

**CENTRO DE ENSINO SUPERIOR DE RUBIATABA
FACULDADE DE CIENCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA
CURSO DE DIREITO**

GLAYZER ANTONIO GOMES DA SILVA

**O ESTATUTO DA MICROEMPRESA E AS REPERCUSSÕES
DE SUA APLICAÇÃO NAS LICITAÇÕES.**

RUBIATABA – GO

2007

CENTRO DE ENSINO SUPERIOR DE RUBIATABA
FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA
CURSO DE DIREITO

GLAYZER ANTONIO GOMES DA SILVA

**O ESTATUTO DA MICROEMPRESA E AS REPERCUSSÕES
DE SUA APLICAÇÃO NAS LICITAÇÕES.**

Monografia apresentada a Faculdade de Ciências e Educação de Rubiataba – FACER como requisito para a obtenção do grau de Bacharel em Direito sob a orientação do Professor Samuel Balduino Pires da Silva.

Rubiataba – GO

2007

GLAYZER ANTONIO GOMES DA SILVA

**O ESTATUTO DA MICROEMPRESA E AS REPERCUSSÕES DE SUA
APLICAÇÃO NAS LICITAÇÕES.**

COMISSÃO JULGADORA
MONOGRAFIA PARA A OBTENÇÃO DO GRAU DE BAICHAREL EM DIREITO
GRADUADO PELA FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA.

RESULTADO: _____

Orientador _____
Titulação/nome

2º Examinador _____
Titulação/nome

3º Examinador _____
Titulação/nome

Rubiataba, de de 2007.

DEDICATÓRIA.

Dedico este trabalho primeiramente a Deus, Pai Celestial que desde o princípio de minha existência caminha sempre ao meu lado, me guiando e protegendo, por onde quer que eu vá, e sem o qual, nada seria possível e não estaríamos aqui reunidos, desfrutando, juntos, destes momentos que nos são tão importantes.

Aos meus pais Glayrston e Arlene; pelo amor, apoio, dedicação e compreensão, em todos os momentos desta e de outras caminhadas. A eles, gratidão eterna!!!

AGRADECIMENTOS.

Àqueles que de forma direta ou indireta contribuíram para a realização deste trabalho.

Aos Professores Dr.Teófilo Amorim e Dr. Samuel Balduino pela contribuição, dentro de suas áreas, para o desenvolvimento desta monografia, e principalmente pela dedicação, empenho e amizade que demonstraram no decorrer desta árdua, porém, gratificante caminhada.

RESUMO

A presente Monografia trata de um estudo das repercussões da aplicação das normas exaradas pela Lei Complementar nº. 123/06, referente aos privilégios cedidos às microempresas e empresas de pequeno porte nas licitações públicas, buscando apontar as vantagens e desvantagens da edição desta Lei pra a Administração Pública. No trabalho foram abordados, aspectos gerais das licitações, que vão desde seu conceito e natureza jurídica, até a obrigatoriedade de se licitar. Ao estudar sobre pequenas empresas, percorremos uma trilha de evolução legislativa que inicia-se em 1979 durante o último regime militar, com a política de desburocratização da administração pública e do setor privado, e acaba na publicação da Lei Complementar nº. 123/06, passando pela publicação de várias legislações nesse período. Durante esse percurso, faz-se uma abordagem teórica sobre a importância dos pequenos negócios para a economia de um país, como maior fonte de empregos e fator de estabilidade social. Em um segundo momento, relata-se aspectos pertinentes às inovações trazidas pelo Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte, nas esferas tributária, trabalhista, comercial e processual. Posteriormente, é feita uma análise, confrontando os dispositivos da Lei Complementar em epígrafe, com o princípio da isonomia, dentro de um contexto licitatório. E finalmente, tratamos dos privilégios propriamente ditos, cedidos às microempresas e empresas de pequeno porte, em procedimentos licitatórios realizados pela Administração Pública. Com isso comprovamos que, os dispositivos da referida Lei Complementar que altera o regime jurídico da licitação pública, introduzir regras que irão, apenas, ampliar a complexidade do instituto das licitações, dando margem a litígios e controvérsias infundáveis, já que ao invés de produzir a simplificação e a racionalização dos certames, tais regras os tornarão mais lentos, mais formais, mais burocráticos, postergando o atendimento às demandas de interesse público.

Palavras-chave: tratamento diferenciado; microempresa e empresa de pequeno porte; licitações públicas; isonomia; Administração Pública.

ABSTRAT

To present Monograph he treats of a study of the repercussions of the application of the norms engraved by the Law Complemental n°. 123/06, regarding the privileges given in to the small businesses and companies of small load in the public auctions, looking for to point the advantages and disadvantages of the edition of this Law for the Public Administration. In the work they were approached, general aspects of the auctions, that empty space from your concept and juridical nature, until the compulsory nature of bidding. When studying on small companies, we traveled a trail of legislative evolution that he/she begins in 1979 during the last military regime, with the politics of desburocratização of the public administration and of the private section, and it ends in the publication of the Law Complemental n°. 123/06, going by the publication of several legislations in that period. During that course, it is made a theoretical approach on the importance of the small businesses for the economy of a country, as larger source of employments and factor of social stability. In a second moment, it is told pertinent aspects to the innovations brought by the National Statute of the Small business and Company of Small Load, in the spheres tributary, labor, commercial and procedural. Later, it is made an analysis, confronting the devices of the Complemental Law in epigraph, with the beginning of the isonomia, inside of a context licitatório. It is finally, we treated properly of the privileges said, given in to the small businesses and companies of small load, in procedures licitatórios accomplished by the Public Administration. With that we proved that, the devices of the referred Complemental Law that it alters the juridical regime of the public auction, to introduce rules that will go, just, to enlarge the complexity of the institute of the auctions, giving margin to litigations and endless controversies, since instead of producing the simplification and the rationalization of the fights, such rules they will turn slower, more formal, more bureaucratic, postponing the attendance to the demands of public interest.

LISTA DE SIGLAS

BNDES – Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social.

CEMPRE – Compromisso Empresarial para Reciclagem.

CLT – Consolidação das Leis de Trabalho.

CNPJ – Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica.

DF – Distrito Federal.

FMI – Fundo Monetário Internacional.

GMC – Grupo Mercado do Sul.

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística.

INSS – Instituto Nacional de Seguridade Social.

MERCOSUL – Mercado Comum do Sul.

OMC – Organização Mundial de Comércio.

Pág. – Página.

SEBRAE – Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas.

SICAF – Sistema Integrado de Cadastramento Unificado de Fornecedores.

SIMPLES – Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições.

TCU – Tribunal de Contas da União.

SUMÁRIO

RESUMO

ABSTRACT

INTRODUÇÃO	11
Capítulo 1 – LICITAÇÕES	13
1.1 Conceito e Natureza Jurídica	13
1.2 Disciplina Normativa	13
1.3 Objeto	15
1.4 Modalidades	15
1.5 Tipos de Licitação	17
1.6 Princípios Básicos	18
1.6.1 Princípio da Legalidade	19
1.6.2 Princípio da Impessoalidade	19
1.6.3 Princípio da Moralidade	20
1.6.4 Princípio da Igualdade	20
1.6.5 Princípio da Publicidade	21
1.6.6 Princípio de Probidade Administrativa	21
1.6.7 Princípio da vinculação ao instrumento convocatório	22
1.6.8 Princípio do Julgamento Objetivo	22
1.7 Obrigatoriedade de Licitação	23
Capítulo 2 – MICROEMPRESA E EMPRESA DE PEQUENO PORTE	24
2.1 Conceituação de Microempresa e Empresa de Pequeno Porte	24
2.2 Evolução Legislativa	25
2.3 A Relevância dos Pequenos Negócios	27
2.4 A Importância da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte na Economia Brasileira	29
Capítulo 3 – O PORQUÊ DO TRATAMENTO DIFERENCIADO	34

3.1 Pequenos Negócios, Sustentáculo de uma Economia	34
3.2 Inovações Trazidas pela Lei Complementar nº. 123/06	36
3.3 O tratamento diferenciado no Brasil	40
3.4 Algumas Considerações acerca dos Princípios e o Estudo do Princípio da Isonomia	42
3.5 A Lei Complementar nº. 123/06 e o Princípio da Isonomia	44

Capítulo 4 – PRIVILÉGIOS PROPRIAMENTE DITOS NO ÂMBITO DAS LICITAÇÕES PÚBLICAS

4.1 Requisitos Legais e Qualificação Formal	47
4.2 Habilitação para o Certame e Regularidade Fiscal	48
4.3 Direito de Preferência	51
4.3.1. O direito de preferência não se aplica em relação às licitações do tipo melhor técnica	52
4.3.2. Procedimento para o direito de preferência nas licitações do tipo menor preço promovidas de acordo com a Lei nº. 8.666/93	54
4.3.3. Procedimento para o direito de preferência nas licitações do tipo técnica e preço promovidas de acordo com a Lei nº. 8.666/93	56
4.3.4. O procedimento para o exercício do direito de preferência nas licitações promovidas por meio da modalidade pregão	57
4.4 Licitações Diferenciadas	59
CONCLUSÃO	61
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	64

INTRODUÇÃO.

A Lei Complementar nº. 123, de 14 de dezembro de 2006, instituiu o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, definidas no artigo 3º deste diploma, onde grande maioria de suas disposições apresenta uma natureza tributária, que visa fomentar a atividade empresarial através da redução da carga fiscal e da simplificação das formalidades nesse campo.

O referido diploma inaugurou também regras de natureza, comercial, trabalhista e processual. Mais ainda, alguns dispositivos relativos à participação de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte em licitações públicas (que é o tema que nos interessa para fins deste estudo).

As inovações do Diploma em epígrafe, trazidas no capítulo V, que trata do acesso aos mercados, surgem numa tentativa de assegurar alguns benefícios em favor das microempresas e empresas de pequeno porte, nos certames por contratações administrativas, partindo-se do pressuposto de que a própria Constituição Federal de 1988, em seu artigo 170, inciso IX e artigo 179, garante à atuação destas, através de um tratamento diferenciado e favorecido.

Mas a grande problemática reside em que a Constituição não previu – ao menos, de modo explícito – a preferência para microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito das contratações administrativas. Aliás, esta solução nunca foi praticada como política pública no Brasil. Nem existiu, na tradição da disciplina normativa das licitações, mecanismo específico destinado a favorecer pequenas empresas.

A Lei Complementar nº. 123/06 inovou a tradição brasileira contemplando diversos mecanismos, cuja finalidade é permitir que as empresas destituídas de porte relevante saíssem vencedoras em licitações públicas.

A falta de experiência neste campo dificulta a formulação de avaliações sobre a conveniência das soluções adotadas na Lei Complementar nº. 123/06. O máximo que se pode

afirmar é que as novas regras podem produzir efeitos muito relevantes no cenário das contratações administrativas. Essas mudanças significam, num primeiro momento, o surgimento de problemas práticos de difícil solução.

O próprio risco de fraudes não pode ser desprezado. É possível que a consagração do regime em questão conduza à proliferação de microempresas e empresas de pequeno porte constituídas exclusivamente para invocar os benefícios da Lei em questão.

Torna-se necessário que haja uma fiscalização, a fim de evitar que simulações de existência de empresas em condições de auferir os benefícios da Lei Complementar nº. 123/06, frustrem os reais objetivos buscados pela edição da nova lei. Por isso, a necessidade de que diferentes órgãos verifiquem e acompanhem o desempenho das pequenas empresas, reprimindo os desvios eventualmente ocorridos.

É muito importante ressaltar que dentre os vários escopos da Lei Complementar nº. 123/06, não encontra-se a orientação de se promover contratações desastrosas para a Administração Pública. A preferência assegurada às pequenas empresas não abrange prerrogativa de descumprimento de obrigações contratuais. A única peculiaridade reside na fixação de regras que facilitem a vitória das microempresas e empresas de pequeno porte nas licitações públicas, haja vista, que somente serão válidos os benefícios instituídos em prol destas pequenas empresas, que sejam aptos a assegurar a neutralização das diferenças por elas apresentadas em face das grandes empresas.

Por fim, é essencial ainda destacar a extensão das dificuldades geradas pela nova sistemática, que ampliará ainda mais os encargos dos agentes administrativos encarregados tanto das atividades relacionadas à licitação como dos investidos de competência para acompanhamento, fiscalização e controle da execução dos contratos administrativos.

