

**UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA**  
**CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS**

**GIORDANNO LOUREIRO CAVALCANTI GRILO**

**MICRO E PEQUENAS EMPRESAS E O**  
**TRATAMENTO FAVORECIDO E DIFERENCIADO NAS LICITAÇÕES**  
Ordem Econômica Brasileira, LC 123/06 e Política Pública de Desenvolvimento

**JOÃO PESSOA**

**2010**

**GIORDANNO LOUREIRO CAVALCANTI GRILO**

**MICRO E PEQUENAS EMPRESAS E O  
TRATAMENTO FAVORECIDO E DIFERENCIADO NAS LICITAÇÕES**  
Ordem Econômica Brasileira, LC 123/06 e Política Pública de Desenvolvimento

Dissertação apresentada à Coordenação do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas como requisito para a colação de grau como Mestre pelo Programa de Mestrado em Direito do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba, Mestrado em Direito.

Orientadora: Professora Doutora Hertha Urquiza Baracho do Programa de Pós-graduação em Direito da UFPB.

**JOÃO PESSOA**

**2010**

### FICHA CATALOGRÁFICA

Grilo, Giordanno Loureiro Cavalcanti.

Micro e pequenas empresas e o tratamento favorecido e diferenciado nas licitações: Ordem Econômica Brasileira, LC 123/06 e Política Pública de Desenvolvimento. João Pessoa,2010.

160p.: il 30cm.

Dissertação de Mestrado, apresentada à Universidade Federal da Paraíba - Mestrado em Ciências Jurídicas .

Orientadora: BARACHO, Hertha Urquiza

**GIORDANNO LOUREIRO CAVALCANTI GRILO**

**MICRO E PEQUENAS EMPRESAS E O  
TRATAMENTO FAVORECIDO E DIFERENCIADO NAS LICITAÇÕES**  
Ordem Econômica Brasileira, LC 123/06 e Política Pública de Desenvolvimento

Dissertação apresentada à Coordenação do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas como requisito para a colação de grau como Mestre pelo Programa de Mestrado em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba. Trabalho de Dissertação: Micro e pequenas empresas e o tratamento favorecido e diferenciado nas licitações. Ordem Econômica Brasileira, Política Pública e Desenvolvimento, perante do Programa de Mestrado em Direito Econômico da Universidade Federal da Paraíba.

APROVADO EM:

\_\_\_\_\_/\_\_\_\_\_/\_\_\_\_\_

BANCA EXAMINADORA:

\_\_\_\_\_  
Profa. Dra. Hertha Urquiza Baracho  
Orientadora

\_\_\_\_\_  
Membro Examinador

\_\_\_\_\_  
Membro Examinador

**Conceito:** \_\_\_\_\_

*Grandes coisas fez o Senhor por nós,  
e por isto estamos alegres.  
(Salmos 126:3)*

## DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho ao Senhor, a Ele toda honra e toda glória pelos séculos dos séculos. O temor do Senhor é a fonte de toda sabedoria.

À minha esposa pelo apoio, pela compreensão para que esse sonho possa ser concretizado, e o amor que sentimos um pelo outro.

À minha mãe pelo cuidado, carinho, pela provisão constante a mim e meus irmãos, pelo exemplo, e pela dedicação a formação acadêmica que nos impulsiona a seguir seus passos.

Ao meu pai, pela contribuição que lhe foi correlata.

Aos meus irmãos, imenso afeto por cada um deles.

Aos meus familiares, aos colegas e amigos que contribuíram para a conclusão deste trabalho.

## AGRADECIMENTOS

A DEUS, por quem e para quem fomos criados. Que este trabalho sirva para edificação do Reino Dele, e a Ele agradeço por esta GRANDE bênção. Que este trabalho sirva para honra e glória do nome do Senhor.

À Minha esposa Mayrenne pelo imenso amor demonstrado a cada dia, a cada novo amanhecer e com quem compartilho esta vitória.

À minha mãe, carinhosamente, pelo grande amor que sempre dedicou a mim e meus irmãos, a quem muito sou grato por tudo, inclusive pela formação, dedicação, e pelo gosto das letras; e agradeço a meu pai, carinhosamente, pelo amor que a seu modo esboçou.

Aos meus irmãos Walter, Giovanni e Pávula Gabriela, por também compartilharem comigo esta vitória. À minha sogra e a meu sogro, porque especialmente se fazem em nossa vida.

À professora Hertha Urquiza Baracho, orientadora e amiga, em especial, pelo auxílio, compreensão, contribuição pelas horas de estudo despendidas, pelo zelo e predisposição e por toda a trajetória traçada até aqui, pois com sua mão, carinhosa e cuidadosa, em muito contribuiu para a consecução deste trabalho. Muito obrigado. Meu sincero, muito obrigado !

Agradeço aos Professores do curso, que, cada um a seu modo, contribuíram para a formação da Turma ingressante em 2008, e que sempre expressaram a busca da qualidade no lecionar e com quem aprendemos bastante. A quem sou grato, especialmente, aos Professores Ana Luísa Celino Coutinho, Alexandre Cavalcante Belo, Fernando Antonio de Vasconcelos, Marcela Varejão, Hertha Urquiza Baracho, Rodrigo Toscano de Brito, Maria Luiza Alencar Mayer Feitosa, ao Professor Carlos Braz, e ao Professor Enoque Feitosa Sobreira Filho. Agradeço aos colegas de Turma do Mestrado, que DEUS também os abençoe grandemente, a cada um em especial.

Agradeço aos que integram o nosso escritório de advocacia, pelo empenho, dedicação e suporte exercidos na labuta jurídica, especialmente a Janekele Sampaio Fabelicio, a Ellen Martins Oliveira, aos colegas advogados que me ajudaram ao longo de diversas atividades jurídicas com quem pude contar, em minha substituição, a diversos atos processuais durante o curso do Mestrado.

Agradeço aos servidores e prestadores de serviço da Universidade Federal da Paraíba, especialmente ao que trabalham no Programa de Mestrado em Direito. Alegremente, e também muito em especial, agradeço a Lys Helena, ao Senhor Julio, a Dona Maria, e a todos aqueles cuja memória não me advém seus nomes, mas DEUS os conhece plenamente. Muito obrigado !

## RESUMO

O trabalho analisa o tratamento favorecido e diferenciado devido às microempresas e empresas de pequeno porte, no âmbito administrativo, especialmente quanto às licitações públicas. A Ordem econômica brasileira fundada na valorização do trabalho e na livre iniciativa, e como fim assegurar existência digna, conforme os ditames da justiça social, detém dentre seus princípios obrigatórios o tratamento favorecido para as empresas de menor porte. As diversas esferas governamentais deverão dispensar tratamento jurídico diferenciado visando a incentivá-las, através da simplificação, eliminação ou redução de obrigações, dentre elas as obrigações administrativas. O direito comparado fornece exemplos de países desenvolvidos que estabeleceram suas legislações e incluíram entre suas políticas públicas a valorização a este segmento empresarial, co-responsável pela dinamização da economia, geração de emprego e renda. Neste sentido foi editada no Brasil, a vigente Lei complementar 123/2006, que dentre outros aspectos jurídicos favorece as MPE (micro e pequenas empresas) no acesso ao mercado, quanto às aquisições públicas. Neste sentido, a lei complementar estabelece o deferimento de prazo para comprovação da regularidade fiscal, após a declaração de vencedor; estabelece ainda o direito de preferência, beneficiando a MPE com nova proposta mais vantajosa para o certame. Outrossim, há licitações diferenciadas para as MPE, que são estudadas no texto. Em resposta a questionamentos, de um lado, quanto à violação da vantajosidade econômica na contratação de MPE e, de outro, quanto ao princípio da isonomia, o trabalho caminhou para os seus capítulos finais. Pelo que, além do fundamento teórico, foi realizada pesquisa de campo para identificar o caráter vantajoso nas propostas ofertadas por MPE. Foi escolhido como alvo de pesquisa de campo as licitações realizadas pelo SEBRAE, no Estado da Paraíba, durante o ano de 2009. E foi estudado o conteúdo jurídico do Princípio isonômico. Ao final, demonstrando tratar-se de atividade de fomento, o favorecimento das MPE nas licitações identifica-se como atividade administrativa necessária e, sobretudo, como política pública de desenvolvimento, na medida em que valoriza e incentiva a atuação livre das MPE, geradoras de emprego, renda e de desenvolvimento local e regional.

**Palavras-chave:** Micro e Pequenas Empresas. Licitações. LC 123/06. Política Pública de Desenvolvimento.

## ABSTRACT

Summary the work examines the treatment favoured and differential due to micro and small enterprises, under administration, especially as regards public bidding. The Brazilian economic order founded in appreciation of the work and in free enterprise, and how to ensure dignified existence, according to the dictates of social justice, has among its principles required treatment favoured for smaller firms. The Government should waive spheres legal differential treatment to encourage them, through simplification, elimination or reduction of obligations, including administrative obligations. The comparative law provides examples of developed countries that have established their legislation and included among its public policies recovery this segment Enterprise jointly responsible for the revitalization of the economy, generating employment and income. In this sense was edited in Brazil, the current Law complement 123/2006, which among other legal aspects favours the micro and small enterprises in market access, as government procurement. In this sense, the supplementary law establishes the acceptance period for attestation of regularity fiscal, after the declaration of winner; establishes the equaliser, and writ of preferency, benefiting micro and small enterprises with new proposal more advantageous to the Salon. In addition, there are differentiated bidding for the micro and small enterprises, which are researched in the text. In response to inquiries, on the one hand, regarding the violation of economic vantajosidade in hiring micro and small enterprises and otherwise, in relation to the principle of equality, the work came to their chapters. By that, in addition to theoretical, was conducted field research to identify the character advantageous in proposals offers by micro and small enterprises. Was chosen as the target field research tenders held by SEBRAE, in the State of Paraíba, during the year 2009. And was studying the legal content of the principle of equality. In the end, demonstrating this activity promotion patterns micro and small enterprises in bidding identifies itself as necessary administrative activity and, especially, as public policy, to the extent that values and encourages activities free of micro and small enterprises, generating employment, income and local and regional development.

