

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO PARANÁ
XXVI CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
NÚCLEO DE CURITIBA**

RACHEL VALENTE GOMES

**TRATAMENTO ESPECIAL DAS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO
PORTE NOS PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS E O PRINCÍPIO DA IGUALDADE**

**CURITIBA
2010**

RACHEL VALENTE GOMES

**TRATAMENTO ESPECIAL DAS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO
PORTE NOS PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS E O PRINCÍPIO DA IGUALDADE**

Monografia apresentada como Requisito parcial
para conclusão do Curso de Preparação à
Magistratura em nível de Especialização. Escola
da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba.

Orientador: Prof. Fernando Gustavo Knoerr

**CURITIBA
2010**

TERMO DE APROVAÇÃO

RACHEL VALENTE GOMES

TRATAMENTO ESPECIAL DAS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE NOS PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS E O PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: Prof. Fernando Gustavo Knoerr

Avaliador: Prof. _____

Avaliador: Prof. _____

Curitiba, ____ de _____ de 2010.

RESUMO

O presente trabalho consiste na pesquisa do tratamento especial das microempresas e empresas de pequeno porte nos procedimentos licitatórios e o princípio da igualdade. Ficará demonstrado que apesar da disparidade no tratamento daquelas em relação as demais empresas o princípio da igualdade atua na sua plenitude, justamente, porque a Lei complementar 123/06 ao conceder o tratamento desigual conferiu semelhante oportunidade social e econômica na atuação no mercado. Neste sentido, a lei complementar impôs norma geral a ser seguidas por todos os entes da administração e obrigou a vinculação dos benefícios a todos os editais de licitação, sob pena de anulação.

Palavra-chave

TRATAMENTO. ESPECIAL. MICROEMPRESA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. PROCEDIMENTO LICITATÓRIO PRINCÍPIO DA IGUALDADE. LICITAÇÃO.

LISTA DE ABREVIATURA

Art. – Artigo de lei

CF – Constituição Federal

EC – Emenda Constitucional

EPP – Empresa (s) de pequeno porte

LC – Lei complementar

ME – Microempresa (s)

MPE – Microempresa (s) e pequena (s) empresa (s)

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| 1 INTRODUÇÃO | 06 |
| 2 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO TRATAMENTO ESPECIAL DESTINADOS ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS | 08 |
| 3 ORDEM ECONOMICA | 10 |
| 3.1 CONCEITO DA ORDEM ECONÔMICA | 12 |
| 3.2 FUNDAMENTOS DA ORDEM ECONÔMICA | 13 |
| 3.3 FINALIDADE DA ORDEM ECONÔMICA | 14 |
| 3.4 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ORDEM ECONÔMICA | 15 |
| 3.4.1 Soberania nacional | 15 |
| 3.4.2 Função social da propriedade | 16 |
| 3.4.3 Livre concorrência | 17 |
| 3.4.4 Redução das desigualdades regionais e sociais | 18 |
| 3.4.5 Busca do pleno emprego | 19 |
| 3.4.6 Tratamento diferenciado para as empresas de pequeno porte | 20 |
| 3.4.7 Liberdade de exercício de atividade econômica | 20 |
| 4 TRATAMENTO ESPECIAL DAS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE NOS PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS | 22 |
| 4.1 LEI COMPLEMENTAR 123/04 - MATÉRIA DE LEI ORDINÁRIA EM LEI COMPLEMENTAR..22 | |
| 4.2 CONCEITO DE LICITAÇÃO E SEU PROCEDIMENTO | 25 |
| 4.3 CONCEITO DE MICRO E PEQUENA EMPRESA | 27 |
| 4.3.1 Previsão de mudanças quanto ao sistema do Simples Nacional | 29 |
| 4.3.2 A importância das ME e EPP na economia brasileiras - dados, estatísticas e estudos sobre o pequeno negócio | 30 |
| 4.4 OS BENEFÍCIOS CONCEDIDOS PELA LEI COMPLEMENTAR 123/0... 32 | |
| 4.4.1 Eficácia da LEI COMPLEMENTAR 123/06 nas modalidades e tipos | 37 |
| 4.4.2 A imposição da LEI COMPLEMENTAR 123 a todos os entes políticos | 38 |
| 4.4.3 A não hipótese de afastamento do benefício | 40 |
| 5. PRINCÍPIO DA IGUALDADE | 43 |
| 5.1 INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE SOBRE A LICITAÇÃO | 44 |
| 5.2 INTERPRETAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE E O BENEFÍCIO CONCEDIDO AS ME E EPP | 46 |
| 6. CONCLUSÃO | 50 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 52 |

1. INTRODUÇÃO

Questão que tem suscitado acesa controvérsia nos meios jurídicos diz respeito ao tratamento diferenciado às micro e pequenas empresas nas licitações públicas.

Com o objetivo de dar efetividade aos artigos 179 e 170, IX, da Constituição Federal que prevê dentre os princípios gerais da atividade econômica o tratamento diferenciado para as Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, aos 14 de dezembro de 2006 entrou em vigor a Lei Complementar nº 123 (Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte) que aperfeiçoou as contratações da administração pública a acerca das regras de licitações.

A referida LEI COMPLEMENTAR 123/06, trata na maioria de suas disposições sobre matéria de natureza Tributária, mas também traz disposições sobre Direito Comercial, Processual e Trabalhista, além de disposições específicas sobre a participação das micro e pequenas empresas nos procedimentos licitatórios, diferenciando-as das demais empresas.

Ao longo do texto ficará demonstrado a relevância do tema em razão do tratamento diferenciado e os benefícios concedidos que tem como base o direito econômico por intermédio da Constituição Federal.

O trabalho abordará o porquê esse tratamento diferenciado é concedido as Micro e pequenas empresas e como este tratamento, que acaba por beneficiar essas empresas, pode estar de acordo com o princípio da igualdade.

Definirá os conceitos de Licitação, Empresas de Pequeno Porte e Micro empresa, bem como seu papel na economia brasileira.

Por fim, evidenciará que o princípio da igualdade ao tratar de forma diferenciada está, na verdade, atuando na sua plenitude, ademais as inovações trazidas pela Lei Complementar 123/2006 ao abordar os procedimentos licitatórios para as Empresas de pequeno porte apenas sistematizou preceito já ordenado pela Carta Magna, ou seja, atuam em conformidade com os princípios constitucionais desde sua essência.

2. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO TRATAMENTO DIFERENCIADO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS

O Estado com o intuito de evitar o abuso do poder político e os desequilíbrios das relações sociais, por intermédio do constitucionalismo social, passou a organizar-se, submetendo-se a tais normas, inclusive em relação a intervenção econômica. A Lei Complementar 123/06 ao trazer as microempresas e pequenas empresas tratamento diferenciado em relação a matéria de licitação, teve como base a “pluralidade de funções Estatais” previstas na Constituição, tais como, “competência repressiva e delimitadora da autonomia privada e o fornecimento de utilidades destinadas à satisfação de necessidades coletivas”, bem como incentivar o desenvolvimento econômico e social¹.

E como bem explica Carlos Mario da Silva²:

“O desequilíbrio inerente à natureza das coisas vai até o ponto em que comprometeu ou ameaça o equilíbrio geral da ordem social estabelecida, portanto, se de um lado há o desequilíbrio natural e a também natural tolerância, de outro há a necessidade de limitar tais anomalias àquilo que não comprometa a ordem geral significando que se insito ao desequilíbrio há um grau de conflitividade, indispensável é a existência de formulas práticas e objetivas para solver tais conflitos, mantendo assim, a estabilidade da ordem estabelecida”

Ensina Marçal Justen Filho³ que:

Essa intervenção orientada a alterar o cenário socioeconômico é consagrada constitucionalmente como uma das finalidades primordiais do Estado Brasileiro.

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **O estatuto da microempresa e as licitações públicas**. São Paulo: Dialética, 2007. p 27.

² AMARAL, Antônio Carlos Rodrigues do Amaral, ROSA, Robert e VELLOSO, Carlos Mário da Silva - Coordenadores. **Princípios Constitucionais Fundamentais** - obra coletiva, Lex Editora, São Paulo, 2005. p. 33.

³ JUSTEN FILHO, Marçal. **O estatuto da microempresa e as licitações públicas**. São Paulo: Dialética, 2007. p 27.

Portanto, o benefício ofertado às ME⁴ e EPP⁵ encontra respaldo essencialmente Constitucional, pois, previsto no título VII - Da Ordem Econômica e Financeira, capítulo I – Dos princípios gerais da atividade Econômica, artigo 170, bem como no artigo 179 da Carta Magna⁶, com o fim de equilibrar as relações sociais, conforme veremos a seguir.

⁴ Microempresas.

⁵ Empresas de pequeno porte.

⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível na internet <www.planalto.gov.br>. Acesso em 06/09/2010.

3. ORDEM ECONÔMICA

O Brasil até o momento possui sete Constituições, sendo oito se considerada a Emenda Constitucional nº1 de 1969. Contudo, apenas algumas delas trataram da ordem econômica *strictu sensu*, as demais abordaram o referido instituto em conjunto com a ordem social.

Segundo SILVA José Afonso⁷:

A ordem econômica adquiriu dimensão jurídica a partir do momento em que as constituições passaram a discipliná-las sistematicamente, o que teve início com a constituição mexicana de 1917. No Brasil, a Constituição de 1934 foi a primeira a consignar princípios e normas sobre a ordem econômica, sob a influência da Constituição alemã de Weimar.

O Título XII, da Constituição de 1934, tratava da Ordem Econômica e Social, no *caput* do artigo 115 “verifica-se que a ordem econômica deveria ser organizada consoante os princípios da justiça e das necessidades da vida nacional, assegurando a existência digna do homem e, dentro desses limites garantia-se a liberdade econômica”⁸.

A Constituição de 1937 trouxe a ordem econômica destacada da ordem social, porém, não garantia a liberdade econômica, “apenas permitia a intervenção estatal quando da ineficiência da iniciativa privada”⁹, conforme o *caput* do artigo 135.

⁷ SILVA, Jose Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 14º ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 752.

⁸ Art. 115 – “A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica”. (BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1934. Disponível na internet <www.planalto.gov.br>. Acesso em 06/09/2010).

⁹ Art. 135 – “Na iniciativa individual, no poder de criação, de organização e de invenção do indivíduo, exercido nos limites do bem público, funda-se a riqueza e a prosperidade nacional. A intervenção do Estado no domínio econômico só se legitima para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores da produção, de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no

A Constituição de 1946, no título V, dispõe sobre a ordem econômica e social, “organizando aquela de acordo com os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano”¹⁰. Autorizava, ainda, “a atuação estatal, de modo a intervir e monopolizar determinada indústria ou atividade”¹¹, conforme artigo 146.

A Constituição de 1967 possuía tendência militar, trazia no seu artigo 157 os princípios norteadores da ordem econômica de modo sistematizado¹².

Após a Emenda Constitucional nº. 01, o dispositivo deste artigo foi alterado e o artigo 160¹³ passou a fazer menção aos princípios da ordem econômica.

Atualmente, a Constituição de 1988 trata da finalidade e dos princípios da ordem econômica no seu artigo 170, reunindo os princípios gerais da atividade econômica entendida como um direito fundamental a ordem econômica justa, dentre eles, com redação dada pela Emenda Constitucional nº6, de 1995, no inciso IX encontra-se a previsão de “tratamento favorecido para as empresas de pequeno

jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da Nação, representados pelo Estado. A intervenção no domínio econômico poderá ser mediata e imediata, revestindo a forma do controle, do estímulo ou da gestão direta”. (BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937. Disponível na internet <www.planalto.gov.br>. Acesso em 06/09/2010).

¹⁰ Art. 145 – “A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano. Parágrafo único - A todos é assegurado trabalho que possibilite existência digna. O trabalho é obrigação social”. (BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946. Disponível na internet <www.planalto.gov.br>. Acesso em 06/09/2010).

