate) (arts. 44 e 45); e c) licitações diferenciadas e simplificadas (arts. 47 a 49).

As normas consignadas nos artigos 42 a 45 são de eficácia plena e imediata, uma vez que produzem efeitos no mundo jurídico desde a publicação da LC n. 123/2006. Assim, todas as licitações públicas instauradas a partir de 15 de dezembro de 2006, estão obrigadas a prestar total obediência a tais dispositivos, ou seja, a Administração Pública deverá prever em seus atos convocatórios os benefícios outorgados pela LC nº 123/2006 a esta categoria jurídica de licitantes.

Quanto às matérias tratadas nos artigos 47, 48 e 49, embora se refiram a normas de eficácia contida, já que dependem de regulamentação advinda do Poder Executivo, foram objeto de regulamentação quando da edição do Decreto Federal n. 6.204/07. O art. 47 faz explícita referência a que o regime finalístico das licitações seja previsto e regulamentado na legislação do respectivo ente federativo. Ressalte-se que alguns Estados e Municípios procederam da mesma forma.

O Regulamento Federal – Decreto Federal nº 6.204/07 – somente pode ser aplicado no âmbito da União. Os demais entes federativos poderão aplicar diretamente a LC nº 123/06. Poderão também adotar regras regulamentares próprias ou editar regulamento recepcionando a regulamentação federal. Contudo, não poderão aplicar automaticamente o Regulamento Federal.

2.1 Definição de microempresas e empresas de pequeno porte e sua comprovação nas licitações públicas

A Lei Complementar nº 123 em seu art. 3º, define e diferencia as ME e EPP:

Art. 3º Para os efeitos desta Lei Complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte, a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário a que se refere o, 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).

Da norma transcrita, tem-se um conceito objetivo de ME e EPP, no entanto, para fins do presente trabalho, não há que se distinguir microempresa de empresa de pequeno porte, já que ambas as figuras receberam tratamento equivalente para fins de licitação. Motivo pelo qual, durante o estudo será utilizada a expressão ME/EPP.

Tanto as pessoas físicas quanto as jurídicas podem, se preenchidos os necessários requisitos legais, se enquadrar como microempresa ou empresa de pequeno porte.

2.2 Abrangência das regras da Lei Complementar nº 123/06

As regras da LC nº 123/06 aplicam-se às licitações para contratações de obras, serviços e compras, que se encontram disciplinadas pelas Leis 8.666/93 e 10.520/02.

Quanto às modalidades licitatórias, as regras da Lei Complementar aplicam-se à concorrência, à tomada de preços, ao convite e ao pregão. Nos casos de leilão e concurso não teria cabimento a aplicação dos benefícios, uma vez que em ambos os casos não existe vínculo de pertinência entre a condição de ME/EPP e o objeto licitado. Ou seja, a lei não estabelece que uma ME/EPP tenha benefício na aquisição de bens públicos ou na participação de um concurso.

No tocante aos tipos de licitações, faz-se necessário diferenciar os benefícios da regularidade fiscal tardia e do direito de preferência, para o desempate. A regularização fiscal tardia será aplicada a todos os tipos de licitação, à exceção da licitação de maior lance. Já a aplicação do direito de preferência, isto é, a preferência na formulação de lance em caso de empate ficto é compatível com as características das licitações de menor preço.

2.3 Tratamento diferenciado e favorecido no julgamento das propostas: direito de preferência

A Lei Complementar em seus arts. 44 e 45 preceitua que as ME ou EPP terão direito de preferência nas licitações públicas.

De fato, os artigos 44 e 45 estabeleceram que:

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 de 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.

Das disposições legais acima transcritas, nota-se que o *caput* do art. 44 estabelece que as ME e EPP gozarão de preferência de contratação em caso de empate ficto. Por empate ficto, entende-se as situações em que as propostas apresentadas nas licitações pelas ME e EPP sejam iguais ou até 10% (dez por cento) superiores à proposta mais bem classificada (§ 1º do art. 44), desde que o melhor preço não tenha sido ofertado pelas ME e EPP, uma vez que se o primeiro melhor preço tiver sido ofertado por ME/EPP não caberá a aplicação do direito de

preferência. Este percentual é aplicável nas modalidades concorrência, tomada de contas e convite, sendo que, na modalidade pregão, o percentual estabelecido é de até 5% (cinco por cento) superior ao melhor preço ofertado (§ 4º do art. 44). Importante consignar que, se o melhor preço for ofertado por uma ME ou EPP, não ocorrerá o “empate ficto” (§ 2º do art. 45).