Inobstante, o presente trabalho é uma tentativa de avaliar através de um estudo doutrinário sistemático, as repercussões da aplicação dos dispositivos, da Lei Complementar nº. 123/06, que veiculam normas que introduzem inovações significativas relativamente às licitações, buscando apontar as vantagens e desvantagens da utilização de tais dispositivos para a Administração Pública.

1 LICITAÇÃO.

1.1 Conceito e Natureza Jurídica.

Atividade da Administração Pública norteada pela supremacia do interesse público, a Licitação pode ser definida como:

*“Um procedimento administrativo formal, pelo qual a Administração Pública oportuniza a todos os interessados com ela contratar e que atenderem as condições do instrumento convocatório, apresentarem suas propostas, que serão objetivamente avaliadas para a seleção daquela mais vantajosa para ela Administração”.*¹

No atual Estado Democrático de Direito não se permite mais a arbitrariedade no desempenho do múnus público por parte do gestor; sua conduta deve pautar-se dentro do limite estabelecido pela Lei para assunção do interesse público prejudicando, quando for o caso, o menos possível o Administrado.

A licitação, não se exaure instantaneamente. Ao contrário é necessária uma seqüência de atividades da Administração e dos interessados, devidamente formalizadas, para que se chegue ao objetivo desejado.

Por isso, a natureza jurídica da licitação é a de procedimento administrativo com fim seletivo, porque o procedimento constitui um *“conjunto ordenado de documentos e atuações que servem de antecedente e fundamento a uma decisão administrativa, assim como às providências necessárias para executá-la”* (Cuesta, apud Filho, pág.202)².

1.2 Disciplina Normativa.

¹Licitações e Contratos – Orientações Básicas, 2ª edição, TCU, DF 2003, pág. 14.

²José dos Santos Carvalho Filho, Manual de Direito Administrativo, 2006, pág. 202.

A Constituição Federal refere-se expressamente à licitação, estabelecendo em seu artigo 22, inciso XXVII, ser da competência privativa da União Federal:

“legislar sobre normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autarquias e fundacionais da união, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no artigo 37, inciso XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do artigo 173, § 1º, inciso III”, conforme redação dada pela Emenda Constitucional nº. 19/98.

Além desse mandamento a Constituição Federal de 1988, também enunciou o princípio da obrigatoriedade de licitação. No artigo 37, inciso XXI, estabelece que fora dos casos expressos em lei (dispensa e inexigibilidade de licitação), *“as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes”*.

Deduz-se do artigo 22, inciso XXVII, da Constituição Federal que, sendo da competência privativa da União legislar sobre normas gerais, aos Estados, Distrito Federal e Municípios será lícito legislar sobre normas específicas.

A lei reguladora das licitações é a Lei nº. 8.666, de 21 de junho de 1993 – O Estatuto dos Contratos Administrativos e Licitações – que sofreu algumas alterações pelas Leis nºs 8.883, de 8/6/1994, 9.648, de 27/5/1998, e 9.854, de 27/10/1999, sendo, pois, a mesma legislação que disciplina os contratos administrativos.

Recentemente, a Lei nº. 11.079, de 30 de dezembro de 2004 veio instituir normas gerais para a licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública, e a Lei Complementar nº. 123 que instituiu o Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte, que estabelece normas gerais relativas ao tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, especialmente no que se refere parte do inciso III, do artigo 1º, da lei em questão, referente à preferência nas aquisições de bens e serviços pelos Poderes Públicos.

1.3 Objeto.

O objeto do procedimento licitatório apresenta duas faces. O objeto imediato é a seleção de determinada proposta que melhor atenda aos interesses da Administração. Na verdade, todas as atividades em que se desenrola a licitação conduzem a essa escolha, feita entre proponentes.

Mas pode ver-se o objeto sob outra face, qual seja a que exprime o objeto mediato, que consiste na obtenção de certa obra, serviço, compra, alienação, locação ou prestação de serviço público, a serem produzidos por particular por intermédio de contratação formal.

A contratação é o objetivo normalmente perseguido pela Administração. Mas a licitação busca, ainda, selecionar a melhor proposta de trabalho técnico, científico ou artístico:

*“o procedimento da licitação tem caráter instrumental, porquanto espelha um meio para que a Administração alcance fim por ela colimado. Em virtude desse fato é que o objeto da licitação deve ser bem definido no instrumento convocatório (artigo 40, inciso I da Lei 8.666/93), o que serve também para que as propostas sejam objetivamente julgadas”.*³

1.4 Modalidades.

A modalidade da licitação é a forma específica de conduzir o procedimento licitatório, a partir de critérios definidos em lei. O valor estimado para a contratação é o principal fator para a escolha da modalidade de licitação, exceto quando se tratar de pregão, que não está limitado a valores.

Além do leilão e do concurso, as demais modalidades de licitação admitidas são exclusivamente as seguintes:

³Hely Lopes Meirelles, **Licitações e Contratos Administrativos**, 2006, pág. 40.

- Concorrência: modalidade da qual podem participar quaisquer interessados que na fase de habilitação preliminar comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para a execução do objeto da licitação.
- Tomada de Preço: modalidade realizada entre interessados devidamente cadastrados ou que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior a data do recolhimento das propostas, observada a necessária qualificação.
- Convite: modalidade realizada entre interessados do ramo que trata o objeto da licitação, escolhidos e convidados em número mínimo de três pela administração. O convite é a modalidade de licitação mais simples. A Administração escolhe quem quer convidar, entre os possíveis interessados, cadastrados ou não. A divulgação deve ser feita mediante afixação de copia do convite em quadro de avisos do órgão ou entidade, localizado em lugar de ampla divulgação:

*“No convite é possível a participação de interessados que não tenham sido formalmente convidados, mas que sejam do ramo do objeto licitado, desde que cadastrados no órgão ou entidade licitadora ou no Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores – SICAF. Esses interessados devem solicitar o convite com antecedência de 24 horas da apresentação das propostas. No convite, para que a contratação seja possível, são necessárias pelo menos três propostas válidas, isto é, que atendam a todas as exigências do ato convocatório. Não é suficiente a obtenção de três propostas. É preciso que as três sejam válidas”.*⁴

- Pregão: é modalidade de licitação em que a disputa pelo fornecimento de bens ou serviços comuns é feita em sessão pública. Os licitantes apresentam suas propostas de preço por escrito e por lances verbais, independente do valor estimado da contratação:

“O pregão não se aplica à contratação de obras e serviços de engenharia, alienações e locações imobiliárias. Consideram-se bens e serviços comuns aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente

⁴Licitações e Contratos – Orientações Básicas, 2ª edição, TCU, DF 2003, pág. 22/23.

*definidos no edital, por meio de especificações usuais praticadas no mercado. Os padrões de desempenho permitem ao agente público analisar, medir ou comprar os produtos entre si e decidir-se pelo menor preço, motivado e fundamentado”.*⁵

Ao contrário do que ocorre nas outras modalidades, no pregão a escolha da proposta é feita antes da análise da documentação, razão maior de sua celeridade.

A modalidade pregão foi instituída pela Medida Provisória 2.026, de 4 de maio de 2000, convertida na Lei nº. 10.520, de 2002, regulamentada pelo Decreto nº. 3.555, de 2000.

1.5 Tipos de Licitação.

O tipo de licitação não deve ser confundido com modalidade de licitação. Modalidade é procedimento. Tipo é critério de julgamento utilizado pela Administração para seleção da proposta mais vantajosa.

Os tipos de licitação mais utilizados para julgamento das propostas são: menor preço, melhor técnica, técnica e preço.

➤ Menor Preço: critério de seleção em que a proposta mais vantajosa para a Administração é a de menor preço. É utilizado para compras e serviços de modo geral e para contratação de bens e serviços de informática, nos casos indicados em decreto do Poder Executivo.

➤ Melhor Técnica: critério de seleção em que a proposta mais vantajosa para a Administração é escolhida com base em fatores de ordem técnica. É usado exclusivamente para serviços de natureza predominantemente intelectual, em especial na elaboração de projetos, cálculos, fiscalização, supervisão e gerenciamento e de engenharia consultiva em

⁵Licitações e Contratos – Orientações Básicas, 2ª edição, TCU, DF 2003, 2ª edição, TCU, DF 2003, pág. 25.

geral, e em particular, para elaboração de estudos técnicos preliminares e projetos básicos e executivos.

➤ Técnica e Preço: critério de seleção em que a proposta mais vantajosa para a Administração é escolhida com base na maior média ponderada, considerando-se as notas obtidas nas propostas de preço e de técnica. É obrigatório na contratação de bens e serviços de informática, nas modalidades, tomada de preços e concorrência.

1.6 Princípios Básicos.

Instituída por fundamentos próprios, a licitação é norteada por princípios, alguns dos quais expressos em lei, que definem o arcabouço em que se deve situar o procedimento.

Os princípios básicos das licitações são muito importantes para aqueles que estão diretamente envolvidos com o processo de contratação, especialmente para o Ordenador de Despesas e para a Comissão (Especial ou Permanente) de Licitação. Os princípios são disposições expressas ou implícitas na lei, que devem estar presentes em todo o processo de contratação. Eles estão disciplinados no artigo 3º da Lei n.º 8.666/93; que define os princípios norteadores da licitação, isto é, a “linha mestra” nas contratações.

A atual legislação mantém os cinco princípios básicos de igualdade, publicidade, probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório e julgamento objetivo, anteriormente expressos no Decreto-lei n.º 2.300/86. Muito oportunamente, ela explicita, ainda, os quatro princípios norteadores da ação pública: isonomia, legalidade, impessoalidade e moralidade.

O preceito constitucional da isonomia é entendido como o princípio maior, do qual se originam os demais princípios básicos. Ele significa que todos são iguais perante a ordem jurídica e, por conseguinte, perante o Estado. O princípio da isonomia garante a absoluta igualdade de oportunidades entre os interessados em contratar com o Poder Público e constitui a regra principal nos procedimentos licitatórios.

Da isonomia derivam-se os princípios básicos enumerados no artigo 3º da Lei nº. 8.666/93, que examinaremos adiante.

1.6.1 Princípio da Legalidade.

Significa que as licitações e, conseqüentemente, os contratos, em todos os seus procedimentos, estão sujeitos aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum. O servidor público que se desviar da lei e das exigências do bem comum pratica ato inválido e ineficaz, estando sujeito à responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso. “*Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública, só é permitido fazer o que a lei autoriza*” (Meirelles, pág. 82)⁶. A lei para o particular significa pode fazer assim; para o administrador público significa deve fazer assim:

“No campo das licitações, o princípio da legalidade impõe, principalmente, que o administrador observe as regras que a lei traçou para o procedimento. É a aplicação do devido processo legal, segundo o qual se exige que a Administração escolha a modalidade certa; que seja bem clara quanto aos critérios seletivos; que só deixe de realizar a licitação nos casos permitidos em lei; que verifique, com cuidado, os requisitos de habilitação dos candidatos, e, enfim, que se disponha a alcançar os objetivos colimados, segundo os passos dos mandamentos legais”⁷

1.6.2 Princípio da Impessoalidade.

Significa que na Administração Pública não há liberdade ou vontade pessoal. O administrador público age em defesa dos interesses públicos, coletivos e nunca em seu interesse pessoal ou de apenas alguns que pretenda favorecer:

⁶Helly Lopes Meirelles, **Direito Administrativo Brasileiro**, 1993, pág. 82.

⁷José dos Santos Carvalho Filho, **Manual de Direito Administrativo**, 2006, pág. 208.

*“...a Administração Pública não deve conter a marca pessoal do administrador. Em outras palavras, ela não pode ficar vinculada pela atuação do agente público. Quando uma atividade administrativa é efetivada, a Administração que a desempenha o faz a título impessoal”.*⁸

Este princípio também deve ser entendido para excluir a promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos sobre suas realizações administrativas, conforme disposto no artigo 37, § 1º da Constituição Federal. A violação deste princípio constitui abuso de poder.

1.6.3 Princípio da Moralidade.

A moralidade é outro pressuposto básico para a validade dos atos administrativos. Não se trata da moral comum, mas sim de uma moral jurídica. Cumprir a lei, atendendo ao princípio da legalidade, não basta. Ao legal deve ser agregado o honesto e o conveniente aos interesses sociais e coletivos. Enfim, agir para o bem comum significa que o ato tem que ser ético, isto é, legal, justo, conveniente, oportuno e honesto, atendendo aos interesses da sociedade.