¹¹ Art. 146 – “A União poderá, mediante lei especial, intervir no domínio econômico e monopolizar determinada indústria ou atividade. A intervenção terá por base o interesse público e por limite os direitos fundamentais assegurados nesta Constituição”. (BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946. Disponível na internet <www.planalto.gov.br>. Acesso em 06/09/2010).

¹² Constituição da República Federativa do Brasil, art. 157 – “A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios: I- liberdade de iniciativa; II – valorização do trabalho como condição da dignidade humana; III – função social da propriedade; IV – harmonia e solidariedade entre os fatores de produção; V - desenvolvimento econômico; VI – repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento dos lucros”. (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. Disponível na internet <www.planalto.gov.br>. Acesso em 06/09/2010).

¹³ Art. 160 – “A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios: I- liberdade de iniciativa; II – valorização do trabalho como condição da dignidade humana; III – função social da propriedade; IV – harmonia e solidariedade entre os fatores de produção; V - repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento dos lucros; VI – expansão das oportunidades de emprego produtivo”. (BRASIL. Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969. Disponível na internet <www.dataprev.gov.br> Acesso em 07/09/2010)

porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País”¹⁴.

3.1 CONCEITO DA ORDEM ECONÔMICA

A ordem econômica financeira, pelos parâmetros estipulados na Constituição, significa a organização dos elementos ligados à distribuição efetiva dos bens, mantendo o equilíbrio da economia, e tem como objetivo principal: “trazer para o campo jurídico os pressupostos essenciais do desenvolvimento da economia e apresentar condições para o seu fomento e equilíbrio”¹⁵.

Entende BITTENCOURT que “a ordem econômica consiste no conjunto de normas constitucionais que definem os objetivos de um modelo para a economia e as modalidades de intervenção do Estado nessa área”¹⁶.

O conceito elaborado por Eros Grau¹⁷ define a ordem econômica como:

¹⁴ 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, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação da EC nº. 42/03); 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. (Redação da EC nº. 06/95). Parágrafo único - É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica. Independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível na internet <www.planalto.gov.br>. Acesso em 06/09/2010.

¹⁵ DERANI, Cristiane. **Direito ambiental Econômico**. São Paulo. Max Limonad, 1997. p. 236

¹⁶ BITTENCOURT, Marcus Vinícius Corrêa. **Modalidades de Intervenção do Estado na Ordem Econômica**. Disponível na internet <www.marcusbittencourt.com.br>. Acesso em 06 de setembro de 2010.

¹⁷ GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 53

[...] conjunto de normas que define, institucionalmente, um determinado modo de produção econômico. Assim a ordem econômica (mundo do dever ser), não é senão o conjunto de normas que institucionaliza uma determinada ordem econômica (mundo do ser).

Retira-se do ensinamento, que “a ordem econômica constitucional é o conjunto de normas ou instituições jurídicas que realizam uma determinada ordem econômica no sentido concreto, regulando limites de atuação do Estado e da iniciativa privada”¹⁸, assegurando a todos existência digna conforme os ditames da justiça social¹⁹.

3.2 FUNDAMENTOS DA ORDEM ECONÔMICA

No artigo 170, da Carta Magna, observa-se que a ordem econômica está fundamentada mormente na valorização do trabalho humano e na iniciativa privada.

O referido dispositivo na interpretação de SILVA José Afonso²⁰:

“(...) em primeiro lugar quer dizer que precisamente que a Constituição consagra uma economia de mercado capitalista, pois a iniciativa privada é um princípio básico da ordem capitalista. Em segundo lugar significa que, embora capitalista, a ordem econômica dá prioridade aos valores do trabalho humano sobre todos os demais valores da economia de mercado”.

Segundo BITTENCOURT²¹,

¹⁸ COELHO, Yuri Carneiro. **Disciplina jurídico-constitucional da iniciativa privada**. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 44, 1 ago. 2000. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/189>>. Acesso em: 6 de setembro de 2010.

¹⁹ “Eliminar as desigualdades individuais e coletivas e promover a realização de fins constitucionalmente protegidos”. (JUSTEN FILHO, Marçal. **O estatuto da microempresa e as licitações públicas**. São Paulo: Dialética, 2007, p. 28).

²⁰ SILVA, Jose Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 14º ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 754.

Basicamente, as formas e limites de intervenção do Estado no domínio econômico estão definidos na Constituição Federal. Conforme determina o artigo 173, só pode o Estado diretamente explorar atividade econômica quando necessário aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, definidos em lei. Ainda o artigo 174 prevê a atuação do Estado como agente normativo e regulador da ordem econômica, na forma da lei, mediante o exercício de funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. Ressalte-se assim, o caráter excepcional e suplementar da atuação do Poder Público nessa seara, limitada pelos princípios estabelecidos no artigo 170 da Constituição Federal.

GASPARINI, Diógenes²² entende que a intervenção do Estado no domínio econômico pode ser conceituada como:

“todo ato ou medida legal que restringe, condiciona ou suprime a iniciativa privada em dada área econômica, em benefício do desenvolvimento nacional e da justiça social, assegurados os direitos e garantias individuais”.

3.3 FINALIDADE DA ORDEM ECONÔMICA

Basicamente, a ordem econômica, conforme o texto Constitucional, tem por fim assegurar a todos, existência digna conforme os ditames da justiça social, observados os princípios constitucionais da ordem econômica, e assim prevê o art. 170 da Constituição Federal de 1988²³.

Porém, no entendimento de SILVA²⁴, “a declaração de que a ordem econômica tem por fim assegurar a todos, existência digna, só por si, não tem significado substancial, já que a análise dos princípios que informam essa mesma

²¹ BITTENCOURT, Marcus Vinícius Corrêa. **Modalidades de Intervenção do Estado na Ordem Econômica**. Disponível na internet <www.marcusbittencourt.com.br>. Acesso em 06 de setembro de 2010.

²² GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo. 6ª Ed., São Paulo: 2001, p. 614.

²³ Idem, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, art. 170

²⁴ SILVA, Jose Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 14º ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 754.

ordem não garante a efetividade daquele fim”, sendo, portanto, necessária a implantação de fato, de medidas estatais que assegurem uma justiça social.

3.4 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ORDEM ECONÔMICA

A ordem constitucional brasileira, em seu artigo 170, enuncia os princípios regentes da ordem econômica.

Nas palavras de BITTENCOURT²⁵:

(...) esses princípios apontam a direção dada à ordem econômica, mas sempre analisados de acordo com o sistema constitucional, que tem como norte a função social.

A atuação do Estado na área econômica apenas se apresenta legítima para proteger esses princípios estabelecidos constitucionalmente.

Dentre os princípios previstos, os relevantes ao tema do presente trabalho são: I – soberania nacional; II – propriedade privada; III – função social da propriedade; IV – livre concorrência; 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.

3.4.1 Soberania nacional

²⁵ BITTENCOURT, Marcus Vinícius Corrêa. **Modalidades de Intervenção do Estado na Ordem Econômica**. Disponível na internet <www.marcusbittencourt.com.br>. Acesso em 06 de setembro de 2010.

O Constituinte, de 1988, ao inserir a soberania nacional como princípio da ordem econômica, inovou no entendimento de SILVA²⁶:

“(...) a partir da Constituição de 1988, a ordem econômica brasileira, ainda de natureza periférica, terá de empreender a ruptura de sua dependência em relação aos centros desenvolvidos. Vale dizer, o constituinte de 1988 não rompeu com o sistema capitalista, mas quis que se formasse um capitalismo nacional autônomo, isto é, não dependente. Com isso a Constituição criou as condições jurídicas fundamentais para a adoção do desenvolvimento auto centrado.

A soberania nacional mencionada no inciso I do artigo 170 da Constituição Federal diz respeito ao poder, cujo titular é o Estado, de prevalecer a sua vontade e comandar a ordem econômica, por meio de instrumentos: lei, ato administrativo e sentença, naquilo que for essencial.

3.4.2 Função social da propriedade

A função social da propriedade foi inserida a partir das Constituições de 1946, e em 1967 foi expressamente mencionado como princípio²⁷.

Hoje está instituída na atual Constituição Brasileira, no seu artigo 170, inciso III, e apresentada como direito fundamental no artigo 5º, inciso XXIII, dispondo que “a propriedade atenderá a sua função social”²⁸:

²⁶ SILVA, Jose Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 14º ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 758.

²⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 23ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010, p. 127.

²⁸ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, artigo 5º - “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
XXIII – a propriedade atenderá a sua função social”

Maria Sylvia Zanella Di Pietro explica o objetivo da função social da propriedade urbana e rural, senão vejamos:

“A constituição delimitou, portanto, do princípio da função social da propriedade: na área urbana, significa adequação do plano diretor do Município; especialmente, visa obrigar o proprietário do terreno não constituído a nele edificar ou proceder ao seu parcelamento. Na zona rural assente na doutrina jurídico-agrária, de correta utilização econômica da terra e sua justa distribuição de modo a atender o bem estar social mediante aumento da produtividade”²⁹.

O constitucionalista José Afonso da Silva esclarece que a função social da propriedade “manifesta-se seja como condição de exercício das faculdades atribuídas, seja como obrigação de executar determinadas faculdades de acordo com as modalidades preestabelecidas”³⁰.

Entende Mario Alves Pinheiro³¹ que o princípio da função social da propriedade é uma limitação do princípio da propriedade privada, de modo a legitimar a intervenção estatal na propriedade privada que não cumpre sua função social. No prisma da ordem econômica, “esse princípio reza que a propriedade deve cumprir sua função econômica, ou seja, deve ser usada para gerar riquezas, garantir o trabalho, sustentar o Estado através de tributos justos e promover o desenvolvimento econômico”.

3.4.3 Livre concorrência

²⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 23ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010, p. 130

³⁰ José Afonso da Silva (2003:283) apud DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 23ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010, p. 127

³¹ PINHEIRO Marcio Alves. O Direito empresarial e seus princípios constitucionais. **Portal Jurídico Investidura**, Florianópolis – Santa Catarina, 2009. Disponível na internet <<http://www.investidura.com.br>> Acesso em 06 de setembro de 2010.

A livre concorrência está configurada no artigo 170, IV, como um dos princípios da ordem econômica.

É manifestação da liberdade de iniciativa e, paralelamente, a “repressão do abuso do domínio do mercado pelo poder econômico que vise à dominação dos mercados”. Cabe, portanto, ao Estado coibir este abuso como por exemplo por intermédio do tratamento diferenciado as micro e pequenas empresas nos procedimentos licitatório, conforme prevê a LEI COMPLEMENTAR 123/06 e a CF, art. 173 §4º.

A finalidade é comportar a livre concorrência na atividade econômica, permitindo ao Estado intervir somente quando necessário.

Na visão de Mario Alves Pinheiro³²

sob o aspecto negativo deste princípio, o Estado não pode proibir ou discriminar injustamente uma atividade econômica por si só, sem fundamentos justos; sob o aspecto positivo deste princípio, o Estado deve promover incentivos (sobretudo fiscais) aos atores financeiros que estejam cumprindo requisitos legais, atuando em áreas de manutenção da sobrevivência humana e encorajando outros atores financeiros à atuação pelos ditames legais.

3.4.4 Redução das desigualdades regionais e sociais

A redução das desigualdades, além de ser um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (artigo 3, inciso III), constitui um dos princípios regentes da ordem econômica.

Conforme expõe Mario Alves Pinheiro³³,

³² PINHEIRO Marcio Alves. O Direito empresarial e seus princípios constitucionais. **Portal Jurídico Investidura**, Florianópolis – Santa Catarina, 2009. Disponível na internet <http://www.investidura.com.br> Acesso em 06 de setembro de 2010.

a Constituição estende aos atores econômicos um dos objetivos do Estado, que é reduzir desigualdades sociais e regionais. Os agentes financeiros devem, por meio de suas atividades, devem ir de encontro às desigualdades para tentar minimizá-las, sobretudo quando o Estado já tenha dirigido e orientado aos agentes os atos a serem realizados por eles. Deve a lei dizer ostensivamente os locais e áreas sociais a serem preenchidos pelos agentes com a produção e circulação de seus bens e serviços.