Assim, ocorrendo o empate ficto, a ME ou a EPP terá que cobrir o menor preço ofertado. Ressalte-se que é ficto, pois serão consideradas as situações em que uma ou mais propostas de empresas enquadradas como ME ou EPP ofertem valores com até 5% (pregão) ou 10% (concorrência, tomada de contas e convite) superiores à proposta mais bem classificada.

Importante destacar que a LC nº 123/2006 não determina que a ME ou a EPP seja considerada vencedora caso haja a situação de “empate ficto”, ou seja, para que seja declarada vencedora deve a ME ou a EPP cobrir o menor preço ofertado. Se cobrir o menor preço, o objeto da licitação será adjudicado a ela, conforme preceitua o inciso I do art. 45 da Lei Complementar, desde que encerradas as demais fases do procedimento licitatório (declaração de vencedor, habilitação, recurso e etc.).

2.3.1 Desempate nas modalidades concorrência, tomada de preços e convite

Exceto no caso do pregão, a execução da fase de julgamento das propostas ocorre depois de encerrada a fase da habilitação. Assim, após ser aferida a conformidade das propostas ofertadas às exigências do edital (art. 48, I, da Lei nº 8.666/93), faz-se necessário saber se a proposta ofertada não é excessiva ou inexequível, conforme art. 48, inciso II, primeira e segunda parte.

Verificada a conformidade da proposta, nos termos acima mencionados, o julgamento feito em torno do menor preço conduzirá a uma classificação em ordem crescente dos preços ofertados, conforme preceitua o art. 45, § 3º, da LC n. 123/06.

Nesse momento poderá surgir o “empate ficto”, desde que o melhor preço não tenha sido ofertado pelas ME e EPP. Se apenas uma licitante enquadrada como ME/EPP tiver apresentado proposta até 10% maior do que o primeiro melhor preço

ofertado lhe será facultado ofertar outra proposta, na qual o valor deve ser inferior ao primeiro melhor preço ofertado, caso em que lhe seja adjudicado o objeto do certame. Caso haja mais de uma proposta apresentada por ME/EPP de valor até 10% superior à primeira colocada, serão estas propostas classificadas em ordem crescente, sendo que a ME/EPP que ofertou a proposta de menor valor terá a faculdade de ofertar proposta de valor menor do que a proposta inicialmente vencedora. Existe ainda a possibilidade de que duas ou mais ME/EPP tenham ofertado propostas de valor idêntico e de até 10% do valor ofertado pela primeira colocada. Nesse caso, será realizado sorteio entre elas para a seleção da primeira a apresentar oferta de menor valor.

Contudo, se nenhuma das licitantes enquadradas como ME/EPP que se encontre em situação jurídica de empate com a proposta vencedora exercer o direito de ofertar proposta de menor valor, ou caso nenhuma delas possa ser contratada por força de determinado impedimento jurídico, o objeto licitado será adjudicado ao licitante que inicialmente tiver apresentado a proposta classificada em primeiro lugar.

A Lei Complementar, quanto às licitações regidas pela Lei n. 8.666/93, é omissa no tocante ao prazo para o exercício pelas ME/EPP da prerrogativa do empate ficto e desempate. Sendo assim, o instrumento convocatório (edital ou carta-convite) deve disciplinar a aplicação do direito de preferência, inclusive, para o referido prazo.

2.3.2 Desempate na modalidade pregão (eletrônico e presencial)

A Lei Complementar nº 123/06, em seu art. 45, § 3º preceitua que:

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

§ 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.

Significa que, em se tratando de pregão, o regime da LC nº 123/06 não incide na fase de propostas, mas apenas no tocante aos lances.

Na modalidade pregão eletrônico e presencial, as normas de regência estabelecem que o pregoeiro possa negociar diretamente com o licitante declarado vencedor do certame visando obter preço melhor.