Ao princípio da legalidade deve-se agregar o da moralidade. Embora imprescindível, não basta estar dentro da lei. Além do amparo nos dispositivos legais, o Ato deve ser oportuno, adequado, conveniente e justo para a sociedade.

1.6.4 Princípio da Igualdade.

Este princípio deriva da Constituição Federal (artigo 37, inciso XXI). É dever da Administração Pública zelar para que todos os participantes da licitação concorram em igualdade de condições. Não pode haver licitação que discrimine os participantes com

⁸Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Junior, **Curso de Direito Constitucional**, 2003, pág. 297.

condições que favoreçam determinados proponentes e prejudiquem outros. Também é nulo o convite genérico, impreciso ou omissivo em pontos essenciais, ou que faça exigências excessivas ou impertinentes ao objeto da licitação.

1.6.5 Princípio da Publicidade.

Não pode haver licitação sigilosa. Este princípio informa que a licitação deve ser amplamente divulgada, de modo a possibilitar total acesso e conhecimento de suas regras a todos os interessados.

A publicidade facilita o controle das ações do Poder Público pela sociedade. O exemplo mais comum de violação deste princípio é quando a Comissão se recusa a realizar a licitação em público, ou induz os licitantes a não assistirem a abertura dos envelopes de documentação e propostas.

Não se deve confundir a abertura dos envelopes de documentação e propostas, que sempre deve ser pública, com o julgamento. O julgamento poderá ser efetuado em recinto fechado, permitindo à Comissão discutir livremente as questões a decidir. O importante é que o resultado do julgamento seja divulgado e publicado.

1.6.6 Princípio de Probidade Administrativa.

Este princípio tem origem nos ensinamentos romanos, que distinguiam o *probus administrator*, que agia em defesa da *res pública*, do *improbus administrator*, que dilapidava os recursos públicos em benefício próprio e de seus favoritos. A Constituição Federal de 1988 prevê para os atos de improbidade administrativa, conforme artigo 37, § 4º, a “*suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação prevista em lei, sem prejuízo da ação penal cabível*”.

A probidade administrativa é essencial para a legitimidade e legalidade dos atos públicos.

1.6.7 Princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

Significa que a Administração e os licitantes ficam restritos ao que é pedido ou permitido no Convite (ou Edital) quanto ao procedimento, à documentação, às propostas, ao julgamento e ao contrato.

O contrato - ou documento equivalente que o substitui, como por exemplo, a nota de empenho - não poderá estabelecer condições distintas daquelas fixadas no Convite (ou Edital). A Administração que admitir documentação ou proposta em desacordo com o que foi solicitado, no ato convocatório, viola este princípio e a licitação deverá ser anulada.

No caso de se constatar falhas ou inadequações do Convite, deverá ser processada a correção, através de alterações de itens, aditamento ou novo convite. As alterações devem ser comunicadas a todos os interessados. A impugnação do Convite pode ser provocada pelos interessados e deve acontecer *antes* da abertura dos envelopes de documentação (artigo. 41, § 2º). Sempre que as correções afetarem a elaboração das propostas, deverá haver novamente a divulgação do Convite, pela mesma forma adotada da primeira vez, e a reabertura do prazo de publicidade (artigo. 21, § 4º).

1.6.8 Princípio do Julgamento Objetivo.

Julgamento objetivo é o que se baseia no critério indicado e nos termos específicos das propostas.

O Convite deve estabelecer os critérios de julgamento, de forma clara e com parâmetros objetivos (artigo 40, inciso VII). Posteriormente, o julgamento e classificação das propostas deverão obedecer aos critérios de avaliação constantes do edital (artigo. 43, inciso V), os quais não podem contrariar as normas e princípios estabelecidos na Lei.

O legislador proíbe a utilização de qualquer elemento, critério ou fator sigiloso, secreto, subjetivo ou reservado que restrinja a igualdade entre os licitantes (artigo. 44, § 1º).

Isto quer dizer que os licitantes, ao elaborarem suas propostas, devem saber, claramente, quais serão os critérios de julgamento e de desempate. Não poderão estar sujeitos a surpresas reveladas no momento do julgamento.

1.7 Obrigatoriedade de Licitação.

A Administração Pública Federal, Estadual e Municipal, não possui liberdade quando deseja contratar, pois deve sempre visar o interesse público.

Se não houvesse a licitação, a escolha das pessoas a serem contratadas ficaria a cargo do administrador, o que favoreceria ainda mais corrupção.

Assim, a nossa Constituição da República de 1988, determina que, salvo em casos especificados em lei, é obrigatório realizar licitação. Através do artigo 37, inciso XXI, o Diploma Magno acrescentou aos demais princípios administrativos o Princípio da Obrigatoriedade de Licitação.

Através do Princípio da Obrigatoriedade de Licitação, todas as obras, serviços, compras e alienações contratadas pelo Poder Público devem ser feitos por meio de licitação para que haja igualdade de condições entre os concorrentes.

Determina também que a licitação deve conter cláusulas que estabeleçam as obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta oferecida pelo licitante interessado, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

São obrigados a licitar: Administração Pública Direta (Federal, Estadual e Municipal); Fundos especiais; Autarquias; Fundações Públicas; Empresas Públicas; Sociedades de economia mista; Demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

2 MICROEMPRESA E EMPRESA DE PEQUENO PORTE.

2.1 Conceituação de Microempresa e Empresa de Pequeno Porte.

A Lei Geral da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte, nome pelo qual a Lei Complementar nº. 123/2006 ficou conhecida, representa grande avanço no que diz respeito à sistematização das regras a serem aplicadas às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte.

Entre vários aspectos inovadores da Lei está o tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte no âmbito do Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios no que se refere ao acesso ao mercado, inclusive quanto à preferência nas aquisições de bens e serviços pelos Poderes Públicos.

Como o tratamento diferenciado e favorecido só é concedido às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, mister se faz elucidar a definição estabelecida no artigo 3º da Lei Complementar nº 123/2006, que as definem da seguinte forma:

“a sociedade empresária, a sociedade simples e o empresário a que se refere o artigo 966 da Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que no caso das microempresas, o empresário, a pessoa jurídica, ou a ela equiparada, auferir, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais); e no caso das empresas de pequeno porte, o empresário, pessoa jurídica, ou a ela equiparada, que auferir, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 2.400.000,00 (dois milhões e quatrocentos mil reais)”.

Importante ainda ressaltar, que para efeitos da definição de microempresa e empresa de pequeno porte, considera-se, receita bruta, o produto de venda de bens e serviços nas operações de conta própria, o preço dos serviços prestados e o resultado das operações em conta alheia, não incluídas as vendas canceladas e os descontos incondicionais cedidos.

2.2 Evolução Legislativa.

A partir de 1979, durante o último regime militar, o Governo Brasileiro inicia uma política de desburocratização, não só no meio de seu antiquado, viciado e dificultoso sistema de administração pública, como também no setor privado, para agilizar os organismos econômicos e financeiros.

Nos idos de 1984, visando liberar um sistema de tutela diferenciada ao microempresário, o ordenamento pátrio incorpora a Lei n.º 7.256/84 (Estatuto da Microempresa), primeira lei a estabelecer o conceito de Microempresa, sancionada pelo então Presidente da República João Figueiredo.

Surgida em plena tormenta de transição de regimes, a Lei cumpriu satisfatoriamente seu papel, podendo notar-se que suas sucessoras aproveitaram sua estrutura, modificando algum conteúdo. Acolhia benefícios tributários, administrativos, previdenciários, trabalhistas, creditícios e de desenvolvimento empresarial.

Eram excluídas de seu regime jurídico algumas atividades civis e comerciais, assim como as sociedades por ações (artigo 3º da Lei n.º 7.256/84). Estas, de forma a coibir fraudes, pois muitas atividades civis poderiam se mascarar sob a forma de sociedade anônima, para obter as graças do Estatuto. Teve vigência duradoura, quase dez anos.

Durante esse período, nasce a Constituição da República de 1988, que erige a princípio geral da atividade econômica o tratamento diferenciado, favorecido e simplificado, a ser dispensado pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (artigos. 170, inciso IX e 179 da Constituição da República).

Com o advento dos blocos econômicos e a inserção do Brasil no MERCOSUL, inicia-se o debate sobre projetos de tratamento isonômico das micro, pequenas e médias empresas sulistas.

Em 1994, outro diploma legal - Lei nº. 8.864, de 28 de março de 1994, Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte. Suas principais inovações são: a criação da Empresa de Pequeno Porte, de sorte a propiciar um regime de transição quando do desenquadramento da microempresa, evitando o repentino aumento dos custos de suas atividades; e a abrangência ampla das atividades civis, o que demonstra a opção legal pela teoria da empresa, em desprestígio dos atos de comércio. Não subsistem, para esse sistema, as restrições às Sociedades Anônimas.

Através da Lei nº. 9.317/96, ganha vida o regime tributário do SIMPLES – Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, que enseja a possibilidade de pagamento de diversos tributos mediante único recolhimento mensal.

O Grupo Mercado Comum⁹ do MERCOSUL, pela Resolução nº. 59/98, aprova o documento de Políticas de Apoio às Micro, Pequenas e Médias Empresas do MERCOSUL.

Orientado pelas determinações do bloco do sul, o Brasil cria o novo Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, Lei nº. 9.841/99. E, não dando margem a conflito de normas no tempo (como ocorrido com o diploma anterior), seu artigo 43 revoga expressamente as Leis nº. 7.256/84 e nº. 8.864/94 (ex-Estatutos da Microempresa).

Vale ressaltar que a Lei nº. 9.841/99 não revoga a Lei nº. 9.317/96, que instituiu o Simples. Porém, esta sofreu modificação posterior àquela, levada a efeito pelo artigo 14 da Medida Provisória nº. 1.990-30, de 11/04/2000, no sentido da adoção de outros valores de receita bruta anual, impeditivos da opção pelo seu sistema.

O artigo 42 da Lei nº. 9.841/99 incumbiu o Poder Executivo de regulamentá-la no prazo de 90 (noventa) dias, contados da data de sua publicação. Um pouco tardio, mas substancialmente, o devido decreto vem expedido pelo Presidente da República em 19/05/2000¹⁰.

⁹ O Grupo Mercado Comum (GMC) é o órgão de execução do MERCOSUL, conforme dispõe o art. 13 do **Tratado de Assunção**.

¹⁰ **Decreto n.º 3.474**, publicado no Diário Oficial da União de 20/05/2000, pág. 1 e2.

Após dois anos de tramitação, o projeto de Lei que instituiu o Estatuto Nacional das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte foi sancionado, em 14 de dezembro de 2006, pelo Presidente da República, sendo lançada no mundo jurídico a Lei Complementar 123 de 2006.

Trata-se de uma lei inovadora, cujo principal objetivo é estimular as atividades empresariais de pequeno porte, por meio de um tratamento diferenciado e favorecido, tendo por fundamento os artigos 146, "d" e 179 da Constituição Federal.

A Lei que institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, também altera dispositivos das Leis nºs 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº. 5.452, de 1º de maio de 1943, da Lei nº. 10.189, de 14 de fevereiro de 2001, da Lei Complementar nº. 63, de 11 de janeiro de 1990; e revoga as Leis nºs. 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e 9.841, de 5 de outubro de 1999.

2.3 A Relevância dos Pequenos Negócios.

Até o final da primeira fase da revolução industrial inglesa (1760 a 1860) os pequenos negócios surgiam de forma espontânea, sem a necessidade de esforço social ou mesmo de incentivos estatais para a sua evolução.

Com o término da II Guerra Mundial, em 1946, houve um avanço no desenvolvimento das micro e pequenas empresas com a absorção de toda a mão de obra oriunda da guerra pelo mercado.

Mais recentemente, eventos como a crise do petróleo de 1973 e a queda do muro de Berlim em 1989, também contribuíram para o desenvolvimento do segmento. Aquele foi o responsável pelo aumento do número de micro e pequenos negócios que, pela sua estrutura mais ágil e flexível, puderam se adaptar mais rapidamente às sérias transformações por que passava o mundo. Este foi um marco histórico para o firmamento de uma nova ordem econômica mundial, enterrando a antiga idéia de um mundo dividido em dois pólos e trazendo

para as relações comerciais uma série de informações que antes somente foram utilizadas como estratégia política, como segredo de Estado que eram.