**Keywords:** micro and small enterprises. Bidding. LC 123/06. Public Policy development.

## **Abreviaturas**

Art. – artigo

ADCT – Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

ASPA – Armed Services Procurement Act

CF – Constituição Federal

CNPq – Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico

COC - The Certificate of Competency Program

EPP – empresa de pequeno porte

FAR – Federal Acquisition Regulation

FPASA – Federal Property and Administrative Services Acts

IN – Instrução Normativa

LC – Lei Complementar

ME – microempresa

MPE – micro e pequenas empresas

ME/EPP – microempresas e empresas de pequeno porte

SBA – Small Business Administration

SEBRAE – Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas

SEBRAE/NA – Sebrae em nível nacional

SENAC – Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial

SENAI – Serviço Nacional da Indústria

SENAR – Serviço Nacional de Aprendizagem Rural

SENAT – Serviço Nacional de Aprendizagem no Transporte

SESC – Serviço Social do Comercio

SEST – Serviço Nacional do Transporte

TCU – Tribunal de Contas da União

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>14</b>
<b>1 A ORDEM ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO DESENVOLVIMENTISTA DE 1988, SEUS PRINCÍPIOS BASILARES E A INTERVENÇÃO ESTATAL NA ECONOMIA</b> .....	<b>19</b>
1.1 BREVE APANHADO DA REPRESENTAÇÃO DAS ME/EPP NA ATUAÇÃO ECONÔMICA E A SUA RELEVÂNCIA SOCIAL .....	19
1.2 O CONCEITO DE ORDEM .....	22
1.3 O CONCEITO DE ORDEM ECONÔMICA .....	23
1.4 CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA E A CARTA CONSTITUCIONAL DE 1988 ..	27
<b>1.4.1 As constituições econômicas brasileiras</b> .....	<b>29</b>
1.5 A INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ATIVIDADE ECONÔMICA .....	33
<b>1.5.1 Intervenção estatal: elementos conceituais</b> .....	<b>36</b>
1.6 A CONSTITUIÇÃO DESENVOLVIMENTISTA BRASILEIRA OS PRINCÍPIOS DA ORDEM ECONÔMICA .....	39
<b>1.6.1 A postura diante de regras e princípios</b> .....	<b>39</b>
<b>1.6.2 Princípios da Ordem Econômica, MPE e os fins de desenvolvimento</b> .....	<b>41</b>
1.7 DIREITO COMPARADO .....	48
<b>1.7.1 A legislação no Direito comparado: história do Japão</b> .....	<b>48</b>
<b>1.7.2 A legislação no Direito comparado: o caso dos Estados Unidos da América</b> ..	<b>52</b>
<b>2 AS LICITAÇÕES, O TRATAMENTO ADMINISTRATIVO-CONSTITUCIONAL FAVORECIDO E DIFERENCIADO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS E A LEI COMPLEMENTAR 123/06</b> .....	<b>59</b>
2.1 LICITAÇÃO .....	59
2.2 BREVE HISTÓRICO LEGISLATIVO: O CAMINHO ATÉ A PUBLICAÇÃO DA LC 123/06 .....	64
2.3 ÁREA DE ABRANGÊNCIA DA LC 123/06 .....	67
2.4 ENQUADRAMENTO E DESENQUADRAMENTO DAS ME E EPP .....	68
<b>2.4.1 Enquadramento Legal</b> .....	<b>68</b>
<b>2.4.2 Desenquadramento Legal</b> .....	<b>71</b>

2.5 DESTINATÁRIOS DAS NORMAS DA LC 123/06 .....	72
<b>2.5.1 A prova da condição de ME e EPP e sua oportunidade .....</b>	<b>75</b>
2.6 EXIGÊNCIA DE PREVISÃO EXPRESSA NO EDITAL LICITATÓRIO DOS BENEFÍCIOS DA LEI COMPLEMENTAR .....	79
2.7 APLICABILIDADE DAS NORMAS DA LC 123/2006 – DISCIPLINA LEGAL E REGULAMENTAÇÃO INFRALEGAL – EFICÁCIA IMEDIATA OU CONTIDA ..	81
2.8 AS MODALIDADES E TIPOS DE LICITAÇÃO ABRANGIDOS PELA LC 123/06 .....	84
<b>3 A LC 123/06 – BENEFÍCIOS: DA REGULARIDADE FISCAL ÀS LICITAÇÕES</b>	<b>87</b>
<b>DIFERENCIADAS</b>	<b>87</b>
3.1 O BENEFÍCIO DA LC 123/06 QUANTO À REGULARIDADE FISCAL .....	87
<b>3.1.1 Conceito de Regularidade Fiscal e suas Peculiaridades .....</b>	<b>87</b>
3.2 O FAVORECIMENTO EM RELAÇÃO AO DIREITO DE PREFERÊNCIA .....	95
<b>3.2.1 Critérios de Desempate no Processo Licitatório Comum .....</b>	<b>96</b>
<b>3.2.2 Privilégios alcançados pelas microempresas e empresas de pequeno porte: Direito de Preferência – empate ficto e desempate legal .....</b>	<b>96</b>
<b>3.2.3 Presença do representante da empresa licitante na sessão de julgamento do processo e o Direito de Preferência .....</b>	<b>99</b>
3.3 AS LICITAÇÕES DIFERENCIADAS NA LC 123/06 .....	99
<b>4 PESQUISA DE CAMPO NA PARAÍBA: RESULTADOS APÓS ANÁLISE SOBRE A PARTICIPAÇÃO DE MICROEMPRESAS (ME) E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE (EPP) NOS CERTAMES LICITATÓRIOS.....</b>	<b>104</b>
4.1 COLETA DOS DADOS .....	106
4.2 ANÁLISE DOS DADOS .....	117
<b>5 MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE, O PRINCÍPIO DA ISONOMIA, E POLÍTICA PÚBLICA DE DESENVOLVIMENTO .....</b>	<b>119</b>
5.1 O PRINCÍPIO DA ISONOMIA .....	119
<b>5.1.1 O Princípio da Isonomia na lição de Celso Antonio Bandeira de Melo .....</b>	<b>119</b>
5.2 O PRINCÍPIO DA ISONOMIA APLICADO ÀS MPE .....	126
5.3 MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE E POLÍTICAS PÚBLICAS .....	127
<b>5.3.1 O dever de licitar como Política Pública e satisfação do Interesse Público ..</b>	<b>133</b>
5.4 O FOMENTO COMO ATIVIDADE ADMINISTRATIVA INESCUSÁVEL .....	137

<b>5.4.1 O conceito de fomento .....</b>	<b>137</b>
5.5 POLÍTICA DE DESENVOLVIMENTO .....	141
<b>5.5.1 O conceito de desenvolvimento .....</b>	<b>141</b>
<b>6 CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>149</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>156</b>
<b>ANEXO A</b> Tabelas do anuário da micro e pequena empresa 2008 do SEBRAE nacional	
<b>ANEXO B</b> Instrumentos convocatórios de concorrência e de convite do SEBRAE na Paraíba	
<b>ANEXO C</b> Resolução Sebrae nº 54, 18 de outubro de 2001.	

## INTRODUÇÃO

A Ordem Econômica Constitucional brasileira está fundamentada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, estabelecendo a uma finalidade, qual seja, a de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social e os princípios dispostos no texto Constitucional.

Dentre os princípios norteadores da ordem econômica, dispostos no artigo 170, dispositivo de abertura da Ordem Econômica, em seu inciso IX, contempla-se o imperativo principal do tratamento favorecido às empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham a sua sede e administração no País.

Neste mesmo diapasão, o artigo 179 da Carta Constitucional Brasileira, também inserido no capítulo pertinente à Ordem Econômica, estabelece que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte definidas na legislação, tratamento jurídico diferenciado, a fim de incentivá-las mediante a simplificação, redução ou mesmo eliminação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias.

Utilizando como sinônimas as abreviações MPE e ME/EPP, para descrever as microempresas e empresas de pequeno porte, o trabalho enfrenta uma abordagem de cunho teórico e pragmático, no que tem pertinência com a ordem econômica brasileira, as licitações públicas e o favorecimento as MPE.

Isto porque no âmbito administrativo, especialmente no tocante ao acesso ao mercado, por meio das aquisições públicas, podem ser implementados instrumentos de valorização do trabalho humano e defesa da livre iniciativa, buscando a existência digna, melhor qualidade de vida, emprego e renda, e no contexto do desenvolvimento local e regional.

A importância atribuída pelo Constituinte ao tema, elevando à categoria de Princípio da Ordem Econômica corresponde a um alto relevo econômico e jurídico que deve ser dado a este segmento empresarial.

As microempresas e empresas de pequeno porte exercem relevante papel de inclusão econômica e social, representando, na atualidade, segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, mais do que 99% (noventa e nove por cento) do universo de empreendimentos atuantes no setor de comércio e serviços no País.

Ainda em conformidade com os dados estatísticos da mesma fonte, os micro e pequenos negócios respondem por aproximadamente 67% (sessenta por cento) da mão de obra – formalmente – empregada no Brasil e são responsáveis diretos por mais de 90% (noventa por cento) dos novos postos de trabalho gerados a cada ano.