No pregão quando houver a participação de ME/EPP será assegurado o direito de preferência instituído pela LC nº 123/06. Assim, quando se tratar de pregão presencial, o pregoeiro após o encerramento da fase de lances verbais e da necessária negociação com o proponente melhor classificado, deve verificar se as propostas apresentadas por ME/EPP são igual ou até 5% superiores à proposta mais bem classificada apresentada por empresa não enquadrada como microempresa ou empresa de pequeno porte. Verificada a existência de propostas nesse intervalado de valores, o pregoeiro convocará a ME/EPP melhor classificada para apresentar, no prazo de cinco minutos, proposta de preço inferior àquela mais bem classificada, situação em que será considerada a primeira classificada e, não adjudicatária, como consta do inciso I do art. 45 da LC nº 123/06, uma vez que a adjudicação somente poderá ocorrer após a fase de habilitação.

Caso haja empate real dentro da faixa de empate técnico entre as ME/EPP deverá ser aplicado o art. 45, III, da LC nº 123/06 da seguinte forma: a) no pregão presencial deverá ser realizado sorteio antes de se oportunizar o direito de desempate; e b) no pregão eletrônico o sistema eletrônico considerará o primeiro lance registrado antes de se oportunizar o direito de desempate. Em ambos os casos, o prazo de 5 minutos deverá ser aplicado tanto no pregão presencial como no eletrônico, para apresentar proposta de preço inferior àquela mais bem classificada.

Ressalte-se que no pregão eletrônico a verificação de propostas apresentadas por ME/EPP com valores igual ou superiores em até 5% à proposta mais bem classificada é realizada pelo sistema. O sistema além de identificar a proposta ofertada por ME/EPP, ao invés de realizar um sorteio, considerará a ME/EPP que primeiro digitou o lance no sistema.

Caso a primeira ME/EPP não ofereça nenhum lance dentro do prazo estipulado, serão convocadas as remanescentes na ordem classificatória para o exercício desse direito, tanto no pregão presencial como no eletrônico. Não havendo sucesso quanto à redução dos valores, a primeira classificada será a que apresentou a proposta inicialmente de valor menor.

No pregão até a edição da LC nº 123/06 observava-se o rito do artigo 4º da Lei nº 10.520/02, qual seja: a) classificação de propostas (art. 4º, VII); b) início da

disputa - verbal ou virtual (art. 4º, VIII e IX); c) encerramento da disputa (por exaustão no presencial e pelo tempo randômico no eletrônico); d) classificação provisória/aceitabilidade (art. 4º, XI); e) negociação (art. 4º, XVII); e, f) habilitação (art. 4º, XII).

Com o advento da LC nº 123/96, observa-se que no tocante ao julgamento das propostas no pregão, com a aplicação do direito de preferência, será posterior a aplicação do artigo 4º, XIII, da Lei nº 10.520/00 para momento ulterior à aplicação do art. 45, § 3º, da citada Lei Complementar, acima transcrito. Desta forma, a rotina da sessão de pregão presencial ou eletrônico com a aplicação da LC nº 123/06 passou a ser: a) classificação de propostas (art. 4º, VII); b) início da disputa - verbal ou virtual (art. 4º, VIII e IX); c) encerramento da disputa (por exaustão no presencial e pelo tempo randômico no eletrônico); d) classificação provisória/aceitabilidade (art. 4º, XI); e) empate ficto – LC 123/06; f) desempate – LC 123/06; g) negociação (art. 4º, XVII); e, f) habilitação (art. 4º, XII).

Por fim, cabe destacar que a interpretação da nova norma, em alguns momentos, não pode ser feita de maneira literal. É que, pelo teor do inciso I do art. 45 da LC nº 123/06, poder-se-ia interpretar que o objeto seria adjudicado ao detentor da melhor oferta após a disputa ser resolvida. Obviamente não será assim necessariamente, tendo em vista que a LC nº 123/06 não suprimiu as demais fases do procedimento (habilitação, declaração de vencedor, recurso etc.).

2.4. Tratamento diferenciado e favorecido na habilitação: regularidade fiscal tardia

Para melhor entendimento dos impactos da LC nº 123/06 na habilitação das ME/EPP em procedimentos licitatórios, faz-se necessário falar rapidamente sobre a habilitação nas licitações públicas.

Habilitação, para fins de licitação, objetiva verificar se o licitante detém qualificação para adimplir com a futura contratação, uma vez que somente pode formular proposta nas licitações o interessado que possa validamente contratar. A Lei 8.666/93 estabeleceu que na habilitação nas licitações exigir-se-á documentação

relativa a: habilitação jurídica (art. 27, I e art. 28); qualificação técnica (art. 27, II e art. 30); qualificação econômico-financeira (art. 27, III e art. 31); regularidade fiscal e trabalhista (art. 27, IV e art. 29), além da comprovação de que a licitante não contrata menores ao arrepio das regras constitucionais.