Verdade é que as micro e pequenas empresas são fator de estabilidade social de qualquer País, pela sua capacidade de gerar empregos, distribuir renda e girar a economia. Inexistindo aquelas, é trazido para a sociedade um número considerável de pessoas que, ou atuam na informalidade ou se mantêm desempregadas. No Brasil, isso, indubitavelmente, contribui para o agravamento dos sérios problemas sociais que o assolam.

As micro e pequenas empresas podem ser consideradas verdadeiro baluarte da livre iniciativa e da democracia, responsável pela esmagadora maioria dos postos de trabalho e do total de empresas de qualquer país. No Brasil, esse segmento teve, e tem, importante papel como, absorvendo a maior parte da mão de obra oriunda das demissões em massa de grandes empresas, assoladas pelo alto índice de desestatização, abertura econômica (globalização) e políticas governamentais recessivas.

Esses empreendimentos se destacam, além de sua função social, pelo fato de se moldarem mais fácil e rapidamente a novas situações econômicas, absorver mais facilmente inovações tecnológicas (servindo até mesmo como laboratórios), estimular expoentes de empreendedorismo, criar empregos e promover desenvolvimento regionalizado, dentre uma série de outros potenciais.

Superpondo-se às mega-corporações empresariais, evidencia-se a tendência de fragmentação em empresas menores, mas com alto grau de autonomia e arrojo, fatores condicionantes para o êxito empresarial. É um novo padrão de desenvolvimento, permeado de peculiaridades legais, já que há um ambiente legal criado para o desenvolvimento desses micro e pequenos negócios.

Atualmente, a série de dificuldades que recai sobre a pequena e a microempresa no Brasil, observada cada dia de forma mais contundente, retrata uma realidade cada vez mais desestimulante para aqueles que vivem dos pequenos negócios.

2.4 A Importância da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte na Economia Brasileira.

No Brasil, a maioria das microempresas e empresas de pequeno porte encerram suas atividades com pouco mais de um ano de exercício social, conforme pesquisas existentes¹¹. Algumas conseguem prolongar seu ciclo de vida, desempenhando o seu papel na vida econômica e social, de sua comunidade, como geradoras de empregos e produtos que representam a riqueza da comunidade e de uma nação.

Entretanto, a maioria das pequenas empresas não consegue se manter no mercado durante muito tempo. Dentre os principais fatores que contribuem para o encerramento de suas atividades, encontram-se aqueles relacionados à falta de tecnologia. Ações relacionadas à flexibilidade e agilidade nas decisões são indispensáveis para a solução destes problemas.

A obtenção de crédito também está relacionada a uma importante preocupação dos micro e pequenos empresários. O Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte (Lei Complementar nº. 123/06) estabelece tratamento diferenciado, simplificado e facilitado na obtenção de crédito nas Instituições Financeiras Oficiais, assim como o Sebrae, que através de suas sedes estaduais e site oficial na Internet, viabiliza programas de microcrédito, através de editais. O Estatuto também estabelece que o limite de crédito deve ser concedido sem as exigências de garantias, permitindo o aval.

O micro ou pequeno empresário, ao procurar recursos para sua empresa, encontra na burocracia grandes dificuldades. Necessita de tempo e dinheiro, para atender a todas as exigências, mesmo que o valor do financiamento seja mínimo. Neste momento de dificuldades, ele busca empréstimos direcionados à Pessoa Física, com menos burocracia, mas com juros mais

¹¹ IBGE/CEMPRE 2002 e Observatório Sebrae 2005, **O Poder de Compra Governamental na Óptica Empresarial**. Disponível em http://www.assespro.org.br/Assespro_BNDES_24_07_06.ppt. Acesso em 10.junho.2007.

elevados. Os lucros obtidos nas vendas de seus produtos não cobrem estes juros. Esta decisão representa, para o micro ou pequeno empresário, o fechamento de sua empresa.

Para que melhor se avalie as dificuldades burocráticas pelas quais estes empresários passam, é necessário que se analise o manual de abertura de empresa passo-a-passo, fornecido pelo Sebrae, assim como é imprescindível que se mencione também que a mesma problemática se estende quando há a necessidade de fechamento das micro ou pequenas empresas.

Sem encerramento legal, as empresas podem acumular débitos com impostos e taxas. A maioria dos empresários imagina que, ao cerrar as portas do estabelecimento, os tributos caducarão em cinco anos e o governo abrirá mão da cobrança de impostos. Desconhecem que apesar do tributo caducar após cinco anos, sempre haverá pendência porque eles são cobrados anualmente. Por isso, para não ocorrer risco de ficar em débito com o governo, é necessário dar baixa na Junta Comercial ou no Cartório de Registro de Títulos e Documentos para Pessoa Jurídica (em caso de empresas prestadoras de serviços) e pedir o cancelamento do comprovante de inscrição. Em seguida, deve-se requerer o encerramento do CNPJ (Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica), na Receita Federal; do Número de Inscrição de Registro Estadual, na Secretaria Estadual da Fazenda (as prestadoras de serviço estão isentas dessa inscrição); do Comprovante de Cancelamento de Inscrição, na prefeitura; e do INSS.

Antes de iniciar o fechamento de uma micro ou pequena empresa, é necessário ter conhecimento da Lei Complementar nº. 123/06. Um dos benefícios proporcionados pela legislação é que as empresas inativas por cinco anos ou mais estarão dispensadas da apresentação de certidões negativas para a Junta Comercial ou para o cartório.

Para que se contextualize a realidade destas empresas no atual cenário brasileiro, a enumeração de alguns fatores associados ao seu sucesso e insucesso, é pertinente. Os fatores associados ao seu sucesso são: 1. Empresa de maior porte (mais de dois empregados); 2. Maior escolaridade do proprietário; 3. Experiência prévia; 4. Experiência como funcionário de empresa em ramo similar; 5. Certa disponibilidade de capital; 6. Apoio / ajuda de profissionais; 7. Foco no

cliente/mercado; 8.Boa concepção do negócio; 9.Vocação e/ou treino; e 10.Empreendimento mais maduro (com mais tempo de atividade/experiência).¹²

Já os fatores associados ao seu insucesso são os seguintes: 1.Empresa muito pequena (até dois empregados); 2.Baixa escolaridade do proprietário; 3.Ausência de experiência prévia do proprietário; 4.Experiência apenas como autônomo no ramo; 5.Falta de capital; 6.Falta de apoio profissional (consultoria); 7.Pouca preocupação com o cliente/mercado; 8.Concepção errônea do negócio; 9.Origem associada a pressão social/econômica; e 10.Pouco tempo de atividade.¹³

O processo de globalização que se inicia nas últimas décadas do século XX faz com que os governos do ocidente comecem a liberar o comércio, o fluxo de capitais, a privatização de empresas estatais, conscientes de que esta nova arma estratégica sirva para o desenvolvimento da economia de mercado, orientados por organismos tais como o Fundo Monetário Internacional – FMI, Banco Mundial e a Organização Mundial de Comércio – OMC.

O espaço então delegado à sociedade civil por meio de seu pretense controle sobre a economia de mercado (controle este não representado de forma majoritária, pois é feito pelo contingente populacional que detém o poder econômico), é onde melhor se coadunam as forças capitalistas, que viabilizam a cultura do neoliberalismo, que vai de encontro aos interesses dos países que possuem a hegemonia econômica mundial.

Esta nova alternativa de legitimação da lógica do capital dentro da órbita da sociedade civil não implica o total afastamento do Estado. Ele apenas se desvencilha das áreas econômicas (lucrativas), privatizando-as, enquanto mantém certo nível de respostas à questão social (em parceria com o chamado terceiro setor).

Este terceiro setor se organiza em torno de instituições de promoção daqueles setores prejudicados no mercado, dentre eles as micro e pequenas empresas. Para que isto ocorra,

¹² Ibidem.

¹³ Ibidem.

aparece a oferta de créditos, capacitação e assessoria através de serviços de apoio como o Sebrae¹⁴, por exemplo.

Do ponto de vista da sua inserção no mercado, pode-se distinguir duas formas fundamentais de micro e pequenas empresas: 1.aquelas que produzem certa mercadoria ou serviço para o consumidor direto, ou para o distribuidor (ou intermediário comercial); e 2.aquelas que produzem certa mercadoria ou serviço para uma grande ou média empresa.¹⁵

No primeiro caso, as chamadas empresas de produção final, por encontrarem-se livres no mercado, definem o tipo de produto, sua qualidade, seu preço e seu público-alvo.

Na outra forma, do segundo caso, as chamadas empresas satélites, produzem uma mercadoria (ou serviço) para uma grande empresa matriz ou subcontratante. Assim, o mercado destas formas de micro e pequenas empresas está restrito às empresas subcontratadas que utilizam sua produção como insumo.

Estas duas formas fundamentais encontram-se em dificuldades para enfrentar o mercado, pois têm condições menos favoráveis de competitividade, no primeiro caso, e de cooperação, no segundo:

“Para que, em face de uma economia globalizada, as micro e pequenas empresas possam se estabelecer de modo coerente e plenamente eficaz, precisam estar aptas a um processo de centralização, por meio de estratégias integracionistas”.¹⁶

¹⁴ Ibidem.

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ Ibidem.

Estas estratégias desenvolvem-se tanto no sentido de uma integração vertical, polarizando uma relação complementar (e não concorrencial) entre as micro e pequenas empresas e as grandes empresas, como no sentido de uma integração horizontal, mediante a associação ou cooperação de empresários de micro e pequenas empresas, para a compra de matérias primas, materiais, maquinaria, para a comercialização, para o uso comum de máquinas etc., de forma a conquistar, no conjunto, maior poder que as forças individuais.

3 O PORQUÊ DO TRATAMENTO DIFERENCIADO.

3.1 Pequenos Negócios, Sustentáculo de uma Economia.

Temos nas micro e pequenas empresas um segmento dos mais importantes, sustentáculo da livre iniciativa e da democracia, responsável pela esmagadora maioria dos postos de trabalho e do total de empresas de qualquer país. No Brasil não é diferente. Esse segmento teve, e tem importante papel como maior fonte de empregos, absorvendo a maior parte da mão de obra oriunda das demissões em massa de grandes empresas, assoladas pelo alto índice de desestatização, abertura econômica (globalização) e políticas governamentais recessivas.

Uma estatística, fruto de um estudo realizado pelo Sebrae¹⁷ relata a importância da pequenas empresas para a economia do Brasil.

- 99,2 % das empresas brasileiras;
- 62,1 % das empresas exportadoras;
- 57,2 % da ocupação de mão-de-obra na atividade econômica;
- 26,0 % da massa salarial;
- 20% do PIB;
- 2,3 % do valor total das exportações.

Este mesmo estudo¹⁸ traça um perfil das microempresas e empresas de pequeno porte no Brasil, que já representavam, em 2004, 98% das empresas brasileiras, sendo que cerca de 56% são estabelecimentos comerciais, 30% estão no setor de serviços e 14% na

¹⁷ IBGE/CEMPRE 2002 e Observatório Sebrae 2005, **O Poder de Compra Governamental na Óptica Empresarial**. Disponível em http://www.assespro.org.br/Assespro_BNDES_24_07_06.ppt. Acesso em 10.junho.2007.

¹⁸ Ibidem.

indústria; no comércio destacaram-se os minimercados e mercearias (11%), o varejo do vestuário (11%), o varejo de materiais de construção (7%), farmácias e perfumarias (5%), o comércio de autopeças (5%) e o comércio varejista de artigos e equipamentos para escritório e de informática (3%). No grupo das médias e grandes empresas estão, em geral, aquelas cujas atividades requerem elevado volume de recursos e/ou que envolvem grandes escalas de operação, tais como: mercados (de 300 a 5.000 m²), o comércio atacadista em geral, a venda de produtos de elevado valor unitário (por exemplo: veículos e eletrodomésticos) e hipermercados.