Esse segmento empresarial também se destaca pela sua flexibilidade e capacidade de adequação às constantes alterações políticas e econômicas, bem como às peculiaridades – locais e regionais – onde as microempresas e empresas de pequeno porte encontram-se localizadas, contribuindo para a circulação de riquezas, o aumento da renda per capita, o fomento de novas atividades econômicas, implemento de outras políticas públicas e o desenvolvimento nacional, a partir das esferas local e regional.

Diante de números tão expressivos e de tamanha relevância no panorama sócio-econômico brasileiro, a temática demonstra o substrato fático para que as microempresas e das empresas de pequeno porte desfrutem de uma posição privilegiada no cenário das políticas públicas, e, em especial, no objetivo desenvolvimentista brasileiro e a sua proteção jurídica.

O trabalho, destarte, aborda no capítulo inicial, a ordem econômica, passando pela análise do conceito de Constituição Econômica, o qual a Constituição Brasileira de 1988 está inserido. Analisa as diversas Constituições históricas brasileiras demonstrando desde a Constituição Imperial de 1824 até a vigente os diversos perfis da Ordem econômica no Brasil.

Na seqüência, o primeiro capítulo ainda analisa a atividade de intervenção do Estado no campo econômico e a predisposição desenvolvimentista da atual Carta Republicana brasileira. Visualizam-se os princípios norteadores da ordem econômica e neste sentido estabelece-se a oportunidade de verificar a distinção entre regras e princípios. E por fim, o primeiro capítulo do texto encerra com a busca, no direito comparado, da disposição favorecedora às empresas de porte reduzido nos ordenamentos jurídicos de países desenvolvidos, visitando a temática histórica do Japão e o caso dos Estados Unidos da América.

Para implementar o mandamento Constitucional, o Legislador Federal aprovou a vigente Lei Complementar 123/06, que abarca diversas áreas de interesse jurídico – a exemplo da tributária, administrativa, creditícia, trabalhista, previdenciária, processual dentre outras. Esta lei é originada de reivindicações de diversas ordens, tanto empresarial, quanto de mobilização do SEBRAE, Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas, em nível nacional, e por diversos setores da sociedade.

As contratações advindas dos desembolsos públicos movimentam as economias local, nacional e internacional. No Brasil, cerca de R\$ 260 bilhões são gastos anualmente pelas diversas esferas governamentais em licitações e a participação das MPE, constitui, em média, 17% das respectivas contratações.

Sendo assim, o segundo capítulo do texto, abordará o tratamento favorecido nas licitações e a LC 123/06. O capítulo demonstra a evolução legislativa até a sua promulgação da vigente lei complementar, passando também identificação do Princípio licitatório, o conceito de licitação e a abrangência da LC 123/06.

Analisa-se ainda, por conseguinte, os critérios de enquadramento e desenquadramento legal de micro e pequenas empresas, e as vedações aos benefícios da lei. Outrossim, estudar-se-á a prova da condição de ME ou EPP, e a exigência de previsão nos instrumentos convocatórios (editais e cartas-convite) dos benefícios da lei, a sua regulamentação infralegal e as modalidades de licitação abrangidas pela norma protetiva.

O terceiro capítulo do texto analisará os benefícios em espécie trazidos pela LC 123/06 às microempresas e empresas de pequeno porte nas licitações.

Dentre os benefícios, definidos pela lei, que favorecem as empresas de porte reduzido, encontram-se o deferimento de prazo para comprovação da regularidade fiscal, para aquelas empresas que lograrem êxito nos procedimentos licitatórios; o desempate ficto – que representa uma situação legal de empate entre ME ou EPP e outra empresa de porte superior, oportunizando que a empresa enquadrada ofereça proposta para cobrir a proposta da empresa não enquadrada.

Na seqüência serão estudadas as licitações diferenciadas, descritas entre os artigos 47 e 49 da lei complementar.

Após isto, serão narradas algumas críticas, que surgem como problema para o trabalho, que trata do tratamento favorecido às empresas de porte reduzido nas licitações. Um problema é analisar a alegação de violação ao Princípio da Isonomia diante de tratamentos que não são dispensados às médias e grandes empresas. E o outro ponto é o entendimento de parte da doutrina e de administradores públicos de que o favorecimento às ME e EPP nas aquisições públicas ocasionaria prejuízo às finanças públicas, e, portanto, ocasionaria o ferimento ao Princípio Republicano, e a afirmação de que, em determinados casos, houve problemas na execução de obras públicas por pequenas e microempresas, que não tiveram condição de concluir a contento o contrato administrativo. Até aqui se perfará o caminhar do terceiro capítulo do texto.

Em razão disto, o trabalho, então, buscou focar a demonstração de que este tratamento favorecido as empresas de porte reduzido continua detendo a relevância econômica e social de sua ideia primeira, adotada no Brasil, nos Estados Unidos da América, reconhecido no Japão e nos ordenamentos jurídicos do direito comparado.

Neste norte, a pesquisa encaminhou-se em realizar pesquisa de campo, para verificar a atuação das micro e pequenas empresas nas licitações procedidas e o fez a partir dos registros públicos do SEBRAE, no Estado da Paraíba.

O SEBRAE é regido igualmente pelo princípio licitatório, e pelo princípio da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, devendo promover licitações para realizar as suas contratações. Desta feita, a consulta, pesquisa e análise dos dados coletados das licitações procedidas no ano de 2009 pelo SEBRAE, no Estado da Paraíba, serviram de base para a extração de algumas conclusões a respeito do tema, e se buscará, no quarto capítulo do trabalho, analisar a vantajosidade econômica das contratações de MPE.

Analisada a primeira problemática acima descrita, qual seja, referente a vantajosidade ou não da participação de microempresas e empresas de pequeno porte nas licitações, passará o texto a analisar, no capítulo final do texto, o Princípio Isonômico e a existência de violação, ou não de seu conteúdo pelo tratamento favorecido e diferenciado às MPE..

O princípio da igualdade, reconhecido pela Constituição de 1988 em seu sentido jurídico formal e material, é um dos pilares fundamentais do Estado Democrático de Direito, e traduz a necessidade da atuação Estatal uniforme para todos, impondo os mesmos ônus e assegurando as mesmas vantagens para as pessoas, naturais ou jurídicas, que se encontrem em posições juridicamente similares.

Dessa sorte, a intenção do Constituinte é incentivar o surgimento, a manutenção e o desenvolvimento das microempresas e empresas de pequeno porte, sendo estas as determinações da Ordem Econômica nacional.

Esta garantia da igualdade, que se perfaz em contexto de livre concorrência, pode ser incrementada pela atividade de fomento. O fomento é uma das atividades administrativas típicas do Estado, e que é analisada também no capítulo quinto do texto, efetivando-se mediante políticas públicas estatais.

Neste aspecto, as licitações públicas também funcionam como política pública governamental, na medida em que os gastos públicos forem direcionados

adequadamente a satisfazer o interesse público primário - assim entendido como aquele que busca atender as demandas sociais.

O crescimento econômico não pode ser um fim em si mesmo, mas deve estar atrelado à melhoria da qualidade de vida das pessoas e com as liberdades que elas podem desfrutar. No tocante, desenvolvimento, pode ser entendido como privação da liberdade, da liberdade substancial, na medida em que permita as pessoas a possibilidade de exercerem seu potencial produtivo.

O desenvolvimento é um dos objetivos da Constituição brasileira de 1988. E o favorecimento às micro e pequenas empresas nas licitações deve constituir-se em política pública desenvolvimentista, na efetiva valorização do trabalho, geração de emprego, e na distribuição qualitativa de renda, na medida em que aplica os previstos gastos públicos no interesse social.

## 1 A ORDEM ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO DESENVOLVIMENTISTA DE 1988, SEUS PRINCÍPIOS BASILARES E A INTERVENÇÃO ESTATAL NA ECONOMIA

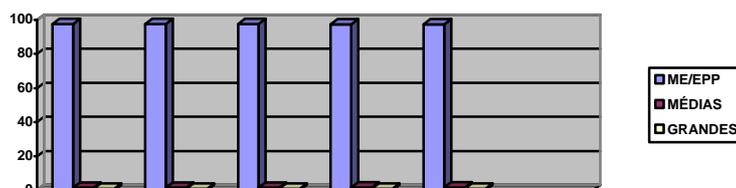
Inicialmente é necessário abordar ordem econômica como ordem estabelecida. Em seguir a natureza dos princípios e a identificação dos princípios da ordem econômica nacional. Assim, em seguida, é mister adentrar no tratamento favorecido atribuído pela ordem constitucional pátria as microempresas e empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras.

### 1.1 BREVE APANHADO DA REPRESENTAÇÃO DAS ME/EPP NA ATUAÇÃO ECONÔMICA E A SUA RELEVÂNCIA SOCIAL

Em estudo recente do SEBRAE NACIONAL, Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas, verifica-se que as ME/EPP, microempresas e empresas de pequeno porte, representam, atualmente, juntas, cerca de 99,2% do número total de empresas brasileiras. Representavam juntas 97,5% em 2006, conforme Ilustração 01.

De igual norte, representam 69,9% dos empregos no mercado formal do Brasil, conforme Ilustração 02.

Ilustração 01: Evolução da distribuição dos estabelecimentos, por porte –Brasil –2002-2006(em %)<sup>1</sup>



<sup>1</sup> Gráfico confeccionado pelo autor a partir de dados obtidos do Anuário do Trabalho nas Micro e Pequenas empresas, do SEBRAE/Nacional, DIEESE, 2008. Disponível em <[http://www.biblioteca.sebrae.com.br/bds/BDS.nsf/572C3CE47D9997DC83257486004E858E/\\$File/NT00038B0A.pdf](http://www.biblioteca.sebrae.com.br/bds/BDS.nsf/572C3CE47D9997DC83257486004E858E/$File/NT00038B0A.pdf)>. Consultado em 03 Abr.2010. Dados completos conforme Tabela 1 em Anexo deste Trabalho, e resumidos na forma abaixo descrita.