No dizer de Marçal Justen Filho (2005, p.326) “a habilitação consiste no conjunto de atos orientados a apurar a idoneidade e a capacitação de um sujeito para contratar com a Administração Pública”.

A prerrogativa conferida às ME/EPP diz respeito tão-somente à parcela da habilitação chamada de regularidade fiscal, uma vez que somente ela foi alcançada pela LC n. 123/06, conforme arts. 42 e 43, *in verbis*:

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

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

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

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

A Lei Complementar nº 123/2006 dispõe no Capítulo V, artigos 42 e 43, que as microempresas e empresas de pequeno porte, nas licitações públicas, terão tratamento diferenciado e favorecido no que se refere à comprovação de regularidade fiscal. Ou seja, as diretrizes contidas nos artigos 42 e 43 da Lei Complementar facilitaram para as ME/EPP a apresentação tardia da regularidade fiscal, já que o licitante favorecido tem o direito de provar a regularidade fiscal no prazo de dois dias úteis, prorrogáveis por igual período, a contar do momento em que for declarado vencedor.

A regularidade fiscal implica na comprovação, conforme o caso, das exigências estabelecidas na Lei Licitatória, em seu art. 29, *in verbis*:

Art. 29. A documentação relativa à regularidade fiscal (...), conforme o caso, consistirá em:

I - prova de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Geral de Contribuintes (CGC);

II - prova de inscrição no cadastro de contribuintes estadual ou municipal, se houver, relativo ao domicílio ou sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual;

III - prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei;

IV - prova de regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei.

A regularidade fiscal segundo Marçal Justen Filho (2005, p. 329) consiste na comprovação documental de que o sujeito se encontra regularmente inscrito perante os cadastros públicos de contribuintes e que não constam débitos fiscais em seu nome.

Para melhor compreensão do tema, faz-se necessária a análise conjunta dos arts. 42 e 43 do Estatuto das ME/EPP, uma vez que o art. 42 estabelece que a comprovação dos requisitos de regularidade fiscal será exigida apenas para efeito de assinatura do contrato, enquanto o art. 43 prevê que as ME/EPP devem apresentar desde logo toda a documentação exigida para comprovação da regularidade fiscal. Assim, associando-se os dois artigos, nota-se que a vontade legislativa consiste em submeter o licitante a apresentar, desde logo, toda a documentação atinente à regularidade fiscal. O art. 42 não dispensa a apresentação da documentação, mas apenas permite que o licitante não seja excluído do certame, caso haja algum defeito.

Assim, a leitura do artigo 42 da LC nº 123/06 somente pode ser feita de modo a respeitar as etapas do procedimento licitatório, uma vez que a regularidade fiscal é um requisito necessário para a habilitação e não pode ter sua análise adiada para o instante da formalização do contrato. Ou seja, a habilitação não pode ser realizada na fase contratual, uma vez que estaria ocorrendo um novo julgamento de habilitação e o procedimento não poderia ter sido homologado.

2.5 Contratações diferenciadas e simplificadas

Os artigos 47, 48 e 49 da LC nº 123/06, determinam que:

Art. 47. Nas contratações públicas da União, dos Estados e dos Municípios, poderá ser concedido tratamento diferenciado e simplificado para as

microempresas e empresas de pequeno porte objetivando a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica, desde que previsto e regulamentado na legislação do respectivo ente.

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

I - destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nas contratações cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais);

II - em que seja exigida dos licitantes a subcontratação de microempresa ou de empresa de pequeno porte, desde que o percentual máximo do objeto a ser subcontratado não exceda a 30% (trinta por cento) do total licitado;

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

§ 1º O valor licitado por meio do disposto neste artigo não poderá exceder a 25% (vinte e cinco por cento) do total licitado em cada ano civil.

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

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

I - os critérios de tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte não forem expressamente previstos no instrumento convocatório;

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

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

IV - a licitação for dispensável ou inexigível, nos termos dos arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

O art. 47 da Lei Complementar preceitua que a União, os Estados e os Municípios poderão conceder 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.