Esses empreendimentos se destacam, além de sua função social, pelo fato de se moldarem mais fácil e rapidamente a novas situações econômicas, absorverem mais facilmente inovações tecnológicas (servindo até mesmo como laboratórios), estimular expoentes empreendedorísticos, criar empregos e promover desenvolvimento regionalizado, dentre uma série de outros potenciais. “John Naisbitt, guru do mundo dos negócios, já vislumbrava bem o potencial desses empreendimentos quando dizia que *‘As pequenas empresas terão mais chances de sucesso por serem mais ágeis que as grandes para se mover no mercado e fazer inovações’*”.¹⁹

O número de microempresas e empresas de pequeno porte, por tudo o que já se disse, serve de parâmetro para medição do desenvolvimento social e econômico dos países. É imperativo que haja um ambiente propício de crescimento pra estas, que envolva política tributária e creditícia, dentre outras formas de incentivo. Há que ser adotada uma política de tratamento realmente eficaz, permanente e uniforme, que possa contemplar tanto as microempresas como as empresas de pequeno porte.

Superpondo-se às mega-corporações empresariais, evidencia-se a tendência de fragmentação em empresas menores, mas com alto grau de autonomia e arrojo, fatores condicionantes para o êxito empresarial. É um novo padrão de desenvolvimento, permeado de peculiaridades legais, já que há um ambiente legal criado para o desenvolvimento desses micro e pequenos negócios.

¹⁹ **Jus Navigandi**, n. 1265, 18 dez. 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9293>
Acesso em:24.mai.2007.

Não seria justo contrapor essas pequenas empresas e as mega-corporações cruamente, sem um mínimo de amparo àqueles, face ao poderio econômico destes, que certamente sempre prevaleceria, se nenhuma medida fosse adotada para incentivar os pequenos e micro negócios, tentando colocá-los em melhores condições para enfrentar essa concorrência injusta.

O fomento aos micro e pequenos negócios tem se constituído em importante meio de incrementar a competitividade nacional, fazendo com que os Estados Nacionais se utilizem das mesmas em verdadeiras políticas de Estado, inseridas em sua estrutura institucional.

Atualmente, a série de dificuldades que recaem sobre a pequena e a microempresa no Brasil, observada cada dia de forma mais contundente, retrata uma realidade cada vez mais desestimulante para aqueles que vivem destes negócios.

3.2 Inovações Trazidas pela Lei Complementar nº. 123/06.

Já entrou em vigor a Lei Complementar nº. 123, de 14 de dezembro de 2006, que instituiu o Estatuto Nacional das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte. Trata-se de uma lei inovadora, cujo principal objetivo é estimular as atividades empresariais de pequeno porte, tendo por fundamento os artigos 146, "d" e 179 da Constituição Federal.

A alínea "d", do inciso III do artigo 146 da Constituição da República, que foi acrescentada pela Emenda Constitucional nº. 42, de 19 de dezembro de 2003, estabelece que, compete à lei complementar:

“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.”

“Tal dispositivo constitucional é a matriz da Lei Complementar nº. 123, no que concerne à implantação do “regime tributário diferenciado para as

micro e pequenas empresas em relação aos tributos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, conhecido como Supersimples" tendo aplicação cogente nas três esferas políticas, respeitada a opção do contribuinte. O texto final da lei complementar tornou-se bastante complexo, senão confuso, em virtude as diversas emendas apresentadas no Congresso Nacional ao Projeto de Lei original". HARADA, Estatuto nacional das micro e pequenas empresas.²⁰

De fato, a Lei Complementar não se atém ao regime tributário diferenciado previsto no artigo 146, "d" da Constituição Federal. Revogando e alterando disposições de leis ordinárias e complementares, o Estatuto Nacional das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte traz medidas que dizem respeito à redução da burocracia, ao estímulo ao crédito, à inovação, às relações trabalhistas e às licitações – epicentro deste trabalho.

Essas medidas encontram fundamento na Constituição Federal, mais especificamente no artigo 179, inserido no Capítulo que trata dos princípios gerais da atividade econômica, que dispõe:

"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".

É dentro desse espírito de incentivo que a Lei Complementar institui determinados privilégios para a participação das micro e pequenas empresas nas licitações públicas. A aplicação do disposto nos artigos 46 a 49 dependem de regulamentação, enquanto os artigos 42 a 45 trazem disposições já aplicáveis, que serão abordadas no presente estudo.

Em primeiro lugar, a lei estabelece que a comprovação de regularidade fiscal das microempresas e empresas de pequeno porte somente será exigida para efeito de assinatura do contrato (artigo 42). No entanto, não as exime de apresentar toda a documentação exigida para efeito de comprovação de regularidade fiscal, por ocasião da participação em certames

²⁰Jus Navigandi, n. 1265, 18 dez. 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9293>
. Acesso em: 24.maio.2007.

licitatórios, mesmo que esta apresente alguma restrição (artigo 43), caso em que terá o prazo de 2 (dois) dias úteis para sua regularização, contados da data em que for declarada vencedora do certame.

A princípio, o prazo do artigo 43 para regularização dos documentos parece ir de encontro com o disposto no artigo 42. No entanto, o § 2º do artigo 43 estabelece que a não regularização dos documentos implicará decadência do direito à contratação, remetendo às penalidades do artigo 81 da Lei Federal 8.666/93, que dispõe:

“A recusa injustificada do adjudicatário em assinar o contrato, aceitar ou retirar o instrumento equivalente, dentro do prazo estabelecido pela Administração, caracteriza o descumprimento total da obrigação assumida, sujeitando-o às penalidades legalmente estabelecidas”.

Assim, pode-se concluir que as microempresas e empresas de pequeno porte devem apresentar a documentação fiscal para fins de habilitação no certame. Contudo eventuais restrições não podem levar à sua inabilitação, pois lhes será concedido prazo para regularizar seus débitos, seja por meio do pagamento ou parcelamento, vindo a obter posteriormente certidão negativa ou certidão positiva com efeitos de negativa.

O prazo para apresentação dos novos documentos de regularidade fiscal somente poderá correr após a homologação, pois somente então é que se pode falar em eventual direito à contratação.

Entretanto, o Edital deverá ser claro quanto ao momento em que se dará a contagem do prazo, a fim de evitar questionamentos posteriores.

Outra questão polêmica é a preferência de contratação das microempresas e empresas de pequeno porte no caso de empate das propostas, prevista no artigo 44:

“Art. 44 – Nas licitações será assegurado, 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”.

O artigo 45 traz o procedimento para o desempate. Nas modalidades previstas na Lei 8.666/93, a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada poderá apresentar proposta de preço inferior àquela considerada vencedora do certame; caso não apresente nova proposta ou não ocorra sua contratação, deverão ser convocadas as demais micro ou pequenas empresas que se encontrem dentro dos limites referidos no artigo 44; ainda, havendo empate, será realizado sorteio para definir qual delas poderá primeiro apresentar a melhor oferta.

Esse dispositivo traz mais uma exceção ao princípio da imutabilidade das propostas de preços, que vigora no nosso sistema. As demais exceções estão previstas na Lei Federal nº. 8.666/93, nos artigos 46, inciso II (possibilidade de negociação das condições propostas nas licitações de melhor técnica) e 48, § 3º (possibilidade de apresentação de novas propostas, quando todas forem desclassificadas).

A lei não disciplina a forma ou prazo para apresentação da nova proposta, cabendo ao Edital disciplinar a questão.

Já no pregão a situação é diversa. O §3º do artigo 45 estabelece que:

“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.”

Devido à própria sistemática do pregão, os licitantes, desde que preenchidos os requisitos legais, têm a oportunidade de ofertar lances, sabendo da participação da microempresa ou a empresa de pequeno porte e da possibilidade do exercício da preferência

prevista no dispositivo supra mencionado. Muito embora ainda possa ser considerado um privilégio, a disputa ocorre de forma mais clara.

É recomendável, pois, que já no momento do credenciamento seja verificada pelo pregoeiro a qualificação de microempresa ou empresa de pequeno porte, seja pela análise de documentos, seja por meio de declaração do próprio licitante, para, então, os competidores formularem seus lances de forma consciente.

Assim, finalizada a etapa de lances, o pregoeiro deverá verificar se existe alguma microempresa ou empresa de pequeno porte que se enquadre na hipótese do § 3º, do artigo 45, oferecendo-lhe, caso positivo, a oportunidade para apresentar nova proposta, após o que a licitação terá seu prosseguimento nos termos do inciso XI do artigo 4º, da Lei Federal nº. 10.520/02.

3.3 O tratamento diferenciado no Brasil.

Certo é que todo e qualquer tratamento favorecido cedido ao segmento das microempresas e empresas de pequeno porte é dado com estribo na Constituição Federal. As bases constitucionais do sistema econômico nacional são balizadas pelo Capítulo I, Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica, inserido na parte que trata da Ordem Econômica e Financeira, mais precisamente em seus artigos 170 e 179:

“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:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

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

Neste mesmo sentido:

"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."

Essa regulamentação básica das atividades econômicas nacionais nos traz os princípios fundamentais disciplinadores da Ordem Econômica, que se fundamenta no tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte aliado à valorização do trabalho humano e à livre iniciativa, propiciando, então, plena justiça social.

A Constituição Federal consagra a iniciativa privada e a valorização do trabalho humano como pilares da ordem econômica nacional, fazendo com que nossa economia seja classificada, de mercado, de natureza típica capitalista, uma vez que a iniciativa privada é um princípio básico da ordem capitalista.

O inciso IX do artigo 170 da Constituição da República é um princípio constitucional, que ao lado dos princípios da livre iniciativa, da valorização do trabalho humano, da justiça social, da soberania nacional econômica, da livre concorrência e da redução das desigualdades regionais e sociais, balizam o tratamento diferenciado, favorecido e simplificado aos micro e pequenos negócios.

Qualquer cidadão, desde que em ambiente favorável, pode criar seu micronegócio e trabalhar para seu sustento e de seus familiares, consolidando, então, a livre iniciativa, com a escolha livre de sua atividade econômica, e valorizando o trabalho humano, com justiça social, pois, como sabemos, grande parte desses negócios é implementado pelo empresário auxiliado por seus familiares. A viabilidade desses empreendimentos por si só aguça a cadeia competitiva comercial, movimentando a economia e fortalecendo a soberania nacional econômica.

Na esteira do inciso IX do artigo 170 da Constituição Federal há o artigo 179, que nada mais é do que uma atuação do poder estatal na economia, uma intervenção no domínio econômico, por meio da concessão de incentivos, normatizando e regulando a atividade econômica, com o intuito de incentivar a economia. É o velho fomento, conhecido de épocas passadas, que consiste em proteger, estimular, promover, apoiar, favorecer e auxiliar, sem empregar meios coativos, às atividades particulares que satisfaçam necessidades ou conveniências de caráter geral.

Não se quer dizer que qualquer intervenção estatal depende de lei que autorize, especificamente, mas sim que a lei terá o condão de limitar as ações estatais, bastando que o Poder Público exerça suas atividades de incentivo por meio de atos administrativos, utilizando-se para tanto do poder discricionário que lhe é inerente, ou mesmo por lei ordinária, se assim o ordenamento legal o exigir.

Com isso, os Governos Brasileiros passaram a adotar medidas de incentivo ao segmento das micro e pequenas empresas que passamos a analisar.

3.4 Algumas Considerações acerca dos Princípios e o Estudo do Princípio da Isonomia.

Como sabemos, os princípios são enunciados, implícitos ou explícitos que norteiam a aplicação do Direito, quer em sede constitucional, quer em sede legal, e até mesmo infralegal. Eles carregam a idéia de origem, base, sem o *status* de lei. Servem, então, como pilares de sustentação das demais normas jurídicas componentes de nosso Sistema Legal.

Os princípios constitucionais são especiais, por dirigirem todas as normas jurídicas vigentes em nosso ordenamento, com vistas à motivação e alteração da conduta social, iluminando a compreensão das demais normas e, ao mesmo tempo, agregando-as em torno de si, ora com clareza e determinação expressa, ora sujeitos à indução e interpretação de seus mandamentos. São, sem exceção, de obediência obrigatória.

No que refere ao Princípio da Isonomia, a Constituição Federal de 1988 consagra o referido princípio, expressamente, no caput do artigo 5º, quando diz que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Ademais, o diploma magno labuta em prol da igualdade dos desiguais criando desigualdades, ou seja, por meio de alguns dispositivos promove uma aparente desigualdade para administrar o princípio da isonomia. Por outras palavras, a Constituição Federal trata desigualmente os desiguais com o fito de torná-los iguais de fato. Um exemplo claro disso está explícito na Lei Maior em seu artigo 5º, inciso I, quando iguala formalmente homens e mulheres no que tange aos seus direitos e obrigações.