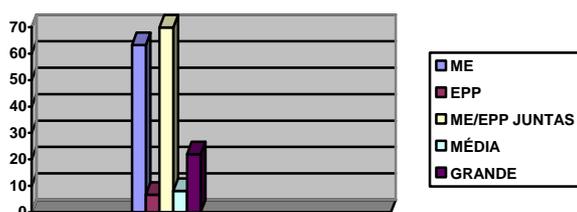
Ano/percentual	2002	2003	2004	2005	2006
ME/EPP	97,6	97,6	97,6	97,5	97,5
MÉDIAS	1,5	1,5	1,5	1,6	1,6
GRANDES	0,9	0,9	0,9	0,9	0,9

Ademais, as Microempresas apresentaram crescimento de 44,9% entre 1996 e 2002 no número de pessoas ocupadas. E as EPP tiveram 42,8% deste mesmo aumento, em igual período. E entre 2002 e 2006, houve entre as ME/EPP um acréscimo de mais 20,88% no número de empregados.

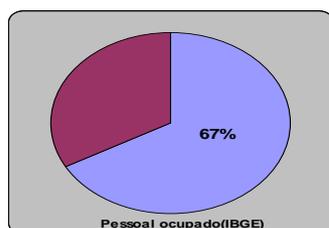
Em 2002, as ME e EPP tinham formalmente cerca de 10,9 milhões de empregados. Já em 2006, este número passou para 13,2 milhões de empregados, representando em 2002 e em 2006, níveis superiores ao percentual de 50% dos trabalhadores empregados formalmente, no segmento, considerado todos os portes de empresas.

O gráfico ilustrativo a seguir demonstra a distribuição do saldo anual de empregos formais, nacionalmente, segundo o porte do estabelecimento no ano seguinte de 2007.

**Ilustração 2** Distribuição do saldo anual de empregos no mercado formal de trabalho, segundo porte do estabelecimento do Brasil em 2007 – contido no Anuário do SEBRAE Nacional de 2008<sup>2</sup>



Representaram anteriormente à pesquisa descrita na Ilustração 2 cerca de 67% do pessoal ocupado, segundo dados do IBGE, de acordo com pesquisa anterior e dados fornecidos em trabalho divulgado em 2007 pelo SEBRAE de São Paulo.<sup>3</sup>

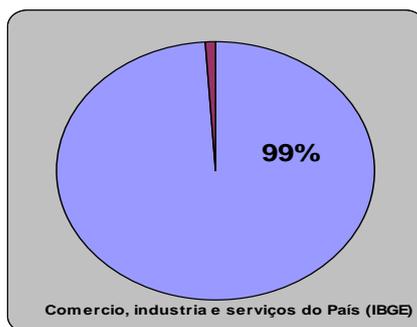


<sup>2</sup> Gráfico confeccionado pelo autor a partir de dados extraídos do Anuário do Trabalho na Micro e Pequena Empresa, ano 2008, do SEBRAE/NA, DIEESE, 2008, Tabela 71. Disponível em <[http://www.biblioteca.sebrae.com.br/bds/BDS.nsf/572C3CE47D9997DC83257486004E858E/\\$File/NT00038B0A.pdf](http://www.biblioteca.sebrae.com.br/bds/BDS.nsf/572C3CE47D9997DC83257486004E858E/$File/NT00038B0A.pdf)>. Consultado em 03 Abr.2010. Dados completos, inclusive por setores de atividade, conforme Tabela 2 em Anexo deste Trabalho, resumidos da forma abaixo descrita.

<sup>3</sup> Gráfico e dados obtidos por consulta a publicação de apresentação da Lei Geral das ME e EPP - Compras governamentais, cenário atual e perspectivas, proveniente de publicação do SEBRAE de São Paulo. Disponível em <[http://leigeral.sp.sebrae.com.br/publicacoes/apresentacao\\_lei\\_geral\\_supersimples.pdf](http://leigeral.sp.sebrae.com.br/publicacoes/apresentacao_lei_geral_supersimples.pdf)>. Consultado em 14 Abr.2010.

Existindo uma proporção tão expressiva de trabalho neste segmento empresarial, relevante também deve ser a importância que o ordenamento jurídico deve conferir a ele, levando-se em consideração o potencial dinamizador na economia, especialmente no emprego, e respectivamente na renda.

Conforme aponta a mesma publicação do SEBRAE São Paulo, somente a título de ilustração, afirma-se também que cerca de 99%<sup>4</sup> das empresa no setor das indústrias, comércio e serviços seja ME ou EPP.



Segundo SANTOS<sup>5</sup>, tais empresas participaram em 2006 no valor de R\$ 2,2 bilhões de reais no volume de contratações públicas federais, segundo dados do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão apurados em 2007.

Considerando as três esferas governamentais, o percentual é significativamente ampliado, eis que, 17% dos gastos públicos – das esferas Federal, Estadual e Municipal - foram direcionados as MPE, cerca de R\$ 44 bilhões de reais, segundo dados do SEBRAE São Paulo<sup>6</sup>, em um universo de cerca de 259 bilhões utilizados pelo Poder Público para licitar obras, compras e serviços, mas podem representar percentual ainda mais significativo, em razão de sua relevância econômica e social. E a expectativa, com o fomento normativo e administrativo, é que tal participação tenha um potencial para atingir 30% do volume das contratações, o que majoraria a participação total das MPE para cerca de R\$ 78 bilhões por ano, segundo dados do próprio SEBRAE São Paulo.

<sup>4</sup> Dados obtidos por consulta a publicação de apresentação da Lei Geral das ME e EPP - Compras governamentais, cenário atual e perspectivas, proveniente de publicação do SEBRAE de São Paulo. Disponível em <[http://leigeral.sp.sebrae.com.br/publicacoes/apresentacao\\_lei\\_geral\\_supersimples.pdf](http://leigeral.sp.sebrae.com.br/publicacoes/apresentacao_lei_geral_supersimples.pdf)>. Consultado em 14 Abr.2010.

<sup>5</sup> SANTOS, Jose Anacleto Abduch. *Licitações e o Estatuto da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 17.

<sup>6</sup> Dados obtidos por consulta a publicação de apresentação da Lei Geral das ME e EPP - Compras governamentais, cenário atual e perspectivas, proveniente de publicação do SEBRAE de São Paulo. Disponível em <[http://leigeral.sp.sebrae.com.br/publicacoes/apresentacao\\_lei\\_geral\\_supersimples.pdf](http://leigeral.sp.sebrae.com.br/publicacoes/apresentacao_lei_geral_supersimples.pdf)>. Consultado em 14 Abr.2010.

Diante da aludida relevância socioeconômica correlacionada ao tema, frisarse-á, de logo, a posição em que o mesmo se insere na ordem constitucional econômica. Cumpre-nos, conhecer o conceito de Ordem e, por conseguinte, de Ordem Econômica.

## 1.2 O CONCEITO DE ORDEM

Ordem traz consigo o significado de organização, e de uma ideia de elementos que interagem em um conjunto. E tal organização utiliza-se de um objetivo e uma finalidade.

FONSECA leciona e nos remete a esta ideia de organização ao tratar de ordem.

O conceito de ordem traz-nos à mente idéias de organização, e, por isso, mesmo de uma seleção direcionada dos elementos que integram um conjunto. Essa seleção se faz, é obvio, com um objetivo, com uma finalidade. Toda organização tem um direcionamento para uma meta, um encaminhamento de elementos para o futuro.<sup>7</sup>

E prossegue o autor explicitando os dois aspectos, um estático e outro dinâmico, do conceito de ordem.

Daí dever-se entender ordem como uma organização que envolve dois movimentos. Há um de colocar junto elementos compatíveis, entre si coerentes, elementos que se interimplicam no modo da significação. Esse colocar junto é um movimento estático, em que se visualizam os elementos que integram o conjunto numa perspectiva de compatibilidade, de não-rejeição.

E existe um outro movimento, tão importante quanto o anterior, mas que muitas vezes é obscurecido por ele. Quando se fala em ordem, dentro de uma perspectiva sempre dualista de fixação dos significados, se pensa numa oposição significacional a desordem, e se corre o risco de aceitar o conceito de ordem, como um conceito meramente estático. É preciso ter sempre em mente que o conceito estático se complementa, se integra e atinge sua plena significação com a perspectiva dinâmica.

---

<sup>7</sup> FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.83.

No mesmo sentido GRAU explicita que o vocábulo ordem porta em si, na sua rica ambigüidade, uma rota de desprezo em relação à desordem.<sup>8</sup>

Toda ordem rege-se por um elemento vinculante de imperatividade, sem o qual a ordem estaria fadada ao desfazimento ou ao enfraquecimento.

Neste norte, ordem econômica insere-se na organização a que a se atribui a atividade econômica.

### 1.3 O CONCEITO DE ORDEM ECONÔMICA

Também no tocante a economia é indispensável uma ordem. Segundo SILVA, “a idéia de ADAM SMITH, de que o mercado se regula por si próprio, não foi suficiente para conter os abusos”<sup>9</sup>. E por tal motivo, para este autor, existe a necessidade do Estado intervir na esfera da economia dispondo e disciplinando uma ordem. Esta ordem deve equivaler a um conjunto de regras compatíveis entre si, ou um conjunto de medidas, atribuindo ao todo uma harmonia. Esta intervenção deve ser feita através do orçamento público, ou da própria atuação do Estado como empresário (a iniciativa publica), ou, ainda, através do fomento - empréstimos, subsídio, incentivos fiscais, dentre outros.