Marçal Justen Filho³⁴ explica que para eliminar as desigualdades é necessário um tratamento diferenciado aos desiguais adotando política que “assegurem benefícios e vantagens para os sujeitos e regiões em condições de hipossuficiência”.

3.4.5 Busca do pleno emprego

Nas palavras de Marcio Alves Pinheiro³⁵,

esse princípio versa sobre o aproveitamento máximo do capital, da mão de obra da tecnologia e dos insumos da produção e circulação de bens e serviços. Isso implica no não desperdício de insumos; na busca de novas tecnologias para a realização da atividade; no emprego do capital de forma diligente; e na capacitação de recursos humanos atuais e futuros, com o devido aproveitamento por parte dos atores econômicos, que traz à baila a íntima relação entre o valor social do trabalho e o valor da livre iniciativa na atividade econômica.

Ao ampliarmos os atores econômicos, ou seja, descentralizando o poder, haverá uma maior e melhor distribuição de rendimentos que acabará por aperfeiçoar os fatores produtivos, gerando maior riqueza e oferta de emprego aperfeiçoando o desenvolvimento econômico e social.

³³ PINHEIRO Marcio Alves. O Direito empresarial e seus princípios constitucionais. **Portal Jurídico Investidura**, Florianópolis – Santa Catarina, 2009. Disponível na internet <http://www.investidura.com.br> Acesso em 06 de setembro de 2010.

³⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **O estatuto da microempresa e as licitações públicas**. São Paulo: Dialética, 2007. p. 111

³⁵ PINHEIRO Marcio Alves. O Direito empresarial e seus princípios constitucionais. **Portal Jurídico Investidura**, Florianópolis – Santa Catarina, 2009. Disponível na internet <http://www.investidura.com.br> Acesso em 06 de setembro de 2010.

3.4.6 Tratamento diferenciado para as empresas de pequeno porte

O inciso IX, do artigo 170 da Carta Magna proveio da Emenda Constitucional nº. 6, a qual prevê *“tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País”*.

Mister salientar que a mesma emenda constitucional, revogou o art. 171 da CF, artigo este responsável por conceituar o termo *empresa brasileira*, ficando assim, inócuo a parte final do inciso IX do art. 170 (*constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País*).

Este tratamento diferenciado tem como alicerce alguns dos princípios da ordem econômica, tais como, a soberania nacional (ou seja, que o Estado, por intermédio de seus instrumentos, ampare os economicamente hipossuficientes), a livre concorrência (a repressão do Estado em relação ao abuso de domínio econômico de empresas hipersuficientes), a redução das desigualdades regionais e sociais (a promoção de forma ativa de política pública por parte do Estado na tentativa de promover igualdade entre o hipossuficientes e os hipersuficientes).

3.4.7 Liberdade de exercício de atividade econômica

No parágrafo único do artigo 170, da Constituição Federal ficou assegurado o livre exercício da atividade econômica, ou seja, realizar atividade econômica sem necessidade de autorização estatal.

Porém segundo Mario Alves Pinheiro³⁶, essa liberdade não pode ser irrestrita, cabe as lei infraconstitucionais especificar quais atividades necessitam de autorização legal, pois somente ela pode realizar esse controle, por se tratar de matéria de deliberação de órgão representativo dos cidadãos do país, ou seja, “meio ideal de controlar o exercício de direitos constitucionais. Assim, tem-se a regra geral da liberdade, como a limitação legal devidamente posta no mundo jurídico para realizar a soberania estatal de controle e comando da atividade econômica”.

BITTENCOURT³⁷ entende que:

A importância de compreender a ordem econômica reside nas várias atuações do Poder Público neste campo que afetam as Leis do mercado e os direitos individuais. Como sua atividade é excepcional, as normas devem ser interpretadas restritivamente, conforme determinam os preceitos de hermenêutica. O ordenamento jurídico, como visto, prevê uma atividade vinculada na aplicação de atos de intervenção pelo Estado e sempre condicionada pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

³⁶ PINHEIRO Marcio Alves. O Direito empresarial e seus princípios constitucionais. **Portal Jurídico Investidura**, Florianópolis – Santa Catarina, 2009. Disponível na internet <http://www.investidura.com.br> Acesso em 06 de setembro de 2010.

³⁷ BITTENCOURT, Marcus Vinícius Corrêa. **Modalidades de Intervenção do Estado na Ordem Econômica**. Disponível na internet <www.marcusbittencourt.com.br>. Acesso em 06 de setembro de 2010.

4 TRATAMENTO ESPECIAL DAS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE NOS PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS

Para dar efetividade aos art. 170, IX, e 179 da Constituição Federal, que estabelece, dentre os princípios gerais da atividade econômica, o *tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte e microempresas*, aos 14 de dezembro de 2006 foi publicada e entrou em vigor a Lei Complementar nº 123 (Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte), estabelecendo, de fato, o tratamento diferenciado nas licitações para as microempresas e as empresas de pequeno porte, a serem dispensados pelos entes políticos, União, Estados, Distrito Federal e Municípios, *visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas*.

Este incentivo tem a finalidade de fomentar a atividade das micro e pequenas empresas além de promover a inovação tecnológica, o desenvolvimento econômico e social.

4.1 LEI COMPLEMENTAR 123/04 - MATÉRIA DE LEI ORDINÁRIA EM LEI COMPLEMENTAR

A polêmica surge em relação à matéria de licitação receber tratamento pela Lei Complementar 123/04, mudando regras pertinentes a licitação, o que, na verdade, é de competência de Lei Ordinária, conforme art. 22, XXVII, CF/88.

Jair Eduardo Santana e Edgar Guimarães³⁸, para maior clareza do assunto, esclarecem no livro sob o título *Licitações e o novo estatuto da pequena e microempresa*:

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

Em relação ao tema, complementa Marçal Justen Filho³⁹:

“A única característica reside em que às regras contidas numa Lei Complementar, quanto às quais a Constituição não previu a adoção dessa solução, terão validade, vigência e eficácia de lei comum (...). Isso significa que as normas sobre licitação contidas na LC nº 123 apresentam natureza de lei ordinária e sua prevalência em face das regras da Lei 8666 derivaria do princípio da posteridade (‘a lei posterior revoga a anterior’), não em vista do princípio da superioridade (‘a lei superior prevalece sobre a lei inferior’) nem do da especialidade (‘a Lei Complementar prevalece sobre a lei ordinária, em matéria a ela reservada constitucionalmente’).”

Podemos verificar conforme entendimentos dos autores mencionados, que as matérias de licitações tratadas pela Lei Complementar⁴⁰, poderão ser alteradas por lei ordinária⁴¹. Vez que, a constituição não previu a adoção da matéria de licitações serem tratadas por Lei Complementar.

³⁸ GUIMARÃES, Edgar e Jair Eduardo Santana. **Licitações e o novo estatuto da pequena e microempresa/reflexos práticos da LC 123/06**. Belo Horizonte: Fórum 2007, p. 25.

³⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **O estatuto da microempresa e as licitações públicas**. São Paulo: Dialética, 2007. p 17 e 19.

⁴⁰ Lei Complementar - “destinam-se a desenvolver princípios básicos enunciados na Constituição e designa certas leis, previstas para a disciplina de determinadas matérias, especificadas na Constituição, que reclama quorum especial para sua aprovação”. (AMARO, Luciano da Silva. *Direito tributário brasileiro*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 163). Explica Cassone que as leis complementares devem ser aprovadas por maioria absoluta (metade mais um dos membros da casa) (CASSONE, Vittorio. **Direito tributário: fundamentos constitucionais da tributação, classificação dos tributos, interpretação da legislação tributária, doutrina, prática e jurisprudência**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004 p. 51).

⁴¹ Leis ordinárias – responsáveis pela criação do tributo (sujeito ativo, passivo, critério quantitativo etc.) e disciplina as obrigações acessórias. “A provação da lei ordinária é por maioria simples (maioria dos presentes, desde que no plenário, esteja presente para votar pelo menos a metade da composição da casa)” (CASSONE, Vittorio. **Direito tributário: fundamentos constitucionais da tributação, classificação dos tributos, interpretação da legislação tributária, doutrina, prática e jurisprudência**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004 p. 51).

Porém, em posição diversa, pode-se mencionar Jessé Torres Pereira Junior⁴²:

“Mas teve que ser Lei Complementar porque há a matéria tributária, e a matéria tributária só poderia ser veiculada através de Lei Complementar. Então, aí esta a primeira resposta, o porquê da ‘Lei Complementar’.

E esta resposta é importante porque as pessoas ficam imaginando que se houvesse uma hierarquia entre a Lei Complementar e as outras leis. E houvesse então esta lei teria derogado a Lei nº 8666, a lei nº 10.520, todas as outras leis que disponham sobre licitações e contratos nesta matéria.

Não há hierarquia, esta questão já foi enfrentada e está pacificada tanto na doutrina como na jurisprudência, inclusive o Supremo Tribunal Federal.

A Lei Complementar se distingue das leis ordinárias apenas em função do seu objeto. É um objeto que dá complemento à política pública constitucionalmente traçada, este é o papel da Lei Complementar. É estabelecer os desdobramentos de políticas públicas definidas na constituição. Daí complementar. Complementar as políticas públicas.

A Constituição define a política. No caso, qual é a política? Tratamento diferenciado às pequenas empresas. Essa é a política. Mas é necessário decompor essa política através de normas gerais, aí que vem a legislação; e como essas normas gerais são de cunho tributário só pode ser Lei Complementar. Mas, esta não é “mais” do que a lei ordinária, não está acima dela do ponto de vista da hierarquia, da pirâmide das leis. Está na mesma posição de hierarquia das leis ordinárias. Em face disso, nós temos, agora, que conciliar as normas que vieram no bojo da Lei Complementar nº 123, com aquelas que já existiam nas outras leis sobre licitações e contratações. Com cuidado apenas fazer uso do princípio da especialização. Não se trata então de imaginar porque a Lei Complementar veio depois, derroga a anterior. Não se trata de imaginar porque a lei é complementar que ela é superior às demais.

Não, trata-se de verificar que a Lei Complementar por ter um objeto especial, diferenciado, nesse objeto e só nesse objeto, ela prevalece em relação às normas de outras leis que tratem também de licitações e contratos. Só por isso.

“Então, quando se tratar de licitação e contratação de pequena empresa, temos que fazer um enxerto dentro do sistema, dessas normas trazidas pela Lei Complementar nº 123, e com elas harmonizar as normas da legislação já vigente”.

Todavia, pode-se concluir que o diploma utilizado é heterogêneo, ou seja, ele utilizou da Lei Complementar para dispor sobre assunto, também, de natureza ordinária. Assim, a adoção daquele processo legislativo não torna as normas de natureza ordinária em complementar, bem como, não invalida o diploma, pois a distinção essencial entre a Lei Complementar e a lei ordinária é o *quorum* de

⁴² PEREIRA JR, Jessé Torres. Palestra Proferida no Evento “Seminário de Agentes Públicos para Processamento eficaz das Licitações”, realizado pela JML Eventos, nos dias 16, 17 e 18 de abril de 2007, em Curitiba.

aprovação, sendo que, os requisitos para a edição da Lei Complementar são mais severos do que os da lei ordinária⁴³.