Há várias concepções filosóficas para definir e legitimar a igualdade, dentre as quais se menciona: o idealismo, a teoria da igualdade pelo nascimento e o realismo. Os idealistas sustentam que a igualdade é ínsita aos homens. Isto é, o ser, em sentido lato, detém a igualdade. Por outro lado, a teoria da igualdade pelo nascimento prega a existência da isonomia em razão da condição de nascimento, ou seja, os indivíduos nascem iguais e desiguais. Para os realistas a igualdade é um bem atribuído a todo homem, a toda pessoa humana. Todavia, reconhecem a existência das desigualdades sociais, políticas, econômicas que obliteram a consubstanciação da isonomia de fato.

Por outro lado é louvável a desigualdade natural, isto é, a diferença, a alteridade, o diferente. Esse mosaico que é o Brasil, com sua diversidade cultural, étnica e lingüística, contribui para o desenvolvimento da Democracia e corrobora o pluralismo preconizado pelo Diploma Magno. No entanto, tem-se que censurar a desigualdade econômica, racial, sexual e social que vigora na sociedade brasileira:

“Periodicamente os brasileiros afirmam que vivemos numa democracia, depois de concluída uma fase de autoritarismo. Por democracia entendem a existência de eleições, de partidos políticos e da divisão republicana dos três poderes, além da liberdade de pensamento e de expressão... essa visão é cega para algo profundo na sociedade brasileira: o autoritarismo social. Nossa sociedade é autoritária porque é hierárquica, pois divide as pessoas, em qualquer circunstância, em inferiores, que devem obedecer, e, superiores, que devem mandar. Não há percepção nem prática da igualdade como um direito. Nossa sociedade é autoritária porque é violenta: nela vigoram racismo, machismo, discriminação religiosa e de classe social,

*desigualdades econômicas das maiores do mundo, exclusões culturais e políticas”.*²¹

3.5 A Lei Complementar nº. 123/06 e o Princípio da Isonomia.

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 de 1988, mais precisamente no *caput* do artigo 5º, por meio do princípio da isonomia, que é a sua expressão jurídica.

Sob esse contexto, pode-se afirmar que o Estado e, como parte dele, a Administração Pública, devem tratar todas as pessoas sujeitas às 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 serem 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.

²¹ Marilena Chaui, *Convite à Filosofia*, 2002. pág 435.

Entretanto, é sabido que a isonomia não impõe que todos sejam tratados com absoluta igualdade. Ao contrário, as leis nada mais fazem do que discriminar situações em detrimentos de outras, classificando grupos e setores. A questão em torno da isonomia redonda em precisar quais são as diferenças toleráveis, haja vista, que é próprio do Direito estabelecer diferenças.

A esse respeito, Aristóteles havia advertido que o princípio isonômico implica tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais. Entretanto, a fórmula aristotélica não está pronta, pois não indica quem são os iguais e quem são os desiguais, bem como qual a medida aceitável da desigualdade a ser instaurada pelo Direito. Essas questões devem ser respondidas pelo legislador e pelos demais aplicadores do Direito, sempre tomando como norte os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, que veda discriminações arbitrárias.

Sob essas luzes, convém sublinhar que o fato de o legislador ter estabelecido tratamento privilegiado às microempresas e às empresas de pequeno porte não implica, por si só, ofensa ao princípio da isonomia, isto é, ao direito das demais empresas, que não sejam micro ou de pequeno porte, de serem tratadas com igualdade. Isto porque não há igualdade absoluta. Insista-se que os desiguais devem ser tratados com desigualdade.

E o ponto é que a própria Constituição Federal de 1988 prescreve, no inciso IX do seu artigo 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 microempresas e as empresas de pequeno porte, partindo do pressuposto de que elas são diferentes das demais empresas e que, portanto, merecem tratamento diferenciado e 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 permissão irrestrita, 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.

4. PRIVILÉGIOS PROPRIAMENTE DITOS NO ÂMBITO DAS LICITAÇÕES PÚBLICAS.

4.1 Requisitos Legais e Qualificação Formal.

A primeira questão específica proporcionada pelas normas sobre licitação contempladas na Lei Complementar n.º. 123/06 reside na comprovação do preenchimento dos requisitos para auferir os benefícios correspondentes.

Como é evidente, qualquer tratamento diferenciado em favor de pequenas empresas deverá ser cercado de cautelas para evitar a frustração da finalidade buscada. Se grandes empresas puderem ser atingidas pelo benefício, o resultado prático será a desnaturação do sistema.

A configuração de uma microempresa ou de uma empresa de pequeno porte é objeto de disciplina específica da Lei Complementar n.º. 123/06. É necessário ressaltar que essa qualificação foi delineada especificamente para outorga de benefícios tributários. Ou seja, não se trata estabelecer um regime, fixando exigências e proibições destinadas a assegurar preponderantemente certos resultados no âmbito das licitações públicas. Afinal, a Lei Complementar n.º. 123/06 destinou-se essencialmente a produzir o tratamento preferencial tributário das pequenas empresas. Mas existem também benefícios no âmbito das licitações. Logo, torna-se indispensável examinar tais requisitos, ainda que o operador jurídico não tenha por escopo o reconhecimento ou a rejeição de vantagens tributárias.

É relevante destacar, desde logo, que a fruição dos benefícios licitatórios independe de habilitação da empresa para a obtenção do regime tributário simplificado. Ou seja, a Lei Complementar n.º. 123/06 contempla diversos benefícios para as pequenas empresas. O conjunto mais significativo de vantagens reside no regime tributário simplificado (conhecido como Simples). Para fazer jus a esse regime, a microempresa ou empresa de pequeno porte deverá promover habilitação específica perante os órgãos estatais competentes.

Mas a Lei Complementar nº. 123 também contempla os benefícios no âmbito da licitação. Para a obtenção desses benefícios, a pequena empresa não necessita estar fruindo o benefício tributário simplificado.

Em outras palavras, a determinação do direito aos benefícios licitatórios não pode ser realizada como efeito acessório da fruição do Simples. É perfeitamente imaginável que toda pequena empresa que buscar os benefícios licitatórios será optante pelo regime simples, mas não é possível estabelecer um vínculo formal entre as duas questões. Por isso, é necessário que a Administração Pública, ao promover a licitação, verifique se o licitante preenche os requisitos exigidos para a fruição dos benefícios específicos previstos pelos artigos 42 e seguintes da Lei Complementar nº. 123/06.

4.2 Habilitação para o Certame e Regularidade Fiscal.

O Estatuto da Microempresa previu benefícios para pequenas empresas nos artigos 42 e 43, cuja compreensão depende de análise conjunta. A leitura dissociada dos dois dispositivos causa até mesmo surpresa. Afinal, o artigo 42 estabelece que a comprovação dos requisitos de regularidade fiscal será exigida apenas para efeito de assinatura do contrato, enquanto o artigo 43 determina que as pequenas empresas devam apresentar desde logo toda a documentação exigida para comprovação de regularidade fiscal.

Conjugando-se os artigos 42 e 43, resulta evidente que a vontade do legislador consiste em submeter o licitante a apresentar, desde logo toda a documentação atinente à regularidade fiscal. O artigo 42 não significa dispensa da apresentação da documentação, mas apenas que o licitante não será excluído do certame se houver algum defeito. Isso não significa que, se o licitante deixar de apresentar a documentação, deverá ser excluído.

Portanto, o benefício reside não na dispensa da apresentação de documentos de regularidade fiscal. Nem se trata da dilação quanto à oportunidade própria para exibição dos documentos. O que se faculta é a desnecessidade de perfeita e completa regularidade fiscal no momento da abertura ou do julgamento do certame. Em outras palavras, o benefício outorgado as pequenas empresas, no âmbito da habilitação, está sintetizado no parágrafo 1º do

artigo 43, que se reporta a faculdade de regularização dos defeitos existentes e comprovados na documentação de regularidade fiscal apresentados na oportunidade devida pela pequena empresa.

Daí se segue que o licitante que tiver deixado de apresentar documento de regularidade fiscal, exigido no ato convocatório, deverá ser inabilitado.

Pode-se questionar se o benefício se aplica a todos os requisitos de regularidade fazendária ou a apenas aqueles qualificados anteriormente como relativos. Em princípio, a Lei Complementar nº. 123/06 não estabeleceu qualquer restrição e pode-se presumir que todos os requisitos de regularidade fazendária podem ser submetidos ao regime de benefício.

Isso não significa, no entanto, que um sujeito não inscrito no cadastro de contribuintes poderia participar de uma licitação. Assim se passa porque o Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte exige que o sujeito apresente a documentação necessária, admitindo apenas que as eventuais ressalvas ou restrições sejam supridas até o momento da assinatura do contrato. Logo, quem não estiver inscrito no cadastro não poderá apresentar documento exigido no ato convocatório. O que poderia admitir seria a comprovação de que o sujeito requereu a sua inscrição cadastral, não tendo ela ainda sido deferida na data da apresentação da documentação. Outra hipótese seria a existência de alguma restrição ou problema na inscrição cadastral, que não impediria a fruição pelo interessado do benefício outorgado na Lei Complementar.

Nas licitações tradicionais, a fase de habilitação antecede o julgamento das propostas. Somente são abertos os envelopes de propostas dos licitantes que obtiveram sua habilitação. As propostas são examinadas, sendo desclassificadas as defeituosas. As propostas aceitáveis são classificadas em ordem decrescente de vantajosidade. Contra essa decisão cabe recurso, dotado de efeito suspensivo. Depois de exaurida a etapa de recursos, consolida-se a classificação definitiva. O processo administrativo é remetido à apreciação da autoridade superior, a quem competirá exercitar juízo de legalidade e conveniência. Se o resultado atingido for válido e conveniente, haverá a homologação do resultado da licitação, sendo adjudicado o seu objeto ao vencedor. Em seguida, haverá a convocação do licitante vencedor para a assinatura do contrato.

A situação também apresenta problemas no tocante ao pregão (ou em outras licitações em que se verifique a inversão das fases). Nesse caso, a fase de julgamento antecede a de habilitação. Exaurida a etapa competitiva, promove-se a abertura do envelope de documentação apresentado pelo licitante vencedor. Se o sujeito preencher os requisitos de habilitação, é declarado vencedor. Se não preencher os requisitos, passa-se ao exame da documentação do segundo colocado e assim por diante, até encontrar um licitante que preencha os de habilitação. Quando tal se passar, há a declaração do vencedor.

Como a Lei Complementar não especificou de modo preciso o momento em que o licitante deverá promover o suprimento dos defeitos atinentes à sua regularidade fazendária, em tese, haveria duas alternativas teoricamente possíveis.

Uma delas seria a regularização ser realizada antes da classificação definitiva. A autoridade competente classificaria as propostas e selecionaria aquela formulada por uma pequena empresa. Caberia a essa, a partir de então, promover a regularização. Se o fizesse, seria ela pronunciada vencedora. Contra essa decisão caberia recurso e o processo teria o seu encaminhamento à apreciação da autoridade superior tal como antes exposto. Essa solução apresenta a vantagem de reduzir ao mínimo os problemas práticos no âmbito da Administração, mas propicia riscos relevantes para a pequena empresa. Assim se passa porque essa alternativa não asseguraria a ela a efetiva contratação.

Seria perfeitamente possível que a pequena empresa promovesse a regularização fazendária e, na seqüência, houvesse o provimento do recurso de algum outro licitante ou a anulação ou revogação do certame. Então, a pequena empresa teria promovido a sua regularização fazendária, mas não seria contratada pela Administração Pública.

Outra alternativa seria a regularização fazendária ser exigida depois da homologação do resultado e da adjudicação do objeto à pequena empresa. Nesse caso, a comissão de licitação (ou quem lhe fizesse as vezes) produziria a classificação indicando a pequena empresa como vencedora. Haveria o exaurimento da etapa de recursos e seria consolidada a classificação definitiva. O resultado seria submetido à autoridade superior, com a homologação e a adjudicação. Somente então a pequena empresa seria convocada para promover a regularização de sua situação.