Do ponto de vista sociológico, por outro ângulo, SILVA, identifica também a afirmação de WEBER. Para o qual ordem econômica equivale “à distribuição do poder de disposição efetivo sobre bens e serviços econômicos que se produz consensualmente (*consensus*)”<sup>10</sup>. E para WEBER esta distribuição se faz segundo o modo de equilíbrio de interesses e se faz à maneira como esses bens e serviços são empregados segundo o sentido do poder fático de disposição que repousa sobre o consenso.

O magistério de ORLANDO SOARES evidencia que o conceito de ordem econômica está entrelaçado ao de ordem social.

---

<sup>8</sup> MOREIRA, Vital. A ordem jurídica do capitalismo. Coimbra, Centelha, 1973, apud GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição Federal de 1988*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p.66-67.

<sup>9</sup> SILVA, Américo Luís Martins da. *A Ordem Constitucional Econômica*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.02.

<sup>10</sup> WEBER, Max. *Economia Y Sociedad: Esbozo de Sociologia Comprensiva*, vol. I, 2ª ed. 1964, p. 251 apud SILVA, Américo Luís Martins da. *A Ordem Constitucional Econômica*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.02.

O conceito de ordem econômica está entrelaçado ao de ordem social, daí a dificuldade em abordar um deles, sem focalizar o outro, até porque as instituições de ambas as ordens, abrangem sempre aspectos econômicos e sociais. Por isso esclarece ele que a noção de ordem econômica e social corresponde a um conjunto de princípios teóricos e normas jurídico-administrativas, de natureza complexa, que abrangem aspectos diversos e disciplinam e sistematizam as instituições, no campo da produção industrial, circulação da riqueza, comercialização, transporte, uso de propriedade, higiene e profissões, assim como costumes que regulam a vida dos indivíduos em suas relações com particulares e com órgãos governamentais. Outrossim, a noção de ordem econômica e social está intimamente ligada à evolução histórica dos diversos sistemas econômicos, sobretudo após o advento da propriedade privada e da escravidão, até a fase atual.<sup>11</sup>

SOUZA, então, confere uma conceituação de Ordem Econômica como conjunto de princípios, que, de forma harmoniosa, oferecem a ideia de “sistema econômico” e de “regime econômico”<sup>12</sup>.

Para ele, sistema econômico corresponde à concepção teórica, ao “modelo econômico idealizado”, ao “tipo especial”. E regime econômico é traduzido como “a realidade da vida econômica”<sup>13</sup>.

Importou-se verificar, outrossim, o conceito de ordem econômica, segundo MOREIRA<sup>14</sup>, citado por GRAU, que denotaria três sentidos, o primeiro é o sentido do “mundo do ser”, a relação entre fatores econômicos concretos; o conceito do mundo do ser, exprime-se pela a realidade de uma verificação do econômico como “fato”.

O segundo sentido seria o sentido sociológico, que envolveria todas as regras de conduta que respeitam à regulamentação dos sujeitos na economia, constituindo o sistema normativo no sentido sociológico da ação econômica. E o terceiro sentido, a que nos interessa, no momento, é o sentido jurídico da economia, o dever-ser normativo.

---

<sup>11</sup> SOARES, Orlando. Comentários à Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 05.10.88. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 587 apud SILVA, Américo Luís Martins da. *A Ordem Constitucional Econômica*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.03.

<sup>12</sup> SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras Linhas de Direito Econômico*. 4ª ed. São Paulo: LTr, 1999, p.189.

<sup>13</sup> SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras Linhas de Direito Econômico*. 4ª ed. São Paulo: LTr, 1999, p.189.

<sup>14</sup> MOREIRA, Vital. A ordem jurídica do capitalismo. Coimbra, Centelha, 1973, apud GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição Federal de 1988*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p.67.

Para MOREIRA, ainda citado por GRAU, é devido entender-se que a ordem econômica, estudada juridicamente tenha esta terceira ótica, qual seja, a ótica normativa jurídica, e que a Ordem Econômica corresponde a uma “parcela da ordem jurídica”<sup>15</sup>.

Extrai-se da lição de SOUZA<sup>16</sup>, que, sendo ordem, a ordem jurídico-político-econômica visa a estudar e delimitar vários fatos econômicos que esparsos, caracterizando-se por um conjunto de princípios harmonicamente dispostos destes fatos, conformados pela ordem jurídica, e em harmonia com os valores jurídicos do dever-ser.

A aparente conotação que advém da leitura desatenta do caput do art. 170<sup>17</sup> da Carta Constitucional de 1988 de que a ordem econômica estaria (mundo do ser) fundada na valorização do trabalho e na livre iniciativa, com as finalidades, conformidades e princípios descritos e que isto declararia a existência no mundo do ser, deve ser interpretada como o dever-ser fundada (mundo do dever-ser), e no dever-ser atingidas as finalidades, conformidades e princípios nele descritos.

Isto reafirma a declaração MOREIRA de que a ordem econômica é parcela da ordem jurídica. A ordem econômica contida na Constituição Federal de 1988, portanto, é norma contida no mundo do dever ser.

Como parcela da ordem jurídica, no sentido atribuído neste trabalho, a ordem econômica dirige-se ao intérprete, ao legislador e ao aplicador da norma, de forma determinante e até dirigente, como será descrito adiante.

A ordem econômica constitucional é o conjunto de disposições normativas relativas ao conteúdo, a organização, e a atuação econômica determinada pelo Direito em um dado ordenamento jurídico constitucional.

GRAU explicita, então, a ideia de ordem econômica, valendo-se do seu sentido jurídico, como conjunto de princípios jurídicos, mediante conformação da atividade econômica a determinados fins políticos do Estado.

---

<sup>15</sup> MOREIRA, Vital. A ordem jurídica do capitalismo. Coimbra, Centelha, 1973, apud GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição Federal de 1988*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p.67.

<sup>16</sup> SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras Linhas de Direito Econômico*. 4ª ed. São Paulo: LTr, 1999, p.190-191.

<sup>17</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Consultado em: 14 Mar. 2010. Artigo 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: (...)

É nítida a qualificação desta última (que é a ordem econômica da qual cogito) como parcela da ordem jurídica.

Em outra ocasião a descrevi como conjunto de princípios jurídicos de conformação o processo econômico, desde uma visão macrojurídica, conformação que se opera mediante o condicionamento da atividade econômica a determinados fins políticos do Estado. Tais princípios – prosseguem – gravitam em torno de um núcleo, que podemos identificar nos regimes jurídicos da propriedade e do contrato.<sup>18</sup>

Evidencia-se, então, o conceito de ordem econômica, sob o enfoque jurídico, como conceito próximo de Constituição Econômica.

O conceito de ordem econômica, se é de ordem econômica constitucional que cogitamos – e, de fato, é – é próximo, bastante próximo, do conceito de Constituição Econômica.<sup>19</sup>

A Ordem econômica, como parcela do sistema normativo, que regula as relações econômicas, é assim também descrita por TAVARES que a identifica como a ordem jurídica da economia e denota

a parcela do sistema normativo voltada para regulação das relações econômicas que ocorrem em um Estado. Seria, pois, ordem jurídica da economia. (...) Ordem econômica é a expressão de um certo arranjo econômico, dentro de um específico sistema econômico, preordenado juridicamente. É a sua estrutura ordenadora, composta por um conjunto de elementos que conforma um sistema econômico.<sup>20</sup>

O mesmo autor, citando expressão de GRAU, descreve que ordem econômica aponta para uma parcela da ordem jurídica, enfatizando o sistema de princípios e regras jurídicas.

A expressão designa uma parcela da ordem jurídica, conforme aponta Eros Grau (1997:41): “Ainda que se oponha à ordem jurídica a ordem econômica, a última expressão é usada para referir uma parcela da ordem jurídica. Esta, então – tomada como sistema de princípios e regras jurídicas –, compreenderia uma ordem pública, uma ordem privada, uma ordem econômica, uma ordem social.”<sup>21</sup>

---

<sup>18</sup> GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição Federal de 1988*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p.70.

<sup>19</sup> GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição Federal de 1988*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p.70.

<sup>20</sup> TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. 2ª ed. São Paulo: Método, 2006, p.82-83.

<sup>21</sup> GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição Federal de 1988*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 66-67, apud TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. 2ª ed. São Paulo: Método, 2006, p.83.

## 1.4 CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA E A CARTA CONSTITUCIONAL DE 1988

A Constituição Econômica se expressa no modo pelo qual a Ciência Jurídica relaciona-se com a economia e esta interação entre as duas ciências.

FONSECA<sup>22</sup> assevera que Constituição política e constituição econômica se interimplicam e se integram.

A ideia de Constituição Econômica concretiza-se após a 1ª Guerra Mundial e no período histórico que a sucedeu.

O intervencionismo estatal necessário para atuar na defesa do interesse público implementado pelo Estado Social, exige também a conformação dos interesses privados aos interesses públicos – do qual o Estado representa -, o que é legitimado pelo texto Constitucional, norma superior do ordenamento jurídico.

A ordem econômica, entendida como organização da economia tem seu nascimento antes mesmo do surgimento do Estado Moderno constituído. E naturalmente esta ordem natural da economia tem por parâmetro a atuação livre e desembaraçada, por tal motivo, há a necessidade de uma norma – e norma de caráter Constitucional – para vinculação desta ao interesse público.

Os fatos históricos demandaram esta deliberação e os ordenamentos constitucionais foram paulatinamente agregando em seus textos dispositivos expressos da ordem econômica.