4.2 CONCEITO DE LICITAÇÃO E SEU PROCEDIMENTO

Celso Antônio Bandeira de Mello⁴⁴ esclarece que a licitação é uma competição promovida pelas entidades governamentais com o fim de escolher a proposta mais vantajosa ofertada pelos interessados, aclara que será selecionado aquele que estiver preenchido os atributos necessários (fase de habilitação) e apresente a melhor proposta, ou seja, a mais conveniente para a administração pública (fase de habilitação) e explana:

Ao contrário dos particulares, que dispõem de ampla liberdade quando pretendem adquirir, alienar, trocar bens contratar a execução de obras ou serviços, o Poder Público, para fazê-lo, necessita adotar um procedimento preliminar rigorosamente determinado e preestabelecido na conformidade da lei. Tal procedimento denomina-se licitação.

José Roberto Dromi⁴⁵ define licitação como “procedimento administrativo, pelo qual, um ente público, no exercício da função administrativa, abre a todos os interessados, que se sujeitem as condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração de contrato”.

⁴³ JUSTEN FILHO, Marçal. **O estatuto da microempresa e as licitações públicas**. São Paulo: Dialética, 2007. p 17.

⁴⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 524 e 525.

⁴⁵ DROMI, José Roberto. **La licitación pública**. Buenos Aires: Astrea, 1975, p. 92 *apud* DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010, p. 350.

Explica Hely Lopes Meirelles⁴⁶ que a licitação “é um antecedente necessário do contrato administrativo, o contrato é um conseqüente lógico da licitação. Mas esta, observa-se, é apenas um procedimento administrativo preparatório do futuro ajuste, de modo que não confere ao vencedor nenhum direito ao *contrato*, apenas uma *expectativa de direito*”.

Em síntese a licitação é um procedimento administrativo destinado à seleção da melhor proposta e de menor valor dentre as apresentadas, ou seja, é um método de um particular contratar com a Administração Pública com o fim de atender os interesses públicos.

Segundo Hely⁴⁷, o procedimento licitatório,

inicia-se na repartição interessada com a abertura de processo em que a autoridade competente determina a sua realização, define o seu objeto e indica os recursos hábeis para a despesa. Essa é a fase interna da licitação, à qual se segue na fase externa, que se desenvolve através dos seguintes atos, nesta seqüência: audiência pública; edital ou convite de convocação dos interessados; recebimento da documentação e proposta; habilitação dos licitantes; julgamento das propostas; adjudicação e homologação.

De acordo com Justen Filho⁴⁸,

os procedimentos nas licitações tradicionais, a fase de habilitação antecede o julgamento das propostas. Somente são abertos os envelopes de propostas dos licitantes que obtiveram a sua habilitação. As propostas são examinadas, sendo desclassificadas ou 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 de licitação, sendo adjudicado o seu objeto ao vencedor. Em seguida, haverá a convocação do licitante vencedor para a assinatura do contrato. Essa exposição traduz a sistemática procedimental tanto das licitações de menor preço, quanto das de melhor técnica e de técnica e preço. Quanto a essas últimas, a única diferença reside em que haverá duas etapas de julgamentos de propostas (uma versando sobre as propostas técnicas e a outra sobre as propostas comerciais).

⁴⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 13ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 280.

⁴⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 13ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 299.

⁴⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 13ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 69.

4.3 CONCEITO DE MICRO E PEQUENA EMPRESA

As microempresas e pequenas empresas em princípio têm a qualificação constante do próprio nome empresarial, conforme prevê o art. 72 da LEI COMPLEMENTAR 123/06.

Todavia, é necessário preencher o requisito, de participação do sistema Simples⁴⁹, isto, como controle geral de enquadramento⁵⁰. No entanto, não podem recolher os impostos e contribuições do Simples Nacional as microempresas e as empresas de pequeno porte que venham a se enquadrar em qualquer dos incisos do art. 17 do mesmo *codex*⁵¹, logo, também, não poderão participar do benefício nas licitações⁵².

⁴⁹ Sistema Integrado de pagamento de impostos e contribuições das microempresas e empresas de pequeno porte

⁵⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **O estatuto da microempresa e as licitações públicas**. São Paulo: Dialética, 2007. p 53.

⁵¹ Não poderão recolher os impostos e contribuições na forma do Simples Nacional a microempresa ou a empresa de pequeno porte: I - que explore atividade de prestação cumulativa e contínua de serviços de assessoria creditícia, gestão de crédito, seleção e riscos, administração de contas a pagar e a receber, gerenciamento de ativos (asset management), compras de direitos creditórios resultantes de vendas mercantis a prazo ou de prestação de serviços (factoring); II - que tenha sócio domiciliado no exterior; III - de cujo capital participe entidade da administração pública, direta ou indireta, federal, estadual ou municipal; IV - (REVOGADO); V - que possua débito com o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, ou com as Fazendas Públicas Federal, Estadual ou Municipal, cuja exigibilidade não esteja suspensa; VI - que preste serviço de transporte intermunicipal e interestadual de passageiros; VII - que seja geradora, transmissora, distribuidora ou comercializadora de energia elétrica; VIII - que exerça atividade de importação ou fabricação de automóveis e motocicletas; IX - que exerça atividade de importação de combustíveis; X - que exerça atividade de produção ou venda no atacado de: a) cigarros, cigarrilhas, charutos, filtros para cigarros, armas de fogo, munições e pólvoras, explosivos e detonantes; b) bebidas a seguir descritas: 1 - alcoólicas; 2 - refrigerantes, inclusive águas saborizadas gaseificadas; 3 - preparações compostas, não alcoólicas (extratos concentrados ou sabores concentrados), para elaboração de bebida refrigerante, com capacidade de diluição de até 10 (dez) partes da bebida para cada parte do concentrado; 4 - cervejas sem álcool; XI - que tenha por finalidade a prestação de serviços decorrentes do exercício de atividade intelectual, de natureza técnica, científica, desportiva, artística ou cultural, que constitua profissão regulamentada ou não, bem como a que preste serviços de instrutor, de corretor, de despachante ou de qualquer tipo de intermediação de negócios; XII - que realize cessão ou locação de mão-de-obra; XIII - que realize atividade de consultoria; XIV - que se dedique ao loteamento e à incorporação de imóveis. XV - que realize atividade de locação de imóveis próprios, exceto quando se referir a prestação de serviços tributados pelo ISS. (BRASIL. Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. Disponível na internet <<http://www.receita.fazenda.gov.br>>. Acesso em: 14/09/2010)

⁵² SANTOS, Elisabete Teixeira Vido dos. *Prática Empresarial*. Coleção Prática Forense, v. 5. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 34

Para o controle específico consideram-se, de fato, microempresas ou a ela equiparada, a pessoa que aufera, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais), e empresas de pequeno porte ou a ela equiparada, a pessoa que aufera, 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) e desde que não se enquadre em nenhuma das restrições legais previstas no art. 3º, §4º da LEI COMPLEMENTAR 123/06⁵³, (alterada pela LEI COMPLEMENTAR 128/2008)⁵⁴.

Maria Sylvia Zanella DiPietro⁵⁵ acrescenta que “o mesmo benefício previsto na Lei Complementar nº 123/06 foi estendido às sociedades corporativas que tenham auferido no ano-calendário anterior, receita bruta até o limite definido no inciso II do *caput* do art. 3º da referida lei, nela inclusos os atos cooperados e não cooperados”.

⁵³ Não poderá se beneficiar do tratamento jurídico diferenciado previsto nesta Lei Complementar, incluído o regime de que trata o art. 12 desta Lei Complementar, para nenhum efeito legal, a pessoa jurídica: I - de cujo capital participe outra pessoa jurídica; II - que seja filial, sucursal, agência ou representação, no País, de pessoa jurídica com sede no exterior; III - de cujo capital participe pessoa física que seja inscrita como empresário ou seja sócia de outra empresa que receba tratamento jurídico diferenciado nos termos desta Lei Complementar, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do *caput* deste artigo; IV - cujo titular ou sócio participe com mais de 10% (dez por cento) do capital de outra empresa não beneficiada por esta Lei Complementar, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do *caput* deste artigo; V - cujo sócio ou titular seja administrador ou equiparado de outra pessoa jurídica com fins lucrativos, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do *caput* deste artigo; VI - constituída sob a forma de cooperativas, salvo as de consumo; VII - que participe do capital de outra pessoa jurídica; VIII - que exerça atividade de banco comercial, de investimentos e de desenvolvimento, de caixa econômica, de sociedade de crédito, financiamento e investimento ou de crédito imobiliário, de corretora ou de distribuidora de títulos, valores mobiliários e câmbio, de empresa de arrendamento mercantil, de seguros privados e de capitalização ou de previdência complementar; IX - resultante ou remanescente de cisão ou qualquer outra forma de desmembramento de pessoa jurídica que tenha ocorrido em um dos 5 (cinco) anos-calendário anteriores; X - constituída sob a forma de sociedade por ações. (BRASIL. Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. Disponível na internet <<http://www.receita.fazenda.gov.br>>. Acesso em: 14/09/2010)

⁵⁴ SANTOS, Elisabete Teixeira Vido dos. **Prática Empresarial**. Coleção Prática Forense, v. 5. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 33

⁵⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010. p. 356

Assim, somente poderão fazer *jus* ao benefício da LEI COMPLEMENTAR 123/06 os licitantes que preencherem os requisitos acima e desde que no momento próprio. E assim tem decidido o Tribunal de Justiça do Paraná, senão vejamos:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. NÃO COMPROVAÇÃO DA CONDIÇÃO DE MICROEMPRESA OU EMPRESA DE PEQUENO PORTE. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO DE USUFRUIR DOS BENEFÍCIOS DA LC Nº 123/06. Não havendo prova do cumprimento, no momento próprio, dos requisitos exigidos no Edital de Licitação para usufruir dos benefícios da Lei Complementar nº 123/06, que trata da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, inexistente ilegalidade na desclassificação do certame, tendo a Administração Pública observado o princípio da vinculação ao instrumento convocatório. 2) AGRAVO DE INSTRUMENTO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (TJPR - 5ª C.Cível - AI 0583103-2 - Foro Central da Região Metropolitana de Curitiba - Rel.: Des. Leonel Cunha - Unânime - J. 21.07.2009)

APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO PÚBLICA NACIONAL. EMPRESA QUE APRESENTA NOVA PROPOSTA APÓS DIVULGAÇÃO DO RESULTADO. CERTIDÃO QUE DEMONSTRA NÃO SER MICROEMPRESA OU EMPRESA DE PEQUENO PORTE. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ NÃO CONFIGURADA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (TJPR - 4ª C.Cível - AC 0610410-1 - Toledo - Rel.: Juiz Subst. 2º G. Fabio Andre Santos Muniz - Unânime - J. 09.02.2010)

4.3.1 Previsão de mudanças quanto ao sistema do Simples Nacional

Nesta terça feira, aos 14 de setembro de 2010, conforme o Portal Jus Brasil Notícias⁵⁶, há previsão de mudanças quanto ao sistema Simples, para tanto, o Congresso discute a possível ampliação do Simples Nacional para todas as empresas independente do setor em que se enquadram, e cogita no aumento do limite de faturamento para o regime simplificado de tributação, conforme veremos:

Tramita na Câmara dos Deputados proposta que visa alterar os parâmetros do Simples Nacional, que poderá beneficiar diversas micro e pequenas

⁵⁶ JUS BRASIL. **Governo quer mudar Simples e punir maiores devedores**. Extraído de: Conselho Regional de Contabilidade de Sergipe. Fonte: Diário do comércio e industria - DCI. Disponível na internet < <http://www.jusbrasil.com.br/noticias/2370883/governo-quer-mudar-simples-e-punir-maiores-devedores>> Acesso em 14/09/2010.

empresas dentro do território nacional, além de impedir a sonegação de impostos.

Entre as principais mudanças, destacam-se a inclusão de todas as atividades no sistema de tributação simplificada, aumento do valor limite de faturamento de R\$ 2,4 milhões para R\$ 3,6 milhões para empresas cadastradas no programa, além da proibição de cobrança do Imposto Sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS -, nas fronteiras.