Essa segunda opção afasta o risco de a regularização fazendária não ser útil para a pequena empresa, mas produz dificuldades para a Administração Pública. Isso se passa porque a contratação ficará dependente de um ato a cargo do particular. Existirá uma provação resolutiva da adjudicação, consistente na ausência de comprovação da regularização da documentação. Se a regularização não for procedida, deverão ser desfeitos os atos de conclusão do certame, retornando-se a disputa a partir de uma etapa conclusiva.

Inobstante, a Lei Complementar nº. 123/06 optou pela segunda alternativa, consistente em ser promovida a adjudicação em favor do sujeito interessado antes de ele promover a regularização. O adjudicatário será convocado para assinar o contrato, com a advertência de ser indispensável apresentar a documentação regular como requisito para tanto.

4.3 Direito de Preferência.

O caput do artigo 44 da Lei Complementar nº. 123/06 confere às microempresas e às empresas de pequeno porte direito de preferência nas situações em que ocorre empate em licitação pública. No entanto, o empate que dá ensejo ao direito de preferência não pressupõe que as propostas apresentadas por microempresas ou empresas de pequeno porte contenham exatamente o mesmo valor nominal ofertado por outras empresas. Ocorre que os §§ 1º e 2º do referido artigo 44 prescreve que há empate nos casos em que a proposta apresentada pela microempresa ou empresa de pequeno porte não seja superior a 10% da proposta mais bem classificada e, no caso de licitação promovida sob a modalidade pregão, que não seja superior a 5% da proposta com o menor preço.

De todo modo, ocorrendo o empate a que alude os parágrafos do artigo 44 da Lei Complementar nº. 123/06, a microempresa ou a empresa de pequeno porte não será automaticamente declarada vencedora, na medida em que o preço dela é de fato superior ao menor preço ofertado no certame, o que importaria, se fosse o caso, desvantagem à Administração Pública e vulneração aberta ao princípio da eficiência, encartado no caput do artigo 37 da Constituição Federal.

Reconhecendo-se o empate, na forma dos parágrafos do artigo 44 da Lei Complementar nº. 123/06, a microempresa ou a empresa de pequeno porte mais bem classificada faz jus à oportunidade de oferecer proposta de preço inferior à proposta até então considerada vencedora do certame, conforme dispõe o inciso I do artigo 45 da mesma Lei Complementar. Enfatiza-se que não basta à microempresa ou à empresa de pequeno porte igualar o menor preço até então ofertado. A microempresa ou a empresa de pequeno porte mais bem classificada deve cobrir o menor preço até então ofertado. Se o fizer, prescreve o referido inciso I do artigo 45 da Lei Complementar, o objeto da licitação deve ser adjudicado a ela.

A propósito, nem todas as microempresas e as empresas de pequeno porte que cotarem preços considerados empatados com o menor preço então ofertados, nos termos dos parágrafos do artigo 44 da Lei Complementar nº. 123/06, terão o direito de cobri-lo, oferecendo nova proposta. Somente a microempresa ou a empresa de pequeno porte mais bem classificada fará jus ao direito.

O inciso II do artigo 45 da Lei Complementar nº. 123/06 prescreve que, se a microempresa ou a empresa de pequeno porte mais bem classificada não exercer o direito de preferência, as demais microempresas e empresas de pequeno porte participantes da licitação, desde que tenham ofertado preços dentro dos parâmetros estabelecidos pelos parágrafos do artigo 44 da Lei Complementar nº. 123/06, terão também o direito de cobrir o menor valor então proposto, de acordo com a ordem de classificação delas.

Demais disso, se, eventualmente, houver efetivo empate entre preços de diferentes microempresas e/ou empresas de pequeno porte, o inciso III do art. 45 da Lei Complementar nº. 123/06 determina que se deva proceder a sorteio, para definir a ordem de classificação delas e, por consequência, qual delas poderá exercer o direito de preferência estatuído na Lei Complementar nº. 123/06 em primeiro lugar.

4.3.1. O direito de preferência não se aplica em relação às licitações do tipo melhor técnica.

O direito de preferência concedido em favor das microempresas e das empresas de pequeno porte ora em comento não se aplica sobre as licitações que adotam o tipo melhor técnica.

Bem se vê, sobretudo em face do inciso I do artigo 45 da Lei Complementar nº. 123/06, que o direito de preferência outorgado em favor das microempresas e das empresas de pequeno porte é exercido estritamente sob a perspectiva do preço. Tanto o é que o referido dispositivo alude ao direito de apresentar proposta com preço inferior àquela considerada vencedora do certame.

Ocorre que, nas licitações do tipo melhor técnica, o preço não é o fator determinante ou preponderante para a Administração Pública. Nelas, o fator técnico é o fundamental. Por isso, a redução do preço por parte da microempresa ou da empresa de pequeno porte mais bem classificada, prescrita no inciso I do art. 45 da Lei Complementar nº. 123/06, não é o bastante para declarar a proposta dela vencedora. Ele somente o seria se a microempresa ou a empresa de pequeno porte mais bem classificada oferecesse também vantagens de ordem técnica, que fossem bastante para tornar a sua proposta técnica superior à da licitante mais bem classificada. No entanto, a referida Lei Complementar não previu a possibilidade de melhora da proposta técnica, o que, diga-se de passagem, na maior parte dos casos, seria mesmo impossível de ser feito.

Insista-se que o inciso I do artigo 45 mencionada Lei determina que o direito de preferência deva ser exercido por meio do oferecimento, por parte da microempresa ou da empresa de pequeno porte mais bem classificada, de proposta de preço inferior ao ofertado na proposta até então considerada vencedora do certame. Assim o sendo, por força do princípio da legalidade, como a Lei Complementar em comento não previu a melhora da proposta técnica, é de concluir que o direito de preferência preceituado nela restringe-se às licitações cujo preço seja fator preponderante para a definição do vencedor, excluindo aquelas do tipo melhor técnica.

Convém ressaltar que é possível aplicar o direito de preferência estatuído na Lei Complementar nº. 123/06 nas licitações do tipo técnica e preço. Ocorre que nelas há uma nota técnica e uma nota de preço, que são ponderadas para a obtenção do resultado final. Nesse sentido, apesar das dificuldades procedimentais, a microempresa ou a empresa de pequeno

porte poderia reduzir o seu preço e, em vista disso, ainda que com a mesma técnica, passar a oferecer a proposta mais vantajosa à Administração.

4.3.2. Procedimento para o direito de preferência nas licitações do tipo menor preço promovidas de acordo com a Lei nº. 8.666/93.

Pois bem, nas licitações do tipo menor preço que seguem a sistemática da Lei nº. 8.666/93, a comissão de licitação deve conduzir o certame normalmente, procedendo à habilitação e, depois dela, à abertura dos envelopes com as propostas.

Aberto os envelopes com as propostas, a comissão de licitação deve analisar a aceitabilidade delas, desclassificando aquelas que apresentarem objetos que não atendem às especificações do edital, às formalidades neles previstas, bem como as que consignarem preços excessivos ou inexequíveis.

Em seguida, a comissão de licitação deve classificar as propostas de acordo com os preços expressos nela.

Se microempresa ou empresa de pequeno porte tiver ofertado o menor preço, o certame deve seguir normalmente. A comissão de licitação então deve declarar que a microempresa ou a empresa de pequeno porte em referência foi a primeira classificada, publicando tal decisão ou intimando diretamente os demais licitantes, se todos eles estiverem presentes à sessão, para que, se quiserem, interponham recurso.

No entanto, se o menor preço tiver sido oferecido por empresa não qualificada como microempresa ou empresa de pequeno porte, a comissão de licitação deve verificar se alguma microempresa ou empresa de pequeno porte ofertou proposta não superior a 10% em relação ao menor preço.

Se a resposta for positiva, isto é, se alguma microempresa ou empresa de pequeno porte ofertou preço não superior a 10% em relação ao menor preço, a comissão de licitação

deve intimar a microempresa ou a empresa de pequeno porte mais bem classificada para que ela exerça o direito de preferência.

Se a microempresa ou a empresa de pequeno porte mais bem classificada estiver representada na sessão, a comissão de licitação deve intimá-la diretamente, na própria sessão, em caso contrário, se ela não estiver representada, a comissão de licitação deve intimá-la por meio de carta-registrada ou outro instrumento, concedendo a ela o prazo para que exerça o direito de preferência e cubra o menor preço até então ofertado.

Destaca-se que esse procedimento é necessário porquanto na sistemática da Lei nº. 8.666/93 os licitantes não precisam estar presentes nas sessões. Por isso, se a microempresa ou a empresa de pequeno porte que faz jus ao direito de preferência não estiver presente na sessão, ela deve ser intimada por meio de carta-registrada ou outro meio hábil para exercer o direito de preferência.

De todo modo, a Lei Complementar nº. 123/06 não define o prazo que dispõe a microempresa ou a empresa de pequeno porte que faz jus ao direito de preferência para exercê-lo. Logo, é recomendável que o edital verse sobre o assunto. Se o edital for omissivo, a comissão de licitação deve fixar o prazo.

Se a microempresa ou a empresa de pequeno porte mais bem classificada exercer o direito de preferência, cobrindo o menor preço até então ofertado, a comissão de licitação deve declará-la primeira classificada e publicar tal decisão na imprensa oficial ou intimar diretamente os licitantes, se todos estiverem presentes na sessão, abrindo prazo para a interposição de recurso.

Se a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada não exercer o direito de preferência, não cobrindo o menor preço até então ofertado, a comissão de licitação deve verificar se alguma outra microempresa ou empresa de pequeno porte ofertou preço não superior a 10% do menor preço. Se houver outra ou outras microempresas ou empresas de pequeno porte nessa situação, a comissão de licitação deve repetir o mesmo procedimento, conferindo a elas, de acordo com a ordem de classificação, oportunidade para exercer o direito de preferência.

Em qualquer das hipóteses, se não houver recurso ou uma vez decididos os eventuais recursos, a comissão de licitação deve adjudicar o objeto da licitação e remeter o processo para a autoridade competente para que ela homologue ou não a licitação.

4.3.3. Procedimento para o direito de preferência nas licitações do tipo técnica e preço promovidas de acordo com a Lei nº. 8.666/93.

Nas licitações do tipo técnica e preço, a comissão de licitação deve realizar o julgamento normalmente, abrindo o envelope com a proposta técnica e o envelope com a proposta de preço, apurando-se a nota final de cada licitante, que é resultante da ponderação dos dois fatores, técnica e preço.

O direito de preferência preconizado no art. 44 da Lei Complementar nº. 123/06 somente deve ser exercido se houver empate na nota final, repita-se, resultante da ponderação entre os fatores técnica e preço. Veja-se que o § 1º do artigo 44 da referida Lei Complementar prescreve que se entende "*por empate aquelas situações em que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 10% superiores à proposta mais bem classificada*". Ou seja, o parâmetro para identificar o empate é a proposta como um todo. E, nas licitações do tipo técnica e preço, a proposta como um todo resulta da conjunção da técnica e do preço. Quer dizer que isoladamente o preço não é o parâmetro para identificar o pretense empate nas licitações do tipo técnica e preço.

Pois bem, se houver microempresas ou empresas de pequeno porte cujas notas finais, resultantes da técnica e do preço, não sejam superiores a 10% da melhor nota final, a que tiver oferecido a melhor proposta fará jus ao direito de preferência.

Nesse sentido, a comissão de licitação deve intimar a microempresa ou a empresa de pequeno porte mais bem classificada para exercer o direito de preferência. Essa intimação pode ser realizada diretamente, se a microempresa ou a empresa de pequeno porte que fizer jus ao direito de preferência estiver presente na sessão. Em caso contrário, se ela não estiver presente, a comissão de licitação deve intimá-la por meio de carta-registrada ou outro instrumento, concedendo a ela o prazo para que exerça o direito de preferência. Repita-se que

a Lei Complementar nº. 123/06 não define o prazo que dispõe a microempresa ou a empresa de pequeno porte que faz jus ao direito de preferência para exercê-lo. Logo, é recomendável que o edital verse sobre o assunto. Se o edital for omissivo, a comissão de licitação deve fixar o prazo.

Cumpra salientar que o direito de preferência outorgado à microempresa ou empresa de pequeno porte enseja a ela a melhora apenas da parte da proposta relativa ao preço; ela não poderá alterar a parte da proposta relativa à técnica. Nesse sentido, o inciso I do art. 45 da Lei Complementar nº. 123/06 é claro e peremptório ao enunciar que o direito de preferência é exercido com a apresentação de proposta de preço inferior àquela considerada vencedora do certame.