Para o tema Constituição Econômica deve-se reportar simultaneamente ao tema Intervenção do Estado na economia. SOUTO explicita

o intervencionismo estatal na economia, implementado no Estado Social, destaca-se com maior determinação após o advento do constitucionalismo, quando já solidificada a idéia de Estado de Direito, i.e., o Poder Público limitado por uma ordem jurídica. Portanto, se a atividade econômica, que antecedia o Estado, deveria se conformar aos objetivos da coletividade por este representada, indispensável seria que o documento legitimador do Poder do Estado – a Constituição – previsse tal atuação, bem como impusesse os respectivos limites.<sup>23</sup>

---

<sup>22</sup> FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.89.

<sup>23</sup> SOUTO, Marcos Juruena Villela, *Direito Administrativo da Economia*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p.10-11.

MOREIRA, citado por SOUTO, assevera, então, que a Constituição Econômica está ligada ao fim da ordem natural da economia, a intervenção estatal desfaz esta representação liberal da ordem natural econômica e estabelece uma outra ordem, política, que dispõe sobre o econômico na forma de norma. Esta norma tem natureza de sistema normativo programático de uma ordem econômica a realizar-se.

Ela está fundamentalmente ligada ao fim da representação liberal da ordem natural do econômico, e ao desencanto que esse fim provocou. A intervenção do Estado, tornada necessária, quebra aquela representação e faz substituí-la por uma outra em que ao político se vão fazer exigências sobre o econômico. Essas exigências dão entrada no texto constitucional e é sobre esse sistema normativo-programático de uma ordem econômica a realizar que vai erigir-se o conceito de constituição econômica...<sup>24</sup>

MOREIRA, então, define Constituição econômica

Precisamente, são os princípios regras ou instituições jurídicos que “traduzem juridicamente” os elementos determinantes do econômico – isto é, uma determinada estrutura de relações de produção -, são eles que hão de ser elevados à qualidade unificante do material jurídico-econômico, isto é, há de “construir” a ordem econômica. As “normas jurídicas portadoras do sistema econômico” são pois o núcleo fundamental da constituição econômica.<sup>25</sup>

MOREIRA, então, define Constituição econômica, citado por FONSECA, como

o conjunto de preceitos e instituições jurídicas que, garantindo os elementos definidores de um determinado sistema econômico, instituem uma determinada forma de organização e funcionamento da economia e constituem, por isso mesmo, uma determinada ordem econômica; ou de outro modo, aquelas normas ou instituições jurídicas que, dentro de um determinado sistema e forma econômicos, que garantem e (ou) instauram, realizam uma determinada ordem econômica concreta.<sup>26</sup>

Quanto as Constituições econômicas existem, segundo o aprendizado que pode ser extraído de TAVARES, graus de constituições econômicas, dependendo do maior ou menor grau de intervenção estatal.

<sup>24</sup> MOREIRA, VITAL. Economia e Constituição. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1979, p.35-37, apud SOUTO, Marcos Juruena Villela, *Direito Administrativo da Economia*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p.11.

<sup>25</sup> MOREIRA, VITAL. Economia e Constituição. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1979, p.35-37, apud SOUTO, Marcos Juruena Villela, *Direito Administrativo da Economia*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p.11.

<sup>26</sup> MOREIRA, VITAL. Economia e Constituição. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1979, p. 41, apud FONSECA, João Bosco Leopoldino da, *Direito econômico*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p.93.

Ademais, quanto menor a “intervenção”, menor seria a Constituição econômica (...). Na realidade, tal critério tem no Estado liberal o seu parâmetro e fundamento, sendo, por isso mesmo, tendencioso. É que a definição tem no Estado liberal pleno o patamar no qual não haveria Constituição econômica (intervenção zero).<sup>27</sup>

Neste rumo, leciona BERCOVICI que a Constituição deve ter a sua aplicação como uma unidade e não como segmentos isolados. A Constituição Econômica deve ser parte integrante e não autônoma da Constituição do Estado. Não se deve romper com a unidade da Constituição e decompô-la em uma pluralidade de núcleos isolados e autônomos, inclusive, a atividade econômica que esta deve regular.

Para entendermos a Constituição Econômica, segundo Natalino Irti, não devemos romper com a unidade da Constituição e decompô-la em uma pluralidade de núcleos isolados e autônomos, como propuseram os ordoliberais. Devemos sim, concentrar-nos em aplicar a Constituição como uma unidade nos vários campos e áreas específicos, inclusive a economia. As decisões econômicas devem estar nela enquadradas. A Constituição Econômica para Irti, é a Constituição política estatal aplicada às relações econômicas.<sup>28</sup>

Evidencia ainda BERCOVICI, e segundo ele, sem qualquer intenção de pautar-se em elementos utópicos, que “A Constituição de 1988 tentou trazer as bases de um projeto nacional de desenvolvimento.”<sup>29</sup>

#### 1.4.1 As constituições econômicas brasileiras

Dentre as Constituições brasileiras é importante fazer breve apanhado acerca do histórico posicionamento Constitucional nacional, sobretudo no que tem pertinência ao tema em estudo. Far-se-á breve verificação dos dispositivos Constitucionais atinentes a Ordem econômica, nas Constituições históricas brasileiras.

<sup>27</sup> TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional econômico*. 2ª ed. São Paulo: Método, 2006.

<sup>28</sup> BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Econômica e Desenvolvimento*. Uma leitura a partir da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 13.

<sup>29</sup> BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Econômica e Desenvolvimento*. Uma leitura a partir da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 67.

A Constituição de 1934 foi a primeira Constituição no Brasil a mencionar como título, a Ordem Econômica e Social.

A referida Carta Política dispunha em seu artigo 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.

SOUTO descreve que o referido texto Constitucional trouxe dentre outros instrumentos de intervenção, as seguintes previsões de

Monopólio (art. 116), o fomento ao desenvolvimento do crédito (art. 117) e da produção (art. 121), a nacionalização dos bancos (art. 117), das minas e jazidas minerais (art. 119, § 4º) e o estímulo à formação de colônias agrícolas em áreas empobrecidas (art. 121, § 5º).

A Constituição de 1937, promulgada por Getúlio Vargas, retomou aspecto liberal da face Estatal e teve determinada a ordem econômica em seu artigo 135.

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 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.<sup>30</sup>

Leciona SOUTO acerca da Carta Constitucional de 1937 descreve que o referido texto Constitucional trouxe dentre outros instrumentos de intervenção, as seguintes previsões de

A mesma Carta considera o trabalho dever social (art. 136), sendo criados os princípios da legislação trabalhista (art. 137); são criadas a Justiça do Trabalho (art. 139) e a reserva de mercado para bancos de depósito (art. 145), para as empresas concessionárias de serviços públicos (art. 146) e para o setor de navegação (art. 149).<sup>31</sup>

---

<sup>30</sup> BRASIL. Constituição (1937). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm)>. Consultado em 14 Mar.2010.

<sup>31</sup> SOUTO, Marcos Juruena Villela, *Direito Administrativo da Economia*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p.13.

A Carta Constitucional brasileira de 1946, após o restabelecimento da democracia, inovou introduzindo o princípio da justiça social à ordem econômica, disciplinando o texto em seu art. 145.

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.<sup>32</sup>

Atualmente o referido princípio foi promovido à categoria de fundamento da República Federativa do Brasil, a teor do artigo 1º, inciso IV, da Carta de 1988.

Adiante, a Constituição de 1967 estabeleceu a justiça social como finalidade da ordem econômica, com base nos princípios igualmente estabelecidos no seu art. 157. Dentre eles, a liberdade de iniciativa, a valorização do trabalho como condição da dignidade humana, a função social da propriedade, a harmonia e solidariedade entre os fatores produção, o desenvolvimento econômico, e a repressão ao abuso do poder econômico.

Caracterizado, este último, qual seja, o abuso do poder econômico, pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros. É o que se pode denotar da leitura do texto Constitucional.

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 arbitrário dos lucros.<sup>33</sup>

A Emenda Constitucional no. 01 de 1969 (art. 160) é entendida por parte da doutrina nacional como sendo Constituição formal. Esta acrescentou no próprio *caput* do dispositivo relativo a ordem econômica e social, em comparação a Carta de 1967, a afirmação da finalidade que esta atividade deve ter quanto a realização do desenvolvimento; e estabeleceu a expansão das oportunidades de emprego produtivo como princípio.

---

<sup>32</sup> BRASIL. Constituição (1946). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm)>. Consultado em 14 Mar.2010.

<sup>33</sup> BRASIL. Emenda Constitucional 01 (1969). *Emenda Constitucional 01*. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm)> Consultado em 14 Mar.2010.

Art. 160. A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e 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 as categorias sociais de produção;
- V - repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros; e
- VI - expansão das oportunidades de emprego produtivo.<sup>34</sup>

Novamente restabelecido o regime democrático, foi convocada a Assembléia Nacional Constituinte em 1987.

Como conseqüência dos trabalhos resultou a publicação da Carta da Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988, a vigente Constituição brasileira.

A Constituição Federal de 1988 estabelece entre seus artigos 170 e 192, o Título VII, da Ordem Econômica e Financeira, onde são dispostos, portanto, quatro capítulos. Sendo o primeiro direcionado para os Princípios Gerais da Atividade Econômica, o segundo para a Política Urbana, o terceiro aplicado a Política Agrícola e Fundiária e da Reforma Agrária e o quarto destinado ao Sistema Financeiro Nacional.

O artigo 170 dispõe que a ordem econômica nacional é fundada na valorização do trabalho, em seguida, da livre iniciativa; tem por fim assegurar existência digna, na conformidade da justiça social.

E o mesmo dispositivo determina quais os princípios que devem ser seguidos e respeitados, quais seja soberania nacional, a propriedade privada, a função social da propriedade, a livre concorrência, a defesa do consumidor, e do meio ambiente, a busca do pleno emprego e, especialmente, em atenção ao presente trabalho, o tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte.