O advogado tributarista Fábio Tadeu Ramos Fernandes, sócio do escritório Almeida Advogados afirma ainda que “a inclusão de todas as empresas, não importando setor ou atividade, acabaria com os atuais embates judiciais das empresas, de modo a privilegiar a igualdade e isonomia entre contribuintes. Além de trazer empresas para a formalidade, ela possibilita a redução da carga tributária, explica, ao acrescentar que ao reduzir o acúmulo de tributos, o empresário vai preferir estar em dia com o fisco, o que evita sonegação”.

Arruda Filho também apoia as alterações do sistema. “As mudanças sobre o limite de faturamento para aderir ao Simples, como a proposta prevê, para mim, é muito mais importante do que as demais, avalia”. Contudo, ele afirma que “um dos pontos negativos da proposta é que aumentará o número de casos em que em vez de contratar um funcionário com carteira assinada, o vínculo se dará por meio de contrato de prestação de serviços, ou seja, por pessoa jurídica”.

4.3.2 A importância das ME e EPP na economia brasileiras - dados, estatísticas e estudos sobre o pequeno negócio

A função da micro e pequena empresa no Brasil é fundamental. A enorme capacidade de gerar empregos faz deste seguimento um dos principais pilares da economia Brasileira.

Dilma Tavares⁵⁷ comenta que “o Anuário das micro e pequenas empresas registra, que de 2000 a 2008 aumentou de 4,1 milhões para 5,7 milhões o número de micro e pequenos negócios e de 8,6 milhões para 13,1 milhões o número de empregados com carteira assinada nesse segmento”.

⁵⁷ TAVARES, Dilma. **Sebrae disponibiliza dados, estatísticas e estudos sobre pequenos negócios**. Disponível na internet <<http://www.pr.agenciasebrae.com.br>>. Acesso em 14/09/2010.

Após um estudo, o Sebrae apontou que em 2008 já existiam 5.786.696 (Cinco milhões, setecentos e oitenta e seis mil e seiscentos e noventa e seis) MPE⁵⁸ brasileiras, sendo que, no ano de 2007, 1.973.773 (um milhão, novecentos e setenta e três mil e setecentos e setenta e três) MPE já empregavam. Confirmam também, que em 2009, 12.230 (doze mil, duzentos e trinta) MPE eram exportadoras, sendo que em 2009 foram exportados por MPE o valor de US\$1.894.000,00 (um bilhão, oitocentos e noventa e quatro milhões de dólares).⁵⁹

Porém, apesar das micro e pequenas empresas serem vitais para a economia do País, ainda encontram dificuldade de inserção no mercado brasileiro.

Como bem explica Fernanda Kellner de Oliveira Palermo⁶⁰, as MPE se distinguem de duas formas:

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.

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.

E aduz⁶¹:

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,

⁵⁸ Micro e pequenas empresas

⁵⁹ SEBRAE. Disponível na internet <<http://www.mpedata.com.br>>. Acesso em 14/09/2010.

⁶⁰ PALERMO, Fernanda Kellner de Oliveira. **As micro e pequenas empresas como propulsoras do desenvolvimento econômico e social. Contribuição para o incremento das atividades econômicas no âmbito do Mercosul.** Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 55, mar. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2735>>. Acesso em: 14 set. 2010.

⁶¹ PALERMO, Fernanda Kellner de Oliveira. **As micro e pequenas empresas como propulsoras do desenvolvimento econômico e social. Contribuição para o incremento das atividades econômicas no âmbito do Mercosul.** Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 55, mar. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2735>>. Acesso em: 14 set. 2010.

precisam estar aptas a um processo de centralização, por meio de estratégias integracionistas.

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.

E foi com o intuito de integrar as ME e EPP no âmbito econômico que a LEI COMPLEMENTAR 123 estabeleceu tratamento diferenciado a elas, beneficiando-as no processo licitatório, tentando assim, diminuir a desigualdade no momento de concorrer com as demais empresas.

4.4 OS BENEFÍCIOS CONCEDIDOS PELA LEI COMPLEMENTAR 123/06

Conforme, Jair Eduardo Santana e Edgar Guimarães⁶² atendendo o comando da Constituição Federal, a Lei Complementar 123/04 veio para estabelecer “normas gerais relativas ao tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”, ou seja, por todos os entes administrativos que promovem licitação.

Os benefícios são:

⁶² GUIMARÃES, Edgar e Jair Eduardo Santana. **Licitações e o novo estatuto da pequena e microempresa/reflexos práticos da LC 123/06**. Belo Horizonte: Fórum 2007, p. 24.

a) Regularização fiscal tardia

Prevista nos arts. 42⁶³ e 43⁶⁴ da referida LEI COMPLEMENTAR, a *regularização fiscal tardia* sob a ótica de Maria Sylvia Di Pietro⁶⁵ abrange a “exigência de comprovação de regularidade fiscal somente para efeitos de assinatura do contrato, com possibilidade de correção de irregularidades”.

Porém, Marçal Justen Filho⁶⁶ explica que ao analisar os arts. 42 e 43 conjuntamente, compreende-se que a vontade real do legislador foi submeter o licitante a, desde logo, apresentar toda documentação fiscal. Assim, o benefício reside na não exclusão do licitante durante a abertura ou julgado do certame caso haja algum erro na documentação apresentada, por outros viés, caso o licitante não apresente os documentos no momento da habilitação, ficará inabilitado, e a não correção da documentação no momento da assinatura do contrato o tornará impedido de assinar, ressalvado a concessão do “prazo de 02 (dois) dias úteis para o licitante promover a regularização dos defeitos, computando-se o prazo a partir do momento em que for ele, declarado vencedor”.

⁶³ Art. 42. “Nas licitações públicas, a comprovação de regularidade fiscal das microempresas e empresas de pequeno porte somente será exigida para efeito de assinatura do contrato”. (BRASIL. Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. Disponível na internet <<http://www.receita.fazenda.gov.br>>. Acesso em: 14/09/2010).

⁶⁴ Art. 43. “As microempresas e empresas de pequeno porte, por ocasião da participação em certames licitatórios, deverão apresentar toda a documentação exigida para efeito de comprovação de regularidade fiscal, mesmo que esta apresente alguma restrição. § 1o Havendo alguma restrição na comprovação da regularidade fiscal, será assegurado o prazo de 2 (dois) dias úteis, cujo termo inicial corresponderá ao momento em que o proponente for declarado o vencedor do certame, prorrogáveis por igual período, a critério da Administração Pública, para a regularização da documentação, pagamento ou parcelamento do débito, e emissão de eventuais certidões negativas ou positivas com efeito de certidão negativa. § 2o A não-regularização da documentação, no prazo previsto no § 1o deste artigo, implicará decadência do direito à contratação, sem prejuízo das sanções previstas no art. 81 da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, sendo facultado à Administração convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para a assinatura do contrato, ou revogar a licitação”. (BRASIL. Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. Disponível na internet <<http://www.receita.fazenda.gov.br>>. Acesso em: 14/09/2010).

⁶⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010, p. 356.

⁶⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **O estatuto da microempresa e as licitações públicas**. São Paulo: Dialética, 2007, p. 67 e 68.

E neste sentido discorreu Diogo Telles Akashi⁶⁷,

Dispõe o art. 42 que, nas licitações públicas, a comprovação de regularidade fiscal das microempresas e empresas de pequeno porte somente será exigida para efeito de assinatura do contrato.

A documentação relativa à regularidade fiscal, conforme a Lei nº 8.666/93, consistirá em prova da inscrição no cadastro de contribuintes e apresentação das famigeradas certidões negativas de regularidade para com a Fazenda Federal, inclusive INSS e FGTS, Estadual e Municipal.

Isso não significa que as licitantes micro e pequenas empresas estejam desobrigadas de apresentar as certidões fiscais no momento da habilitação. Na verdade, devem elas apresentar toda documentação exigida pelo edital, inclusive certidões fiscais positivas, isto é, aquelas que demonstrem a existência de débito.

O art. 43 do Estatuto é claro ao estabelecer que as microempresas e empresas de pequeno porte, por ocasião da participação em certames licitatórios, deverão apresentar toda a documentação exigida para efeito de comprovação de regularidade fiscal, mesmo que esta apresente alguma restrição.

O que o Estatuto determina é que, havendo restrições na documentação fiscal, isso não impedirá a licitante de participar do certame, mas sim de assinar o contrato com a Administração se o problema não for regularizado até este momento.

Mesmo assim, havendo alguma restrição na comprovação da regularidade fiscal, será assegurado o prazo de 2 (dois) dias úteis, cujo termo inicial corresponderá ao momento em que o proponente for declarado o vencedor do certame, prorrogáveis por igual período, a critério da Administração Pública, para a regularização da documentação, pagamento ou parcelamento do débito, e emissão de eventuais certidões negativas ou positivas com efeito de certidão negativa, conforme fica expresso no § 1º do art. 43 do Estatuto.

Somente com a não-regularização da documentação, no prazo previsto, é que ocorrerá a decadência do direito à contratação, sem prejuízo das sanções previstas no art. 81 da Lei nº 8.666/93, sendo facultado à Administração convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para a assinatura do contrato, ou revogar a licitação.

b) formulação de lance suplementar em casos de empate ficto

Explica Di Pietro⁶⁸ que no caso de empate, há uma preferência das ME e EPP em relação as demais, conforme prevê o art. 44 *caput*⁶⁹ da LEI COMPLEMENTAR 123. Todavia, primeiramente deve-se entender o que a lei compreendeu como empate e de que forma esta preferência se opera.

⁶⁷ AKASHI, Diogo Telles. **Repercussões do Estatuto das Micro e Pequenas Empresas nas licitações públicas**. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1458, 29 jun. 2007. Disponível na internet <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10085>>. Acesso em 15/09/2010.

⁶⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010, p. 356.

⁶⁹ Art. 44. “Nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte”. (BRASIL. Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. Disponível na internet <<http://www.receita.fazenda.gov.br>>. Acesso em: 14/09/2010).

Esclarece Diogo Telles Akashi⁷⁰, com base no art. 44 §1º que:

Por empate não se consideram apenas as propostas equivalentes ou iguais, mas sim 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, nas modalidades tradicionais, ou até 5% (cinco por cento) superior ao melhor preço, na modalidade pregão.

Ademais, deve-se levar em conta que “eventuais propostas intermediárias serão irrelevantes para este fim”, como bem exemplifica Marçal⁷¹:

Suponha-se licitação em que uma empresa comum apresenta proposta no valor de 100, existindo proposta de pequena empresa no valor de 110. A diferença entre elas é de 10, que corresponde a 10% do valor da melhor proposta.

Imagine-se outra situação em que a melhor proposta é de uma empresa normal, no mesmo valor de 100, Uma segunda empresa, também, não elegível para os benefícios da LC 123, apresenta valor de 110. Um terceiro competidor, qualificado como pequena empresa apresenta valor de 111. A diferença entre essa proposta e a melhor é de 11, superior a 10%. (...)

Neste último caso, não caberá alegar a imposição do benefício, pois a diferença da proposta da pequena empresa e da empresa comum com a melhor proposta, ultrapassou os 10%, sendo, neste caso irrelevante a comparação do valor ofertado com o da empresa intermediária.

Ocorrendo o *empate ficto*, como critério de desempate:

a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada poderá apresentar proposta de preço inferior àquela considerada vencedora do certame, situação em que será adjudicado em seu favor o objeto licitado. Se ocorrer a contratação, serão convocadas as remanescentes que também se enquadrem na hipótese do empate, na ordem classificatória, para o exercício do mesmo direito.

Já no caso de empate entre microempresas e empresas de pequeno porte, será realizado sorteio entre elas para que se identifique aquela que primeiro poderá apresentar melhor oferta.

Este critério de desempate somente se aplicará quando a melhor oferta inicial não tiver sido apresentada por microempresa ou empresa de pequeno porte⁷².