Segundo José Anacleto Abduch Santos (2011, p.118) esta norma se aplica também ao Distrito Federal, pois “inobstante a omissão legislativa, não se pode conceber, em análise sistemática, especialmente, considerado o princípio da isonomia, que a norma não tenha aplicação em relação a este ente federado”.

Sobre a ausência de alusão ao Distrito Federal, Marçal Justen Filho (2007, p.108) afirma que se deve reputar que também o distrito Federal está incluído na disciplina do referido dispositivo.

Objetivando implementar o tratamento diferenciado e simplificado de que

trata o art. 47, a Lei Complementar faculta a adoção por lei de alguns procedimentos específicos no que se refere às licitações. Os entes federados poderão editar leis, nas quais poderão contemplar normas regulamentando as três prerrogativas legais conferidas às ME/EPP instituídas como normas gerais no art. 48, quais sejam: a) a instauração procedimento licitatório destinado exclusivamente à participação de ME/EPP nas contratações cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais); b) a exigência de que os licitantes procedam à subcontratação de ME/EPP, desde que o percentual máximo do objeto a ser subcontratado não exceda a 30% (trinta por cento) do total licitado; c) a exigência de que se estabeleça cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de ME/EPP, em certames para a aquisição de bens e serviços de natureza divisível.

Note-se que, ao mesmo tempo em que a Lei Complementar em seu art. 47 estabelece as hipóteses de tratamento diferenciado, também impõe limites para a fixação destas formas de tratamento.

A LC nº 123/06, em seu art. 49, prevê vedações à aplicação do tratamento diferenciado previsto nos artigos 47 e 48. As vedações são: a) a falta no instrumento convocatório a previsão dos critérios de tratamento diferenciado e simplificado (inciso I, art. 49); b) a inexistência de um mínimo de três fornecedores competitivos enquadrados como ME/EPP sediados no local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas contidas no ato convocatório (inciso II, art. 49); c) quando o tratamento diferenciado e simplificado para as ME/EPP não for vantajoso para a administração pública ou representar prejuízo à contratação (inciso III, art. 49); d) quando a licitação for dispensável ou inexigível na forma dos artigos 24 e 25 da Lei nº 8.666/93. Logo, somente poderá ser conferido o tratamento diferenciado e simplificado, se inexistentes as hipóteses regulamentes do art. 49 da Lei Complementar.

As previsões contidas nos artigos 47, 48 e 49 da LC nº 123/96 não se destinam a assegurar a transferência de recursos para qualquer ME/EPP, para o fim de manter a sua existência. Em verdade, o que se pretende é garantir a esses empreendedores enquadrados como ME/EPP condições de manter e de ampliar a sua participação no mercado, mediante um incentivo à sua capacidade de produzir benefícios para toda a comunidade, visando com isso reduzir as desigualdades sociais e regionais.

O art. 47 da LC nº 123/06 refere-se a três ordens de fins a serem

promovidos pela Administração pública por meio das contratações diferenciadas no art. 48.

A primeira previsão consiste na promoção do desenvolvimento econômico e social, no âmbito municipal e regional. Tal previsão visa à ampliação da riqueza e à melhoria das condições de realização dos direitos fundamentais.

A segunda previsão consiste na ampliação da eficiência das políticas públicas. Quanto às políticas públicas o universo é muito amplo e abrange as ações públicas de diversos âmbitos. O dispositivo em questão não estabelece qualquer restrição relativamente a isso, logo, toda implementação de política pública pode comportar a aplicação das contratações diferenciadas de ME/EPP.

A terceira previsão refere-se ao incentivo à inovação tecnológica, ou seja, à adoção de contratações cuja execução proporcione a descoberta, a utilização e a consolidação econômica de soluções tecnológicas não tradicionais. Para tanto será imprescindível demonstrar que a ME/EPP se encontra em condições de promover a inovação tecnológica buscada pela Administração Pública.

3. A APLICAÇÃO DA LEI COMPLEMENTAR Nº 123/2006 NAS LICITAÇÕES PÚBLICAS E O PRINCÍPIO DA ISONOMIA

3.1. A constitucionalidade do tratamento diferenciado

Ao Estado cabe promover o desenvolvimento econômico e social de forma orientada, além das competências repressivas e delimitadoras da autonomia privada e o fornecimento de utilidades destinadas à satisfação de necessidades coletivas. Constitucionalmente essa intervenção orientada a incentivar o desenvolvimento econômico e social é consagrada com uma das finalidades primordiais do Estado brasileiro. O art. 3º da CF estabelece que:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

(...)