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

- I - soberania nacional;
- II - propriedade privada;
- III - função social da propriedade;
- IV - livre concorrência;

---

<sup>34</sup> BRASIL. Constituição (1969) *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc\\_anterior1988/emc01-69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm)>. Consultado em 14 Mar.2010.

- V - defesa do consumidor;
- VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;
- VII - redução das desigualdades regionais e sociais;
- VIII - busca do pleno emprego;
- IX - tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte. (Redação original da CF/88, quanto a este inciso)
- IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação vigente, atribuída pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995)

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.<sup>35</sup>

A dicção original do inciso IX do citado artigo 170, da Constituição da República, favorecia as empresas exclusivamente de capital nacional, o que foi alargado pela Emenda Constitucional no. 06, de 15/08/1995, para todas as empresas constituídas sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País.

## 1.5 A INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ATIVIDADE ECONÔMICA

Indagando acerca de que modo se verifica a intervenção do Estado na atividade econômica, procedeu-se a análise doutrinária pertinente.

Quanto aos aspectos gerais da Intervenção do Estado no domínio econômico, VENÂNCIO FILHO também examina a posição doutrinária do liberalismo econômico em ADAM SMITH, e, que, para este último, o Estado teria apenas três deveres de grande relevância, para a sociedade, e somente estes. Seriam eles,

(...) primeiro, o dever de proteger e a sociedade da violência e da invasão por outras sociedades independentes; o segundo, o dever de proteger, na medida do possível, cada membro da sociedade da injustiça e da opressão de qualquer outro membro, ou o dever de estabelecer uma adequada administração da justiça; em terceiro lugar, o dever de erigir e manter certas obras públicas e certas instituições públicas que nunca será do interesse de qualquer indivíduo ou de um pequeno número de indivíduos erigir e manter; porque o lucro jamais reembolsaria as despesas para qualquer indivíduo ou número de indivíduos,

---

<sup>35</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Consultado em 14 Mar.2010.

embora possa freqüentemente proporcionar mais do que o reembolso a uma sociedade maior.<sup>36</sup>

Para o mesmo autor, com relação ao liberalismo, qualquer extensão que se possa dar a esta última função de realizar obra ou instituição públicas, também, manteria a limitação ao Estado.

Para VENANCIO FILHO, a intervenção do Estado no domínio econômico era possível de ser fundamentada como exercício do poder de polícia do Estado, e cita PARODI, que defende o ponto de vista liberal:

(...) todo regime estatal implica um mínimo de intervenção nas atividades econômicas dos indivíduos; a coletividade pública não poderia se desinteressar das relações que, de um lado podem comportar certos abusos e de outro condicionam a riqueza e, em consequência, todo o desenvolvimento do país. (...)

Entre esse mínimo de intervenção e esse mínimo de liberdade, o regime estatal comporta, em matéria econômica, as modalidades de ação as mais diversas: do simples exercício de poderes gerais de legislação e de polícia necessários para estabelecer o quadro jurídico das atividades privadas e manter a ordem pública, até o grau de intervenção que implica em que o Estado assuma a responsabilidade de organizar e dirigir o conjunto da economia do país.<sup>37</sup>

E caracterizando, mais detalhadamente, o Estado liberal, PARODI, citado por VENANCIO FILHO, comenta:

A concepção liberal do Estado nasceu de uma dupla influência: de um lado, o individualismo filosófico e político do século XVIII e da Revolução Francesa, que considerava como um dos objetivos essenciais do regime estatal a proteção de certos direitos individuais contra os abusos da autoridade; de outro lado, o liberalismo econômico dos fisiocratas e de ADAM SMITH, segundo o qual a intervenção da coletividade não deveria falsear o jogo das leis econômicas, benfazejas por si, pois que esta coletividade era imprópria para exercer funções de ordem econômica.<sup>38</sup>

<sup>36</sup> SMITH, Adam. *The Nature and Causes of the Wealth of Nations*. London, Cadell, 1811, p. 42, apud VENANCIO FILHO, Alberto. *A Intervenção do Estado no Domínio Econômico: o direito público econômico no Brasil*. Ed. Fac-similar. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 04-05.

<sup>37</sup> PARODI, Alexandre. *La vie publique et la vie économique*. Encyclopédie Française – Tome X – L'état Moderne. Paris. Encyclopédie, 1935, págs. 10.20-6, apud VENANCIO FILHO, Alberto. *A Intervenção do Estado no Domínio Econômico: o direito público econômico no Brasil*. Ed. Fac-similar. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 05-06.

<sup>38</sup> PARODI, Alexandre. *La vie publique et la vie économique*. Encyclopédie Française – Tome X – L'état Moderne. Paris. Encyclopédie, 1935, págs. 10.20-6, apud VENANCIO FILHO, Alberto. *A Intervenção do Estado no Domínio Econômico: o direito público econômico no Brasil*. Ed. Fac-similar. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 06.

PARODI citado por VENANCIO FILHO<sup>39</sup> ainda prossegue declarando que o Estado liberal provocou o aparecimento de um duplo princípio. Eis que em exercendo, o indivíduo, a atividade privada detinha a liberdade do comércio e da indústria, que entendido esta como uma das liberdades individuais, representava um princípio; e por outro norte, o princípio da liberdade do comércio e da indústria proíbe ao Estado e seus órgãos descentralizados intervir, com o peso excepcional dos recursos coletivos, na concorrência industrial e comercial.

LAUFENBERGUER, igualmente citado por VENANCIO FILHO, mostra a realidade dessas formas extremas da atividade privada, afirmando que mesmo no apogeu do capitalismo, o ideal de liberdade e de individualismo não foi jamais inteiramente concretizado. Asseverando LAUFENBERGER, “donde resulta que o capitalismo é inconcebível sem um mínimo de intervenção.”<sup>40</sup>

Como desfecho do Estado Liberal, extrai-se do texto de VENANCIO FILHO<sup>41</sup> citando VILLEY, que segundo este último autor, as atribuições do Estado, pertinentes às matérias de interesse comum, são insusceptíveis de entrega à iniciativa privada; e no dizer de BURDEAU as transformações advindas especialmente após a Revolução Industrial agravaram as condições materiais da vida dos trabalhadores, revelando grande disparidade entre o cidadão nobre e a situação do proletário, penalizando por constrangimentos econômicos.

Segundo TAVARES, pode-se afirmar que quanto ao modelo de Estado liberal clássico, da livre iniciativa irrestrita, e quanto ao Estado social, interventor totalizante, inexistem países que adotam um ou outro em termos absolutos.

O que se pode afirmar, revistos os modelos radicais – o Estado liberal clássico, da livre-iniciativa irrestrita, e o Estado social interventor, com a possibilidade da estatização totalizante –, é a inexistência de país que adote um ou outro totalmente, em sua pureza.<sup>42</sup>

---

<sup>39</sup> VENANCIO FILHO, Alberto. *A Intervenção do Estado no Domínio Econômico: o direito público econômico no Brasil*. Ed. Fac-similar. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 06.

<sup>40</sup> LAUFENBURGER, Henry. L'Intervention de l'Etat en matière économique. Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1939, pág. 3, apud VENANCIO FILHO, Alberto. *A Intervenção do Estado no Domínio Econômico: o direito público econômico no Brasil*. Ed. Fac-similar. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 06.

<sup>41</sup> VENANCIO FILHO, Alberto. *A Intervenção do Estado no Domínio Econômico: o direito público econômico no Brasil*. Ed. Fac-similar. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 09.

<sup>42</sup> TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. 2ª ed. São Paulo: Método, 2006.p. 64.

E ressalta TAVARES, na seqüência imediata, que a livre iniciativa consolidou-se como princípio na maior parte dos Países, salvo exceções, e pelo mesmo lado, consolidou-se também a intervenção do Estado na economia.

De modo geral, a livre-iniciativa consolidou-se como princípio fundamental da organização da economia na maioria dos países da atualidade, exceção feita àqueles nos quais a liberdade não é consagrada plenamente (no sentido ocidental de liberdade). Mas também, ao lado da livre-iniciativa, consolidou-se a intervenção do Estado (paradoxo econômico aparente).<sup>43</sup>

O mesmo autor evidencia, nesta trajetória, o dever ser a intervenção do Estado compreendida como uma necessidade no estabelecimento de uma sociedade justa e igualitária. E que a atuação estatal, até mesmo no modelo liberal, é necessária, seja em certas atividades determinadas – para ele, intervenção propriamente dita -, seja na intervenção indireta, através da regulação e fiscalização da atuação da iniciativa privada.

A forma de Estado Liberal cedeu lugar, historicamente, ao Estado Social, com pretensões de cuidado com as aspirações coletivas. Sendo

O Estado Social impulsionou o estabelecimento do “constitucionalismo social” com a preocupação da participação estatal na atividade econômica, segundo BERCOVICI.<sup>44</sup>

O Estado Contemporâneo, na dicção textual de TAVARES, por derradeiro, neste item, afastou-se de prestar de forma direta diversas atividades, transferindo-as aos particulares, sem, contudo, deixar de regular e fiscalizar a conduta privada, é o Estado Regulador.

Estado regulador é o novo perfil do Estado contemporâneo, que se afastou da prestação efetiva de diversas atividades, transferindo-as aos particulares, sem, contudo abandonar totalmente setores que deixava, já que permaneceu neles regulando e acertando (fiscalizando) a conduta privada (...).<sup>45</sup>

### 1.5.1 Intervenção estatal: elementos conceituais

---

<sup>43</sup> TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. 2ª ed. São Paulo: Método, 2006.p. 64.