⁷⁰ AKASHI, Diogo Telles. **Repercussões do Estatuto das Micro e Pequenas Empresas nas licitações públicas**. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1458, 29 jun. 2007. Disponível na internet <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10085>>. Acesso em 15/09/2010.

⁷¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **O estatuto da microempresa e as licitações públicas**. São Paulo: Dialética, 2007, p. 93.

⁷² , Diogo Telles. **Repercussões do Estatuto das Micro e Pequenas Empresas nas licitações públicas**. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1458, 29 jun. 2007. Disponível na internet <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10085>>. Acesso em 15/09/2010.

Assim, a preferência não se opera no sentido de reputar a micro e pequena empresa vencedora do certame por simples caso de empate ficto mas sim, de assegurar a MPE melhor classificada alteração na proposta, reduzindo o seu montante, deste modo, a “Administração Pública não é autorizada a contratar com a pequena empresa quando a proposta por ela apresentada não for a mais vantajosa, dentre as diversas apresentadas no certame”⁷³.

c) Licitações diferenciadas

Determinam os arts 47 e 48 da Lei Complementar 123 que todos os entes políticos, ao realizar processo licitatório, poderão conceder tratamento diferenciado as microempresas e pequenas empresas. I) reservando licitações até o valor de 80.000 (oitenta mil reais) exclusivamente as MPE; II) exigindo das empresas comuns licitantes a subcontratação das MPE até 30% (trinta por cento) do total licitado; III) cota de 25% (vinte e cinco por cento) para contratação de MPE para aquisição de bens e serviços divisíveis⁷⁴.

A terceira hipótese visa a divisão do objeto de licitação, ou seja, de bens e serviços em um único processo licitatório reservando uma porcentagem de contratação com MPE, já a segunda hipótese prevê que uma empresa comum ao ganhar a licitação deverá subcontratar uma ME ou EPP.

Contudo, conforme Akashi⁷⁵ este tratamento:

⁷³ JUSTEN FILHO, Marçal. **O estatuto da microempresa e as licitações públicas**. São Paulo: Dialética, 2007, p. 94.

⁷⁴ BRASIL. Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. Disponível na internet <<http://www.receita.fazenda.gov.br>>. Acesso em: 14/09/2010.

⁷⁵ AKASHI, Diogo Telles. **Repercussões do Estatuto das Micro e Pequenas Empresas nas licitações públicas**. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1458, 29 jun. 2007. Disponível na internet <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10085>>. Acesso em 15/09/2010.

não se aplica quando os critérios de tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte não forem expressamente previstos no instrumento convocatório; não houver um mínimo de 3 (três) fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório; o tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte não for vantajoso para a administração pública ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado; ou a licitação for dispensável ou inexigível nos termos do 24 e 25 da Lei nº 8.666/93.

4.4.1 Eficácia da LEI COMPLEMENTAR 123/06 nas modalidades e tipos de licitações

“As regras da Lei Complementar aplicam-se às licitações para contratações de obras, serviços, compras, disciplinadas pela Lei nº 8.666 e 10.520, logo não incidem no âmbito de licitações para concessões e permissões de serviço público”, pois, é desta forma que prevê o art. 1º, inciso III⁷⁶ da LEI COMPLEMENTAR 123, ou seja, o “tratamento favorecido deverá ser aplicado nas contratações públicas de bens, serviços e obras, redação que exclui as contratações de delegação de serviço público”⁷⁷.

A Lei 8.666/93 prevê cinco modalidades de licitação, no art. 22: concorrência, tomada de preço, convite, concurso e leilão. A Lei nº 10.520/02 que converteu a Medida Provisória nº 2.026/00 prevê ainda a modalidade pregão.

⁷⁶ Art. 1º “Esta Lei Complementar estabelece normas gerais relativas ao tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, especialmente no que se refere: III - ao acesso a crédito e ao mercado, inclusive quanto à preferência nas aquisições de bens e serviços pelos Poderes Públicos, à tecnologia, ao associativismo e às regras de inclusão”. (BRASIL. Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. Disponível na internet <<http://www.receita.fazenda.gov.br>>. Acesso em: 14/09/2010)

⁷⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **O estatuto da microempresa e as licitações públicas**. São Paulo: Dialética, 2007, p. 22.

Conforme Marçal Justen Filho⁷⁸ aplicam-se as regras da LEI COMPLEMENTAR 123 nas modalidades: concorrência, tomada de preço, convite e pregão. E não se aplicam nos casos de leilão e concurso.

Já, os tipos de licitação são previstos no art. 45 §1º, são eles: a de menor preço, a de melhor técnica, a de técnica e preço e a de maior lance ou oferta.

Explica Marçal que é possível aplicar o benefício da *regularização fiscal tardia* em todos os tipos, afora, a licitação de maior lance. Nos casos de *empate ficto* é compatível apenas com as licitações de menor preço, vez que, o tratamento especial visa a preferência em questão pecuniária, portanto, a “sistemática legislativa é claramente incompatível com as características de melhor técnica e técnica e preço (...) por estarem relacionadas especialmente a qualidade técnica da proposta”⁷⁹.

4.4.2 A imposição de obediência da LEI COMPLEMENTAR 123 a todos os entes políticos

Os artigos 47⁸⁰ e 48⁸¹ da LEI COMPLEMENTAR 123 fazem menção que o regime das licitações deve ser “previsto e regulamentado na legislação do respectivo ente”.

⁷⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **O estatuto da microempresa e as licitações públicas**. São Paulo: Dialética, 2007, p. 22 e 23.

⁷⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **O estatuto da microempresa e as licitações públicas**. São Paulo: Dialética, 2007, p. 23.

⁸⁰ Art. 47. “Nas contratações públicas da União, dos Estados e dos Municípios, poderá ser concedido tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte objetivando a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica, desde que previsto e regulamentado na legislação do respectivo ente”. (BRASIL. Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. Disponível na internet <<http://www.receita.fazenda.gov.br>>. Acesso em: 14/09/2010).

Conforme Celso Antônio Bandeira de Mello⁸²:

A competência para legislar sobre licitação assiste às quatro ordens de pessoas jurídicas de capacidade política, isto é: União, Estados, Municípios e Distrito Federal. Entretanto compete a União editar “normas gerais” sobre o assunto, conforme prescreve o art. 22, XXVII da Constituição. Com efeito, o tema é estritamente de Direito Administrativo, dizendo, pois, com um campo de competência próprio das várias pessoas referidas, pelo quê cada qual legislará para si própria em sua esfera específica. *Sem embargo, todas devem acatamento às “normas gerais” legislativamente produzidas com alcance nacional, conforme “supra anotado”.*

Marçal Justen Filho⁸³ ensina que os benefícios da Lei Complementar e a fruição por parte das ME e EPP não está restrita a nenhuma decisão da Administração Pública. Ademais:

“trata-se de determinação legal imperativa, derivada do exercício pela União de sua competência legislativa privativa para editar normas gerais sobre licitação.

Portanto, não caberá negar a uma ME ou a uma EPP a possibilidade de beneficiar-se das regras previstas nos art. 42 a 45 da LEI COMPLEMENTAR nº 123, nem mesmo sob o argumento da ausência de regulamentação (...).

Ainda que não haja regulamentação e não obstante o silêncio do edital, os benefícios da LC deverão ser reconhecidos, deferidos e aplicados – sob pena de configuração de nulidade da decisão denegatória.”

E assim vem sendo decidido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, conforme relato do Desembargador Pires de Araujo:

“A Lei Complementar nº 123/06, que instituiu o Estatuto Nacional da MicroEmpresa e da Empresa de Pequeno Porte, prevê diversos benefícios e incentivos a elas - artigos 42 a 49 - sendo ela aplicada pela União,

⁸¹Art. 48. “Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública poderá realizar processo licitatório: I - destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nas contratações cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais); II - em que seja exigida dos licitantes a subcontratação de microempresa ou de empresa de pequeno porte, desde que o percentual máximo do objeto a ser subcontratado não exceda a 30% (trinta por cento) do total licitado; III - em que se estabeleça cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte, em certames para a aquisição de bens e serviços de natureza divisível. § 1º O valor licitado por meio do disposto neste artigo não poderá exceder a 25% (vinte e cinco por cento) do total licitado em cada ano civil. § 2º Na hipótese do inciso II do caput deste artigo, os empenhos e pagamentos do órgão ou entidade da administração pública poderão ser destinados diretamente às microempresas e empresas de pequeno porte subcontratadas”. (BRASIL. Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. Disponível na internet <<http://www.receita.fazenda.gov.br>>. Acesso em: 14/09/2010).

⁸² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 527

⁸³ JUSTEN FILHO, Marçal. **O estatuto da microempresa e as licitações públicas**. São Paulo: Dialética, 2007, p. 21.

Estados e Municípios.”. (TJSP - 11ª Câmara de Direito Público – AC nº 03048136 – APELAÇÃO CÍVEL Nº 990.10.110102-5 - Comarca de Jacupiranga – Rel.: Pires de Araújo – J. 21/06/2010).

Deste modo, a Lei Complementar 123 ao tratar matéria de licitação impôs norma geral (art. 22 XXVII da CF⁸⁴) a ser seguida por todos os entes, e é neste sentido que os arts. 47 e 48 devem ser interpretados, em outras palavras, deve-se interpretar que esses artigos, na verdade, outorgaram competência legislativa aos entes federativos para dispor sobre norma específica, o que não significa que a falta de legislação específica dos entes, retire das ME e EPP os benefícios concedidos em norma geral.⁸⁵

4.4.3 A não hipótese de afastamento do benefício

Ao interpretar o inciso I ⁸⁶, art. 49 da LEI COMPLEMENTAR 123 Meirelles⁸⁷ equivocou-se ao declarar que “esse tratamento diferenciado e simplificado deve

⁸⁴ Art. 22. “Compete privativamente à União legislar sobre: XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III” (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível na internet <www.planalto.gov.br>. Acesso em 15/09/2010).

⁸⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **O estatuto da microempresa e as licitações públicas**. São Paulo: Dialética, 2007, p. 107.

⁸⁶ Art. 49. “Não se aplica o disposto nos arts. 47 e 48 desta Lei Complementar quando: I - os critérios de tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte não forem expressamente previstos no instrumento convocatório” (BRASIL. Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. Disponível na internet <<http://www.receita.fazenda.gov.br>>. Acesso em: 14/09/2010).

⁸⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 13ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 285.

constar expressamente do instrumento convocatório vez que os incisos desse artigo prevêm as hipóteses de afastamento desse tratamento”⁸⁸

Na verdade, a lei LEI COMPLEMENTAR inseriu norma geral, englobando tratamento diferenciado, já previsto constitucionalmente (art. 170 e 179 CF) e, portanto, de caráter imperativo. A falta de previsão no instrumento convocatório pode, quando muito, acarretar na anulação do ato licitatório e não no afastamento do benefício, e assim ensina Marçal⁸⁹ ao mencionar que, o que poderá ocorrer é a invalidação da licitação se o ato convocatório não preencher tais requisitos e complementa:

Não se trata de um pressuposto de aplicação ou exclusão da licitação diferenciada, mas de um requisito de sua validade.
A exigência de previsão dos critérios de participação e julgamento do ato convocatório não configura uma limitação à adoção da licitação diferenciada.

Neste sentido, foi a decisão do Desembargador Ruy Fernando de Oliveira, senão vejamos:

“Verifica-se dos documentos constantes dos autos e, conforme confessado pela própria agravante, que não há previsão no edital de inauguração do procedimento licitatório de aplicação da Lei Complementar n. 123/2006. Assim, em uma análise de cognição sumária, a sua aplicação configura-se em ato ilegal e arbitrário, a justificar a concessão da medida liminar pretendida.