Até a edição da LC nº 123/06 as licitações e as contratações públicas eram disciplinadas sob o exclusivo enfoque do aprovisionamento de bens e serviços necessários ao desempenho das funções estatais.

Acontece que a promoção das finalidades contempladas nos incisos I, II e III do art. 3º da CF pode impor ao Estado a adoção de providências de outra ordem. Assim, o Estado poderá adotar diversas medidas de fomento econômico, inclusive, a contratação administrativa como meio de promover fins sociais e econômicos, além de mera e simples obtenção dos bens e serviços necessários ao desempenho das atividades materiais do Estado.

Ora, se houvesse tratamento idêntico para todas as pessoas físicas e jurídicas seria pouco possível reduzir as desigualdades, logo, a redução das desigualdades pressupõe a adoção de políticas que assegurem benefícios e vantagens aos hipossuficientes.

Conforme já abordado no capítulo anterior, a LC nº 123/06 trouxe inovações dotadas de relevância econômica e social. Essas inovações envolvem questões relacionadas com o princípio da isonomia, uma vez que a finalidade buscada não

será apenas a obtenção de bens e serviços necessários à satisfação de necessidades estatais, mas também à obtenção de outras finalidades de cunho social.

Assim, mesmo o Estado estando obrigado a tratar igualmente a todos os interessados em participar dos procedimentos licitatórios e com ele contratar e buscar a contratação economicamente mais vantajosa, também deverá promover a eliminação das desigualdades sociais e individuais. Logo, a adoção de preferências como meio de eliminar as desigualdades e incentivar os setores carentes não é inconstitucional.

3.3. O tratamento diferenciado e o princípio da isonomia

A aplicação do tratamento diferenciado outorgado pela Lei Complementar nº 123/06 nas ME/EPP violaria o princípio da isonomia?

O princípio constitucional da igualdade veda as diferenciações arbitrárias e absurdas, pois o tratamento desigual aos desiguais é exigência do próprio conceito de Justiça, de modo que este princípio só estaria sendo lesionado quando o elemento discriminador não tivesse fundamento em uma finalidade acolhida pelo direito.

A Lei Complementar nº 123/06 instituiu normas jurídicas voltadas ao tratamento diferenciado e favorecido para as ME/EPP. A legitimidade de tais normas advém de determinação constitucional, previstas nos art.170, inc. IX, e art. 179 da Constituição Federal, conforme já prelecionado no capítulo anterior. Portanto, os benefícios instituídos em favor das ME/EPP nas disputas por contratações administrativas constituem princípio constitucional de ordem econômico, devendo ser observados nas licitações públicas.

O tratamento diferenciado outorgado pela LC nº 123/06 não viola o princípio da isonomia, pois parte da premissa de que as ME/EPP não são iguais às empresas grandes. Assim, a premissa de que as ME/EPP e as grandes empresas não são iguais torna possível a aplicação do tratamento desigual nas licitações.

Alexandre de Moraes (2003, p.64) sobre o princípio da igualdade assevera que “os tratamentos normativos diferenciados são compatíveis com a Constituição Federal quando verificada a existência de uma finalidade razoavelmente proporcional ao fim visado”.

José Anacleto Abduch Santos (2011, p. 24), sobre o tratamento diferenciado e o princípio da isonomia, leciona:

Quaisquer discriminações legais são legítimas e, portanto, válidas, se a discriminação tiver suporte constitucional (o que não significa necessariamente previsão constitucional expressa, ressalte-se). No caso da norma em exame, o fundamento constitucional está expressamente previsto no art. 170, IX, da Constituição Federal, erigindo à condição de princípio o tratamento favorecido à empresa de pequeno porte, e no art. 179, que remete à lei a criação de situação jurídica de efetivo tratamento diferenciado. À luz de um dos referentes metodológicos acima citados, o da interpretação sistemática, é de se referir que tal princípio deve coabitar harmonicamente com o sistema jurídico, com os demais princípios e valores constitucionais, e certamente deverá ser ponderado quando da solução de casos concretos.