Dessa forma, a microempresa ou empresa de pequeno porte licitante, que faz jus ao direito de preferência, tem a oportunidade apenas de reduzir o seu preço. No entanto, para que ela seja a vencedora, é necessário, com base no novo preço apresentado por ela, refazer o cálculo do fator preço de todos os demais licitantes e, depois disso, a ponderação entre os fatores preço e técnica novamente. A licitante microempresa ou empresa de pequeno porte somente é a vencedora se, com o novo preço apresentado por ela, a nota final dela for superior à da empresa inicialmente apontada como vencedora.

Se isso não ocorrer, a comissão de licitação deve verificar se há outras microempresas ou empresas de pequeno porte que também tenham oferecido propostas não superiores a 10% da proposta mais bem classificada apresentada por licitante que não seja microempresa ou empresa de pequeno porte. Se houver, a comissão de licitação deve garantir a elas, de acordo com a ordem inicial de classificação, o direito de preferência, que se exerce da mesma forma.

Ao final, exercido ou não o direito de preferência, a comissão de licitação deve intimar diretamente os licitantes, se todos estiverem presentes à sessão, ou por meio de publicação na Imprensa Oficial, oportunizando a eles a interposição de recursos.

4.3.4. O procedimento para o exercício do direito de preferência nas licitações promovidas por meio da modalidade pregão.

O pregoeiro deve realizar o procedimento normal pertinente à modalidade pregão até o final da etapa de lances.

Se o vencedor da etapa de lances for microempresa ou empresa de pequeno porte, o pregoeiro deve dar continuidade à sessão normalmente, por efeito do que deve proceder à negociação, analisar a aceitabilidade da proposta e, em seguida, os documentos de habilitação dele.

Se o vencedor não for microempresa ou empresa de pequeno porte, o pregoeiro deve verificar se alguma microempresa ou empresa de pequeno porte ofertou preço não superior a 5% do menor preço apurado na etapa de lances.

Em caso de resposta positiva, isto é, se alguma microempresa ou empresa de pequeno porte ofertou preço não superior a 5% do menor preço apurado na etapa de lances, o pregoeiro deve conferir cinco minutos, na forma do § 3º do art. 45 da Lei Complementar nº 123/06, para que a microempresa ou a empresa de pequeno porte mais bem classificada exerça o direito de preferência, propondo preço que seja inferior ao menor preço apurado na etapa de lances.

Se ela, a microempresa ou a empresa de pequeno porte mais bem classificada, não exercer o direito de preferência, o pregoeiro deve dar oportunidade a outras microempresas ou empresas de pequeno porte cujos preços também não sejam superiores a 5% do menor preço para também exercerem o direito de preferência, de acordo com a ordem de classificação.

Convém anotar que a microempresa ou a empresa de pequeno porte que faz jus ao direito de preferência deve manter representante presente à sessão do pregão, devidamente credenciado. Na modalidade pregão, o licitante que não mantém representante credenciado durante a sessão arca com o ônus de não poder manifestar-se e, por consequência, não conseguirá exercer o direito de preferência. No pregão, diferentemente do que ocorre nas modalidades tradicionais previstas na Lei nº 8.666/93, a microempresa ou empresa de pequeno porte que faz jus ao direito de preferência não é intimada por carta registrada ou

outro instrumento para exercê-lo. Repita-se, o direito deve ser exercido por ela na própria sessão, dentro do prazo de cinco minutos, sob pena de preclusão.

Se o direito de preferência for exercido por alguma das microempresas ou empresas de pequeno porte, então o pregoeiro deve dar seqüência à sessão, por efeito do que deve negociar com ela, tratar da aceitabilidade da proposta dela e, depois, dos documentos de habilitação.

O mesmo procedimento deve ser realizado em relação ao pregão presencial e ao pregão eletrônico. Sublinha-se, apenas, que os sistemas eletrônicos atualmente vigentes precisam ser adaptados imediatamente, para que os pregoeiros possam realizar o procedimento ora descrito, previsto na Lei Complementar nº. 123/06.

4.4 Licitações Diferenciadas.

Outra forma de manifestação da preferência reservada às pequenas empresas, a previsão de licitações diferenciadas configura-se pela conjugação das regras do artigo 47 com as do artigo 48 da Lei Complementar nº. 123/06.

A diferenciação das licitações sob o exame resulta da conjugação de três elementos de natureza diversa.

Em primeiro lugar, há um requisito de natureza formal. Somente poderão ser adotadas as referidas licitações se houver regulamentação por lei específica do ente federativo.

Em segundo lugar, há um requisito de natureza teleológica ou finalística. Tais licitações se peculiarizam por serem norteadas à realização de determinada finalidade.

Em terceiro lugar, existe um requisito de natureza material, consistente na previsão de restrições que usualmente seriam reputadas como inválidas.

É fundamental ter em vista, portanto, a complexidade do regime jurídico das licitações diferenciadas. Mais especificamente, a Lei Complementar nº. 123/06 não autoriza que as características restritivas previstas no artigo 48 sejam adotadas de modo isolado, sem que os outros dois requisitos estejam presentes.

O artigo 47 faz explícita referência a que o regime finalístico das licitações seja previsto e regulamentado na legislação do respectivo ente. Lembre-se que a Lei Complementar nº. 123/063, no artigo 77, parágrafo 1º, determina o prazo de um ano para a edição de leis e demais atos necessários para propiciar o tratamento diferenciado e favorecido às pequenas empresas.

A solução esculpida no artigo 47 da Lei Complementar nº. 123/06 reflete a determinação constitucional que aponta a competência privativa da União para legislar sobre normas gerais em matéria de licitação. Com essa medida a Constituição reserva para os entes federativos a competência legislativa privativa para edição de normas específicas.

Com isso, o artigo 47 simplesmente veiculou normas gerais e amplas, que estabelecem parâmetros bastante imprecisos destinados a fundar a competência legislativa dos entes federativos para dispor sobre normas específicas.

Na verdade, as normas do artigo 47 e 48 destinam-se muito mais a outorgar uma autorização para a criação de regime licitatório diferenciado, caracterizado pela adoção de restrições à livre participação e à autonomia privada.

Assim sendo, a implantação de qualquer licitação diferenciada com o fulcro exclusivamente na previsão dos artigos 47 e 48 da Lei Complementar nº. 123/06, na ausência de lei específica emanada do ente federativo, com competência legislativa própria, será inválida.

CONCLUSÃO

As micro e pequenas empresas podem ser consideradas verdadeiro sustentáculo da livre iniciativa e da democracia, responsável pela esmagadora maioria dos postos de trabalho e do total de empresas de qualquer país e, no Brasil não é diferente. Entretanto, a maioria das pequenas empresas não consegue manter-se no mercado durante muito tempo.

Na busca de fomentar os pequenos negócios e dar maior longevidade às pequenas empresas, foi criada uma lei – Lei Complementar nº. 123/06 – cujo principal objetivo é estimular as atividades empresariais de pequeno porte, tendo por fundamento os artigos 146, "d" e 179 da Constituição Federal, através da concessão de um tratamento diferenciado e privilegiado.

A concessão de privilégios às microempresas e às empresas de pequeno porte, trazida pela Lei Complementar nº. 123/06 não é por si inconstitucional e, logo, não pode ser tachada, em tese, de anti-jurídica. A questão é como isso é feito, o modo e a medida de tais privilégios. Nesse sentido, o Estatuto Nacional da Microempresa e Empresas de Pequeno Porte ao estabelecer disposições de natureza tributária, comercial, trabalhista e processual merece um voto de credibilidade, fazendo jus ao benefício da dúvida, haja vista, não ser objeto deste trabalho, nenhum dos ramos supracitados. Sobremodo ao prescrever normas sobre licitação pública, por melhor que tenha sido a intenção do legislador ao nortear a sua introdução, é em tudo e por tudo infeliz.

A bem da verdade, o legislador, por meio da Lei Complementar nº. 123/06 resolveu bulir com o regime jurídico da licitação pública, introduzindo regras que irão, apenas, ampliar a complexidade do instituto das licitações, dando margem a litígios e controvérsias infundáveis. Essa aventura legislativa causará prejuízos de monta à Administração Pública, já que ao invés de produzir a simplificação e a racionalização dos certames, tais regras os tornarão mais lentos, mais formais, mais burocráticos, postergando o atendimento às demandas de interesse público. Aliado a isso, o intérprete, em face da Lei Complementar nº. 123/06, terá que forçosamente recorrer a métodos de hermenêutica complexos, sobretudo de ordem sistêmica, para tentar minimizar as contradições, bem como encaixar as disposições da nova Lei no regime jurídico procedimental atualmente vigente. Isso não é tarefa fácil. Haverá

desacordo, recursos, demandas judiciais e, enfim, todo um clima de insegurança jurídica, cujos efeitos são nefastos para o interesse público.

De mais a mais, a Lei Complementar nº. 123/06, sob a escusa de favorecer as microempresas e as empresas de pequeno porte, acaba subvertendo valores fundamentais do capitalismo moderno, adotando medidas excessivas, que instauram quase que uma reserva de mercado nas licitações públicas e nos contratos administrativos.

Plausível e suficiente seria a consagração de um regime tributário simplificado e menos oneroso, já que ao desonerar tributariamente a microempresa e a empresa de pequeno porte, o Estado reduz os seus custos, e estas adquirem vantagem competitiva em face das empresas de maior porte econômico, pois seus custos tributários passam a ser muito menores, podendo assim, formular propostas com valores mais reduzidos que lhe assegurem a vitória no certame. Se com uma carga tributária menor, a microempresa ou empresa de pequeno porte não conseguir sagrar-se vencedora num certame licitatório, isso significará que as empresas de porte relevante dispõem de vantagens tecnológicas e econômicas, que devem ser transferidas ao Estado, por meio de preços mais reduzidos, o que se traduzirá em vantagens para todos os cidadãos e contribuintes.

Outro privilégio inaceitável é a possibilidade de regularização fiscal tardia por parte da pequena empresa, especialmente quando esta entidade já é beneficiária de uma carga tributária reduzida. Nem existe sentido em ser a ela facultada a prerrogativa de inovações posteriores na proposta já formulada. Mais esdrúxulo ainda é a cominação da figura complexa e quase incompreensível de licitações diferenciadas, norteadas por cláusulas restritas.

A criação de regimes licitatórios especiais e diferenciados, traduz-se em grande risco para o Estado e para a Sociedade, uma vez que produzem subsídios ocultos em preços mais elevados pagos pela Administração Pública para qualquer espécie de licitante. Essa solução não gerará efeitos benéficos para a sociedade em seu conjunto nem para o Estado, ampliando as dificuldades enfrentadas por todos.

Mais uma vez o legislador confundiu o incentivo com o protecionismo. O paternalismo estatal, historicamente, não estimula; em sentido oposto, incute idéia contrária

ao crescimento. No Brasil, parece que é melhor ser pequeno, permanecer pequeno ou tornar-se pequeno.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

FILHO, Marçal Justen. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. São Paulo : Dialética.2006.

MEIRELLES, Helly Lopes. **Licitação e Contratos Administrativos**. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MEIRELLES, Helly Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 18ª ed. São Paulo; Malheiros, 1993.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; JÚNIOR, Vidal Serrano Nunes. **Curso de Direito**. – 7. ed. rev.e atual. – São Paulo: Saraiva, 2003.

CHAUI, Marilena, **Convite à Filosofia,**

PINTO, Antonio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; SIQUEIRA, Luiz Eduardo Alves de. **Licitações e Contratos da Administração Pública**. 7. ed. atual. e aum. – São Paulo: Saraiva, 2000 – (Coleção Saraiva de Legislação).

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Licitações e Contratos - orientações básicas** / Tribunal de Contas da União. 2ª ed. Brasília: TCU, Secretaria de Controle interno, 2003.

Decreto nº. 474/2000, publicado no Diário Oficial da União de 20/05/2000.

Lei Complementar nº. 123 de 14 de dezembro de 2006.

Constituição da República Federativa do Brasil. Texto Constitucional Promulgado em 5 de outubro de 1988.

http://www.assespro.org.br/Assespro_BNDES_24_07_06.ppt.

<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9293>.