Ademais, trata-se de licitação para a realização de obras em edifício de propriedade da agravada e, assim, a continuidade do feito constitui-se no meio mais prejudicial a ambas as partes. É certo que a realização das obras é de extrema importância para a agravante, mas a sua realização por empresa que posteriormente pudesse vir a ser desclassificada parecia de fato medida extremamente prejudicial ao interesse público, razão pela qual a suspensão da licitação, em sede de liminar de mandado de segurança, era a solução que mais se adequava à realidade dos fatos”.

MANDADO DE SEGURANÇA - PROCEDIMENTO LICITATÓRIO - REALIZAÇÃO DE OBRAS - LEI COMPLEMENTAR N. 123/2006 - FALTA DE PREVISÃO NO EDITAL - SUSPENSÃO DA LICITAÇÃO ATÉ JULGAMENTO FINAL - DECISÃO MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO. (TJPR - 5ª C.Cível - AI 0470105-9 - Cascavel - Rel.: Des. Ruy Fernando de Oliveira - Unânime - J. 09.09.2008)

⁸⁸ Idem

⁸⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **O estatuto da microempresa e as licitações públicas**. São Paulo: Dialética, 2007. p. 126 e 127.

E a decisão proferida pelo desembargador Pires de Araujo:

“Com efeito, a LC 123/06 é aplicável em casos de licitação - logo, obrigatoriamente os Municípios devem obedecer os seus comandos, não havendo necessidade de sua inclusão no edital licitatório.

Dessa forma, a segurança foi corretamente concedida para a anulação da homologação da licitação, "com o fim de que seja propiciado o exercício do direito de oferecimento de nova proposta à impetrante" (fls. 191).

LICITAÇÃO - EMPRESA DE PEQUENO PORTE - LEI COMPLEMENTAR N.º 123/06 - INCIDÊNCIA DAS REGRAS CONTIDAS NO ART. 44, § 1º E INCISO I DO ART. 45 - HOMOLOGAÇÃO ANULADA PARA QUE A IMPETRANTE POSSA OFERECER NOVA PROPOSTA - RECURSOS IMPROVIDOS. (TJSP - 11ª Câmara de Direito Público – AC n.º 03048136 – APELAÇÃO CÍVEL N.º 990.10.110102-5 - Comarca de Jacupiranga – Rel.: Pires de Araújo – J. 21/06/2010).

5. PRINCÍPIO DA IGUALDADE

O princípio da igualdade, também, chamado de princípio da isonomia encontra-se, essencialmente, previsto no artigo 5º *caput* da Constituição Federal como regra geral de igualdade, sendo assim, disciplina que todos são iguais perante a lei, e que o legislador, e por conseqüência, a legislação não pode ser editada em desconformidade com a isonomia⁹⁰. Bem como, que todos devem ser tratados de forma igual quando iguais e de forma desigual quando desiguais, na proporção de suas desigualdades.

E como bem explica Celso Antônio Bandeira de Mello⁹¹ “a lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos”.

Hely Lopes Meirelles⁹² complementa:

A igualdade entre os licitantes é princípio impeditivo da discriminação impõe à Administração Pública tratar igualmente a todos que estejam na mesma situação fática e jurídica. Isso significa que os desiguais em termos genéricos e impessoais devem ser tratados desigualmente em relação àqueles que não se enquadram nessa distinção.

Anota-se que algumas disparidades são perceptíveis a olho visto, óbvias, outras encontram suas distinções por meio de normas, regimes diferenciados ou por pertencerem a categorias diversas. O tratamento diferenciado aos destoantes é indispensável para que o princípio da igualdade atue na sua plenitude, todavia, nem

⁹⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3ª edição, 18ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p.09.

⁹¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3ª edição, 18ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p.10.

⁹² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 13ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 94

toda desigualdade merece tratamento desigual, para que haja um tratamento desigual a distinção deverá ser correlata com os interesses prestigiados na norma.⁹³

O princípio geral da igualdade figura em patamar de identidade com os princípios da legalidade⁹⁴ e da supremacia do interesse público sobre o particular⁹⁵, esses apesar de não privativos do Direito Administrativo são essenciais para interpretação dos demais. E neste sentido esclarece Meirelles⁹⁶ :

A lei destaca os princípios mais específicos da licitação; mas, obviamente, como o próprio art. 3º revela os demais princípios constitucionais também são aplicáveis no estudo desse instituto.

Ainda assim, encontra-se como princípio específico da licitação a *igualdade entre os licitantes* o qual se opera no sentido de proibir a desigualdade entre os iguais ou a igualdade entre os desiguais nos procedimentos licitatórios⁹⁷

5.1 INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE SOBRE A LICITAÇÃO

Conforme Hely Lopes Meirelles⁹⁸:

⁹³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3ª edição, 18ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p.12-19.

⁹⁴ “O princípio da legalidade nas palavras de Sylvania “a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite e não pode por simples ato administrativo, conceder direitos de qualquer espécie, criar obrigações ou impor vedações aos administrados” (DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 23ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010. p. 64)

⁹⁵ “Esse princípio, também chamado de princípio da finalidade pública, está presente tanto no momento da elaboração da lei como no momento da sua execução em concreto pela administração pública. Ele inspira o legislador e vincula a autoridade administrativa em toda sua atuação” (...) “Assim, a autoridade não pode renunciar ao exercício das competências que lhe são outorgadas por lei; não pode deixar de punir quando constatada a prática de ilícito administrativo; não pode deixar de exercer o poder de polícia para manter o exercício de direitos individuais em consonância com o bem-estar coletivo; não pode deixar de exercer os poderes decorrentes há hierarquia; não pode fazer liberalidade com o dinheiro público. Cada vez que se omite no exercício de seus poderes, é o interesse público que está sendo prejudicado.” (DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 23ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010. p. 66)

⁹⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 13ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 282.

⁹⁷ *Ibidem* MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 13ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p.284

Segundo o art. 3º da Lei de Licitação, os princípios que regem a licitação, qualquer que seja sua modalidade, resumem-se nos seguintes preceitos: *procedimento formal, publicidade de seus atos; igualdade entre os licitantes; sigilo na apresentação das propostas; vinculação ao edital ou convite; julgamento objetivo; adjudicação compulsória ao vencedor e probidade administrativa.* (grifo nosso)

E explica que “a igualdade entre os licitantes é princípio impeditivo da discriminação”⁹⁹

Marçal Justen Filho¹⁰⁰ elucida que a isonomia em relação à matéria de licitação significa de modo geral, o livre acesso a todo e qualquer interessado à disputa pela contratação com a Administração, sendo inválidas as restrições abusivas, desnecessárias ou injustificadas. Todavia, argumenta que, “é da essência da licitação a adoção e tratamento diferenciado. Assim se impõe porque a licitação conduz à seleção de um ou de alguns dos potenciais interessados”, já que ao escolher o contratante e a proposta, inevitavelmente a Administração Pública acaba por diferenciar e discriminar os participantes, em outras palavras, o ato convocatório pode conter discriminação que se refira a melhor proposta.

Em suma, o procedimento licitatório deve observar o princípio constitucional da igualdade por meio de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, garantindo o livre acesso e a isonomia na competição entre os licitantes, conforme determina o art. 3º da Lei de Licitações.

⁹⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 13ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 282.

⁹⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 13ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 283

¹⁰⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativo**. 14ª edição. São Paulo: Dialética, 2010. p. 69 e 71

5.2 INTERPRETAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE E O BENEFÍCIO CONCEDIDO ÀS ME E EPP

Aos 2006, para dar efetividade ao art. 170, IX, e o art. 179 da Constituição Federal, que estabelece, dentre os princípios gerais da atividade econômica, o *tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte*, foi publicada e entrou em vigor a Lei Complementar nº 123 (Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte), que estabeleceu para as micro e pequenas empresas benefícios ao participarem de licitações públicas.

Esse tratamento diferenciado gerou polêmica em relação a ferir ou não o princípio da isonomia, vez que, trouxe benefícios apenas a uma categoria de pessoas nos procedimentos licitatórios.

Ao analisar esse assunto ressalta-se a importância da interpretação sistemática ao fazer referência as normas constitucionais, pois, ao interpretar um texto normativo deve-se captar seu conteúdo e não apenas restringi-la ao seu significado gramatical.

Conforme Roque Antônio Carrazza¹⁰¹ :

A interpretação sistemática, embora parta da interpretação gramatical, vai além desta, uma vez que, após atentar para as palavras da lei, acaba por estabelecer o sentido objetivamente válido dum preceito ou duma disposição jurídica, levando em conta todo o Direito. Estabelecendo um paralelo, tem-se que uma melodia não pode ser captada se for considerada apenas a soma das sensações correspondentes a cada nota musical; é necessário sim, apreciá-la como conjunto organizado. Se algumas notas deixarem de ser tocadas, nem por isso a percepção se altera, já que o que vale é a forma global. Também em Direito, mais importante do que atentar para as regras isoladas é contemplar todo o ordenamento jurídico, cada vez que uma delas vai ser aplicada.

¹⁰¹ CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 21. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 618

Neste sentido, afirma Paulo de Barros Carvalho que ao interpretar uma norma deve-se integrar o sistema, “buscando a sua amplitude e a unicidade que o caracteriza como estrutura científica” e complementa que “o método sistemático parte, desde logo, de uma visão grandiosa do direito e intenta compreender a lei como algo impregnado de toda força que a ordem jurídica ostenta”¹⁰²

O benefício concedido se dispôs de lei constitucional, portanto trata-se de desigualdade desejada pela lei, abrangeu uma categoria de pessoas, ademais, a norma supôs relação de pertinência lógica existente, o discrimen da norma foi trazido de forma clara e guarda pertinência lógica com o regime outorgado¹⁰³, senão vejamos:

Imposta pelos art. 170 e 179 da CF, que abrangeu a categoria das microempresas e pequenas empresas. Percebe-se a pertinência lógica, ora, na tentativa de fomento da atividade, incentivar a existência e a atuação das pequenas empresas, ora, para promover a inovação tecnológica e o desenvolvimento econômico e social¹⁰⁴; sendo que o fator discriminante é a situação econômica diferenciada das MPE com as demais, o que, deságua inevitavelmente na hipossuficiência destas¹⁰⁵.

Assim, Jessé Torres Pereira Junior¹⁰⁶ destaca:

“(…). Quem autoriza tratamento diferenciado é ninguém menos do que a própria Constituição da República (artigos 170, IX, e 179). Por isso, que o licitante que não seja microempresa ou empresa de pequeno porte não pode reivindicar tratamento idêntico, nem insurgir-se contra a distinção”.

¹⁰² CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 97 e 98.

¹⁰³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3ª edição, 18ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 45-48.

¹⁰⁴ “Ampliação da riqueza e a melhoria das condições de realização de direitos fundamentais” (JUSTEN FILHO, Marçal. **O estatuto da microempresa e as licitações públicas**. São Paulo: Dialética, 2007. p. 110).

¹⁰⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **O estatuto da microempresa e as licitações públicas**. São Paulo: Dialética, 2007. p. 103 - 110

¹⁰⁶ PEREIRA JR, Jessé Torres. **Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, pg. 387.

E José Anacleto Abduch Santos¹⁰⁷:

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

Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁰⁸ explica que o tratamento diferenciado no caso das microempresas e empresas de pequeno porte não conflita com o princípio da isonomia, pois resulta de uma situação desigual entre essas empresas e as demais, ou seja, “trata-se de tratar desigualmente os desiguais”.