Marçal Justen Filho (2007) assevera que é possível admitir tratamento diferenciado entre os interessados em participar de licitações públicas, desde que não haja lesão ao princípio da isonomia e que os recursos públicos sejam protegidos. Eis as palavras do ilustre doutrinador:

Portanto, a realização de processo licitatório orienta-se a promover o princípio da isonomia, assegurando o acesso à competição para todos os potenciais interessados em contratar com a Administração Pública. Pode-se admitir que a diferença econômica entre os potenciais contratados propicie tratamento jurídico distinto para eles. Mas isso não significa admitir que a Administração promova o mal-baratamento dos recursos públicos. Se o Estado promover contratação desastratosa apenas para assegurar preferência em favor de uma pequena empresa, haveria dupla ofensa ao sistema jurídico.

Em primeiro lugar, haveria a infração ao princípio da isonomia, eis que os benefícios transferidos para a pequena empresa seriam arcados pela sociedade em seu conjunto. (...)

Em segundo lugar, a solução estaria em conflito com a vontade constitucional de proteger os recursos públicos. (JUSTEN FILHO, 2007, p.35)

Verifica-se, pelo exposto, que a compreensão na aplicação da LC nº 123/2006 em licitações públicas deve ser harmonizada com o princípio da isonomia, buscando-se equacionar o acesso à competição nos certames licitatórios de todos os potenciais interessados em contratar com a Administração Pública e a seleção da proposta mais vantajosa. A Lei Complementar, ao conferir tratamento diferenciado às ME/EPP em relação às grandes empresas, está tratando desigualmente aquelas empresas que são desiguais, com autorização constitucional, logo, não há que se falar em violação ao princípio da isonomia.

A Lei Complementar nº 123/06, conforme já abordado no capítulo anterior, criou exceções em favor das ME/EPP em relação às licitações, a saber: a) regularidade fiscal tardia; b) direito de preferência em caso de desempate; c) tratamento diferenciado e simplificado nas licitações e contratações públicas, 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.

E esses tratamentos diferenciado e simplificado podem consistir em: licitação destinada exclusivamente à participação das ME/EPP, nas contratações cujo valor seja de até R\$ 80.000,00; exigência de que a subcontratação recaia sobre as ME/EPP, desde que a subcontratação não exceda a 30% (trinta por cento) do total licitado; possibilidade de estabelecer cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de ME/EPP, em procedimentos licitatórios que busquem a aquisição de bens e serviços de natureza divisível.

A Lei Complementar nº 123/06 estabeleceu ainda as situações em que os arts. 47 e 48 não se aplicam.

Esses benefícios instituídos às ME/EPP não conflitam com o princípio da isonomia, uma vez que o tratamento diferenciado resulta da própria situação desigual dessas empresas em relação a outras que não têm a mesma natureza, ou seja, trata-se de tratar desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades. Realizar o princípio da isonomia é proteger as ME/EPP legislativamente como forma de compensar a insuficiência de sua capacidade econômica para competir com as grandes empresas.

Em seus ensinamentos Marçal Justen Filho assevera:

A própria Constituição estabelece que um dos fins buscados pela Nação Brasileira reside na eliminação das desigualdades regionais e sociais (CF/88, art. 3º, inc. III). Ora, seria pouco possível eliminar as desigualdades se houvesse tratamento idêntico para todos os brasileiros. A eliminação das desigualdades regionais e individuais pressupõe a adoção de políticas de cunho afirmativo, que assegurem benefícios e vantagens para os sujeitos e as regiões em condições de hipossuficiência. Trata-se de realizar o conteúdo do princípio da isonomia, tal como unanimemente consagrado: tratar de modo desigual aqueles que se encontrem em situação distinta.

Portanto, por todo o exposto, verifica-se que a aplicação dos benefícios instituídos pela LC nº 123/06 é compatível com o princípio da isonomia, pois a consagração de critérios para eliminar as desigualdades entre as ME/EPP e grandes

empresas é uma demonstração de constitucionalidade. Tendo em vista que o tratamento diferenciado dispensado às ME/EPP se funda nas hipóteses constitucionalmente admitidas.

Certos benefícios orientados a fomentar atividades, promover o desenvolvimento econômico e social de certas regiões e diminuir as desigualdades podem ser compatíveis com a Constituição, desde que o tratamento preferencial não seja absoluto nem excludente da realização dos demais valores constitucionais, de modo que as licitações não podem ser em sua totalidade norteadas por critérios de discriminação e de inobservância da vantagem econômica.

CONCLUSÃO

A Lei Complementar nº 123/2006, que instituiu o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, consagrou no seu capítulo V normas que introduziram inovações significativas relativamente às licitações públicas. Essas inovações são voltadas ao tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e empresas de pequeno porte nas disputas licitatórias. Como regra, os benefícios instituídos pela Lei Complementar são: regularidade fiscal tardia (arts. 42 e 43); direito de preferência (arts. 44 e 45); e licitações diferenciadas e simplificadas (arts. 47 a 49).

Como instrumento de desenvolvimento social e econômico, os benefícios assegurados em favor das microempresas e empresas de pequeno porte destinam-se a eliminar as desigualdades entre elas e as grandes empresas. É que, visando equalizar o equilíbrio econômico entre as microempresas e empresas de pequeno porte, que não são dotadas de elevado poder econômico, e as grandes empresas, que são dotadas de elevado poder econômico, a Constituição previu explicitamente a adoção de providências destinadas a assegurar a proteção daqueles que detêm pouco poder econômico, ou seja, a assegurar a proteção das microempresas e empresas de pequeno porte.

Assim, não há que se falar que os benefícios instituídos em favor das microempresas e empresas de pequeno porte violariam o princípio da isonomia, já que a própria Constituição recomendou que benefícios restritos às microempresas e empresas de pequeno porte constituem solução destinada a fomentar a isonomia.

A isonomia não depende apenas de apreciar a diferença existente nas situações, ela demanda também que seja contemplado o fim a que se orienta a diferenciação. O princípio da isonomia estabelece que o resultado seja compatível com o motivo autorizador da distinção. Logo, o tratamento isonômico não consiste apenas em diferenciar pessoas e bens, mas considera o resultado a ser produzido, em razão das imposições constitucionais.

O princípio da isonomia exige que sejam compatíveis com a ordem jurídica e com os valores constitucionais, tanto o critério diferenciador escolhido como o resultado atingido.

Logo, o tratamento diferenciado concedido às microempresas e empresas de pequeno porte, contemplados nos artigos 42 a 45 e 47 a 49 da Lei Complementar nº 123/06, não conflitam com o princípio da isonomia, uma vez que, no caso das microempresas e empresas de pequeno porte, o tratamento diferenciado resulta da própria situação desigual dessas empresas em relação às grandes empresas. Ou seja, trata-se da realização do princípio da isonomia, consagrado da seguinte maneira: tratar de modo desigual os que se encontram em situação diferente.

Por fim, pode-se concluir que é perfeitamente constitucional que uma parte das contratações seja reservada preferencialmente às ME/EPP, na medida em que não vede o acesso de outras empresas às contratações administrativas, de modo que a constitucionalidade subsistirá, pois uma parcela dos recursos públicos será utilizada para o fomento de atividades econômicas, visando à redução das desigualdades sociais e econômicas, considerando, ao fim e ao cabo, ser esse um dos objetivos fundamentais consagrados no art. 3º da Constituição de 1988.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativa*. 24 ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Sanella. *Direito administrativo*. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 13 ed. São Paulo: Dialética, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. *O estatuto da microempresa e as licitações públicas*. 2 ed. rev. e atual., de acordo com a Lei Complementar 123/2006 e o Decreto Federal 6.204/2007. São Paulo: Dialética, 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Pregão: comentários à legislação do pregão comum e eletrônico*. 5 ed.. São Paulo: Dialética, 2009a.

MEIRELES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MORAES, Alexandre de Moraes. *Direito Constitucional*. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

Tribunal de *Contas da União*. *Licitações & contratos – orientações básicas*. Brasília:TCU, Secretaria de Controle Interno, 2003.

SANTANA, Jair Eduardo. *Pregão presencial e eletrônico: manual de implantação, operacionalização e controle*. 2. ed. ver. v atual., nos termos do Estatuto das Microempresas (Lei Complementar 123/2006). Belo Horizonte: Fórum, 2008.

SANTANA, Jair Eduardo; GUIMARÃES, Edgar. *Licitações e o novo estatuto da pequena e microempresa: reflexos práticos da LC nº 123/2006*. 1 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

SANTOS, José Anacleto Abduch. *Licitações e o estatuto da microempresa e empresa de pequeno porte*. 1ª Ed. Curitiba: Juruá, 2008.