Marçal Justen Filho brilhantemente acrescenta que:

(...) o art. 3º da CF/88 determina que “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III- erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais...”¹⁰⁹. Ora, seria pouco possível eliminar as desigualdades se houvesse tratamento idêntico para todos os brasileiros. A eliminação das desigualdades regionais e individuais pressupõe a adoção de políticas de cunho afirmativo, que assegurem benefícios e vantagens para os sujeitos e regiões em condições de hipossuficiência. Trata-se de realizar o conteúdo do princípio da isonomia, tal como unanimemente consagrado: tratar de modo desigual aqueles que se encontram em situação distinta.¹¹⁰

Assim, explica que admite-se a discriminação atribuída pela Lei Complementar nº 123, pois promove certos fins sociais desejáveis, e aclara que, o que não são válidas são as discriminações inovadoras, desvinculadas do objeto da licitação, quando há exigência desnecessária ou quando não acarreta vantagem à

¹⁰⁷ SANTOS, José Anacleto Abduch. **As licitações e o estatuto da microempresa**. Revista JML: licitações e contratos, Curitiba, n.º3, p. 3-20, abr./jun., 2007.

¹⁰⁸ DÍ PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010. p. 357

¹⁰⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **O estatuto da microempresa e as licitações públicas**. São Paulo: Dialética, 2007. p 27.

¹¹⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **O estatuto da microempresa e as licitações públicas**. São Paulo: Dialética, 2007. P 111.

Administração ou mais, que ofenda os valores constitucionais¹¹¹. E pondera, “somente serão válidos os benefícios instituídos em prol das pequenas empresas que sejam aptas a assegurar a neutralização das diferenças por elas apresentadas em face das grandes empresas”¹¹².

O que se busca é um equilíbrio ao aplicar o benefício diferenciado até somente a igualdade de condições para que tanto as empresas de pequeno porte como as microempresas tenham condições de competir de igual para igual com as grandes empresas, nas contratações da Administração Pública.

Nesse sentido, foi o posicionamento Julieta Mendes Lopes Vareschini¹¹³:

“Não restam dúvidas, portanto, que a Constituição preconizou a necessidade de uma política pública voltada a conferir benefícios às pequenas empresas, no intuito de reduzir a desigualdade existente entre estas e as grandes empresas”.

Segundo Hely Lopes Meirelles¹¹⁴ as microempresas e empresas de pequeno porte, conforme descrito no capítulo acima tem seu Estatuto na Lei Complementar 123/06, que as conceitua e lhes outorga tratamento diferenciado e favorecido no âmbito dos Poderes da *União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios* (art.1º, *caput*), com a especial preocupação de facilitar sua inclusão e participação isonômica nos processos licitatórios (art. 1º, III).

Portanto, observa-se que o princípio da isonomia está, de fato, apenas cumprindo sua função primordial ao conceder tratamento diferenciado as micro e pequenas empresas, ou seja, buscando a igualdade no seu pleno.

¹¹¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativo**. 14ª edição. São Paulo: Dialética, 2010. p. 71

¹¹² JUSTEN FILHO, Marçal. **O estatuto da microempresa e as licitações públicas**. São Paulo: Dialética, 2007. p 21.

¹¹³ GUIMARÃES, Julieta Mendes Lopes. *Licitações e Contratos no Sistema S*. Curitiba: JML, 2007, p 283.

¹¹⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 13ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 285.

6. CONCLUSÃO

Os benefícios concedidos às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, estão consagrados na Lei Complementar 123/06 e encontram respaldo na Carta Magna, artigos 170, inciso IX e 179, como princípios orientadores da ordem econômica que prevêem tratamento diferenciado para as Microempresas e pequenas empresas com o fim de assegurar igualdade na competição entre todos os privados frente à contratação com a Administração pública.

A ordem econômica é um conjunto de normas que regula a atuação do Estado e da iniciativa privada visando a justiça social e econômica, amparando os economicamente hipossuficientes.

Os benefícios trazidos pela Lei Complementar possibilitam às MPE fazerem a regularização fiscal tardia, formularem lances suplementares em casos de empate ficto, e obterem licitações diferenciadas.

A Lei Complementar 123 ao tratar de matéria de licitação impôs norma geral a ser seguida imediatamente por órgãos e entidades da Administração Pública federal, estadual, distrital e municipal, além de obrigar a inserção desses benefícios no edital, até porque, a falta de previsão no instrumento convocatório não tem o condão de afastar as vantagens concedidas pela Lei. Ao contrário, a sua ausência implicará a anulação do procedimento licitatório.

O tratamento diferenciado visa o equilíbrio na relação econômica e, portanto, competitividade entre as MPE's com as demais. A base Constitucional busca a igualdade de condições aplicando o princípio da isonomia na sua plenitude.

Enfim, fica evidente o acertado tratamento diferenciado concedido às microempresas e empresas de pequeno porte em relação aos procedimentos licitatórios, vez que a licitação visa garantir por meio de seleção, a proposta mais vantajosa para a Administração, e em paralelo o Estado tem o dever de assegurar a proporcionalidade entre os participantes.

REFERÊNCIAS

1. REFERÊNCIAS LEGISLATIVAS

1.1 Constituições

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1934. Disponível na internet <www.planalto.gov.br>. Acesso em 06/09/2010.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937. Disponível na internet <www.planalto.gov.br>. Acesso em 06/09/2010.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946. Disponível na internet <www.planalto.gov.br>. Acesso em 06/09/2010.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. Disponível na internet <www.planalto.gov.br>. Acesso em 06/09/2010.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969. Disponível na internet <www.dataprev.gov.br> Acesso em 07/09/2010.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível na internet <www.planalto.gov.br>. Acesso em 06/09/2010.

1.2 Leis e Decretos

BRASIL. Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. Disponível na internet <<http://www.receita.fazenda.gov.br>>. Acesso em: 14/09/2010

1.3 Acórdãos, Decisões, Deliberações e Sentenças das Cortes ou Tribunais

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. 4ª Câmara Cível. “APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO PÚBLICA NACIONAL. EMPRESA QUE APRESENTA NOVA PROPOSTA APÓS DIVULGAÇÃO DO RESULTADO. CERTIDÃO QUE DEMONSTRA NÃO SER MICROEMPRESA OU EMPRESA DE PEQUENO PORTE. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ NÃO CONFIGURADA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. Apelação Cível nº 0610410-1. Toledo. Relator: Juiz Subst. 2º G. Fabio Andre Santos Muniz. Decisão: 09.02.2010

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. 5ª Câmara Cível. “ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. NÃO COMPROVAÇÃO DA CONDIÇÃO DE MICROEMPRESA OU EMPRESA DE PEQUENO PORTE. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO DE USUFRUIR DOS BENEFÍCIOS DA LC Nº 123/06. Não havendo prova do cumprimento, no

momento próprio, dos requisitos exigidos no Edital de Licitação para usufruir dos benefícios da Lei Complementar nº 123/06, que trata da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, inexistente ilegalidade na desclassificação do certame, tendo a Administração Pública observado o princípio da vinculação ao instrumento convocatório. 2) AGRAVO DE INSTRUMENTO A QUE SE NEGA PROVIMENTO”. Agravo de Instrumento nº 0583103-2. Foro Central da Região Metropolitana de Curitiba. Relator: Des. Leonel Cunha. Decisão 21.07.2009.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 11ª Câmara de Direito Público – “LICITAÇÃO - EMPRESA DE PEQUENO PORTE - LEI COMPLEMENTAR N.º 123/06 - INCIDÊNCIA DAS REGRAS CONTIDAS NO ART. 44, § 1º E INCISO I DO ART. 45 - HOMOLOGAÇÃO ANULADA PARA QUE A IMPETRANTE POSSA OFERECER NOVA PROPOSTA - RECURSOS IMPROVIDOS”. Apelação Cível nº 990.10.110102-5 - Comarca de Jacupiranga. Recorrente: JUÍZO EX OFFICIO; Apelante(s): PREFEITURA MUNICIPAL DE JACUPIRANGA e Apelado (a)(s): ONE TRANSPORTE E TURISMO LTDA. –EPP. Relator: Pires de Araújo – Decisão 21/06/2010.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. 5ª Câmara Cível – “MANDADO DE SEGURANÇA - PROCEDIMENTO LICITATÓRIO - REALIZAÇÃO DE OBRAS - LEI COMPLEMENTAR N. 123/2006 - FALTA DE PREVISÃO NO EDITAL - SUSPENSÃO DA LICITAÇÃO ATÉ JULGAMENTO FINAL - DECISÃO MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO”. Agravo de Instrumento nº 0470105-9. Cascavel. Relator: Des. Ruy Fernando de Oliveira. Decisão 09.09.2008.

2 REFERÊNCIA DE DOCUMENTOS ELETRÔNICOS

AKASHI, Diogo Telles. **Repercussões do Estatuto das Micro e Pequenas Empresas nas licitações públicas**. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1458, 29 jun. 2007. Disponível na internet <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10085>>. Acesso em 15/09/2010.

BITTENCOURT, Marcus Vinícius Corrêa. **Modalidades de Intervenção do Estado na Ordem Econômica**. Disponível na internet <www.marcusbittencourt.com.br>. Acesso em 06 de setembro de 2010.

COELHO, Yuri Carneiro. **Disciplina jurídico-constitucional da iniciativa privada**. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 44, 1 ago. 2000. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/189>>. Acesso em: 6 de setembro de 2010.

JUS BRASIL. **Governo quer mudar Simples e punir maiores devedores**. Extraído de: Conselho Regional de Contabilidade de Sergipe. Fonte: Diário do comércio e indústria - DCI. Disponível na internet <<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/2370883/governo-quer-mudar-simples-e-punir-maiores-devedores>> Acesso em 14/09/2010.

PALERMO, Fernanda Kellner de Oliveira. **As micro e pequenas empresas como propulsoras do desenvolvimento econômico e social. Contribuição para o incremento das atividades econômicas no âmbito do Mercosul.** Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 55, mar. 2002. Disponível na internet <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2735>>. Acesso em: 14 set. 2010.

PINHEIRO Marcio Alves. O Direito empresarial e seus princípios constitucionais. **Portal Jurídico investidura**, Florianópolis – Santa Catarina, 2009. Disponível na internet <<http://www.investidura.com.br>> Acesso em 06 de setembro de 2010.

SEBRAE. Disponível na internet <<http://www.mpedata.com.br> >. Acesso em 14/09/2010.

TAVARES, Dilma. **Sebrae disponibiliza dados, estatísticas e estudos sobre pequenos negócios.** Disponível na internet <<http://www.pr.agenciasebrae.com.br>>. Acesso em 14/09/2010

3 REFERÊNCIA DE LIVROS

AMARAL, Antônio Carlos Rodrigues do Amaral, ROSA, Robert e VELLOSO, Carlos Mário da Silva - Coordenadores. **Princípios Constitucionais Fundamentais** - obra coletiva, Lex Editora, São Paulo, 2005.

AMARO, Luciano da Silva. **Direito tributário brasileiro**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 21. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. São Paulo. Max Limonad, 1997.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23^a ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

GAPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 6^a Ed., São Paulo: 2001.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

GUIMARÃES, Edgar e Jair Eduardo Santana. **Licitações e o novo estatuto da pequena e microempresa/reflexos práticos da LC 123/06**. Belo Horizonte: Fórum 2007.

GUIMARÃES, Julieta Mendes Lopes. **Licitações e Contratos no Sistema S.** Curitiba: JML, 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativo.** 14ª edição. São Paulo: Dialética, 2010.

_____. **O estatuto da microempresa e as licitações públicas.** São Paulo: Dialética, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 27ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

_____. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade.** 3ª edição, 18ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 13ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

PEREIRA JR, Jessé Torres. **Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública.** 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. Palestra Proferida no Evento “Seminário de Agentes Públicos para Processamento eficaz das Licitações”, realizado pela JML Eventos, nos dias 16, 17 e 18 de abril de 2007, em Curitiba.

SANTOS, Elisabete Teixeira Vido dos. **Prática Empresarial.** Coleção Prática Forense, v. 5. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

SANTOS, José Anacleto Abduch. **As licitações e o estatuto da microempresa.** Revista JML: licitações e contratos, Curitiba, n.º3, p. 3-20, abr./jun., 2007.

SILVA, Jose Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 14º ed. São Paulo: Malheiros, 1997.