<sup>44</sup> BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Econômica e Desenvolvimento*. Uma leitura a partir da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005, p.13.

<sup>45</sup> TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. 2ª ed. São Paulo: Método, 2006.

Para GRAU<sup>46</sup>, destarte, existe distinção entre atuação e intervenção estatais. Tecnicamente, para este autor, a atuação seria o exercício de atividade que lhe é correlata, natural. A exemplo da prestação de serviço público ou sua regulamentação - é atuação na economia em sentido amplo.

E a intervenção seria a participação em área que não lhe é própria, e isto ocorreria, na atuação na atividade econômica que pertence à iniciativa privada. Constituiria atuação estatal em sentido estrito na economia.

Desta feita, na lição de GRAU, expressamente, a intervenção se refere a “atuação estatal no campo da atividade econômica em sentido estrito (“domínio econômico”)”.<sup>47</sup>

A classificação adotada por GRAU, quanto as modalidades de intervenção são três. As modalidades classificadas em intervenção por absorção ou participação; intervenção por direção e intervenção por indução.

No primeiro caso, o Estado intervém no domínio econômico, isto é, no campo da atividade econômica em sentido estrito. Desenvolve ação, então, como agente (sujeito) econômico. Intervirá, então, por absorção ou participação.<sup>48</sup>

O autor declara que, por absorção, seria a assunção total de um determinado setor da atividade econômica pelo Estado (monopólio); e por participação seria a assunção de parcela deste, em concorrência com a iniciativa privada.

Intervenção por direção e intervenção por indução, seriam forma de intervenção “sobre” o domínio econômico em sentido estrito.

Quando o faz por direção, o Estado exerce pressão sobre a economia, estabelecendo mecanismos e normas de comportamento compulsório para os sujeitos da atividade econômica em sentido estrito.

Quando faz, por indução, o Estado manipula os instrumentos de intervenção em consonância e na conformidade das leis que regem o funcionamento dos mercados.<sup>49</sup>

---

<sup>46</sup> GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição Federal de 1988*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p.147.

<sup>47</sup> GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição Federal de 1988*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p.148.

<sup>48</sup> GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição Federal de 1988*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 148.

<sup>49</sup> GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição Federal de 1988*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 148-149.

A intervenção por direção é explicada por GRAU, exemplificadamente, através do controle de preços para tabelamento e congelamento. E a intervenção por indução, exemplifica pela norma que contém incentivos (positivos, como v.g, os benefícios; ou negativos, como o aumento de tributo contra a importação de determinado bem).<sup>50</sup>

Segundo GRAU, importante ressaltar, que o planejamento não seria uma modalidade de intervenção, mas sim a qualificação da intervenção do Estado, seja na forma de absorção, seja por direção, ou por indução.

Outra classificação quanto aos atos interventivos no domínio econômico encontra-se em SOUTO, que leciona que a Carta Constitucional de 1988 estabeleceu os seguintes instrumento e mecanismos e normas correlacionadas:

- planejamento do desenvolvimento econômico – art. 174, § 1º;
- incentivo (Fomento público) – art. 174;
- repressão ao abuso de poder econômico – art. 173, § 4º;
- exploração direta da atividade econômica – art. 173.<sup>51</sup>

Para SILVA<sup>52</sup> o planejamento “é um processo técnico instrumentado para transformar a realidade existente no sentido de objetivos previamente estabelecidos”.

Em nosso entender o planejamento, concordando com GRAU, trata-se de uma qualificação da intervenção, ou no dizer de SILVA, uma técnica, de efetivação de objetivos previamente estabelecidos.

Tais institutos, então, de intervenção por direção e por indução; de planejamento, incentivo, repressão e exploração direta da atividade econômica; são proposições e institutos da Carta Constitucional de 1988.

O que deve ser destacado, destarte, aqui, é a vigência jurídica e a ordem a uma predisposição de institutos de participação estatal na atividade econômica presentes em nossa Carta Constitucional e que estão à disposição da atuação do interprete, do aplicador, do legislador e do administrador brasileiros como instrumentos de efetivação do interesse público.

Assevera lição de BERCOVICI, que a Constituição Federal de 1988 trouxe as “bases de um projeto nacional de desenvolvimento.”<sup>53</sup>

<sup>50</sup> GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição Federal de 1988*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 149.

<sup>51</sup> SOUTO, Marcos Juruena Villela, *Direito Administrativo da Economia*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p.16.

<sup>52</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 87.

## 1.6 A CONSTITUIÇÃO DESENVOLVIMENTISTA BRASILEIRA OS PRINCÍPIOS DA ORDEM ECONÔMICA

No tocante a ordem econômica e o modo existencial desta quanto ao ordenamento jurídico brasileiro e o papel do Estado no domínio econômico, cabe verificar, de modo geral, a existência dos Princípios afetos e correlacionados à Ordem Econômica pátria.

### 1.6.1 A postura diante de regras e princípios

E, de logo, perquire-se acerca da natureza jurídica dos Princípios.

ÁVILLA leciona que os princípios têm como dever imediato a promoção de um estado ideal de coisas e as regras têm a adoção da conduta descrita como mesmo dever.

Regras e princípios, como proposta conceitual de ÁVILLA, seriam respectivamente, então:

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.<sup>54</sup>

Expressa ÁVILLA ainda o autor, os posicionamentos de DWORKIN e CANARIS quanto aos princípios.

Canaris, além de evidenciar o conteúdo axiológico dos princípios, distingue os princípios das regras em razão do modo de interação com outras normas: os

---

<sup>53</sup> BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Econômica e Desenvolvimento*. Uma leitura a partir da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 67.

<sup>54</sup> ÁVILLA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p.78-79.

princípios, ao contrário das regras, receberiam seu conteúdo de sentido somente por meio de um processo dialético de complementação e limitação.

Dworkin sustenta que os princípios, ao contrário das regras, possuem uma dimensão de peso que se exterioriza na hipótese de colisão, caso em que o princípio com peso relativo maior se sobrepõe ao outro, sem que este perca sua validade.<sup>55</sup>

Para ALEXY, não existe a visão de complementariedade dos princípios em relação às regras, pois para ele, “regras e princípios serão reunidos sob o conceito de norma.”. E prossegue evidenciando o dever ser de ambos – isto é, que as regras e os princípios expressam.

Tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio das expressões deontológicas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas. (...) Toda norma é ou uma regra ou um princípio.

ALEXY<sup>56</sup> enfatiza que a diferença entre regras e princípios é acentuada em caso de colisão entre princípios e de princípios e regras, mostrando-se aí, com maior clareza a diferenciação de ambos.

A colisão entre regras somente se soluciona, na lição deste doutrinador, se for introduzida “em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida.” E aponta ainda, que se essa solução não for possível “pelo menos uma das regras tem que ser declarada inválida”. Trata-se, aqui, da invalidade jurídica. E para constatar qual deve ser declarada inválida, se não for possível a inclusão de cláusula de exceção em uma delas, o problema é solucionado pela lei posterior, que revoga a anterior, e lei especial que derroga a lei de caráter geral, ou de acordo com a importância da norma em conflito, o que diz respeito a hierarquia das normas.

Quanto a colisão entre princípios, a solução é dada, segundo ALEXY, através de modo diverso. Se há a colisão entre dois princípios, um dos dois princípios terá que ceder”. Mas isso “não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser

---

<sup>55</sup> ÁVILLA, Humberto. *Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p.51.

<sup>56</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 87.

declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção.”<sup>57</sup> Na lição do doutrinador, um terá precedência sobre o outro, em determinadas condições. E, sobre outras condições, aplicar-se-á o outro. E o conflito deve ser resolvido, neste caso, por meio de um sopesamento entre os interesses conflitantes.

Para ALEXY, os princípios são normas que abrigam razões de interesses individuais ou também de interesses coletivos, divergindo, quanto a isto DWORKIN, que, lecionado pelo primeiro, expressa um conceito mais reduzido de princípios, o qual não traria razões coletivas, mas somente individuais. Normas de interesse coletivo seriam para ele, normas “políticas”.

ESPÍNDOLA citado por BONFIM, atribui, a origem desta transformação para o entendimento dos princípios como norma, à Constitucionalização dos princípios gerais do Direito, fundamentos, portanto, da ordem jurídica, operando-se uma revolução “principal”.

O ponto central desse movimento de transformação normativa, por que passaram os princípios, reside, em rigor, no caráter e no lugar de sua normatividade, depois que “saltaram” dos Códigos para as Constituições, do Direito Privado para o Direito Público. Esse salto alterou as funções dos princípios no Direito Positivo, os quais, antes, nos albores do século XIX, durante as codificações, desempenhavam o papel de fontes de mero teor supletório, como princípios gerais de caráter civilístico, e, agora, a partir de meados do século XX, atuam como fundamentos de toda a ordem jurídica, na qualidade de princípios constitucionais. A constitucionalização dos princípios operou, assim, verdadeira revolução principal.<sup>58</sup>

Visualizando-se o conteúdo normativo dos princípios, é mister tratar da inserção, dentre os princípios da ordem econômica, do tocante às micro e pequenas empresas e seu papel desta ordem.

### **1.6.2 Princípios da Ordem Econômica, MPE e os fins de desenvolvimento**

Assevera TAVARES<sup>59</sup>, quanto aos princípios da ordem econômica, que os princípios expressam não apenas os fundamentos da ordem econômica, mas também e,

---

<sup>57</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 93.

<sup>58</sup> ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. In BONFIM, Thiago Rodrigues de Pontes. *Os Princípios Constitucionais e sua força normativa*. Análise da prática jurisprudencial. Salvador: JusPodium, 2008. p. 66.

<sup>59</sup> TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. 2ª ed. São Paulo: Método, 2006, p. 128-129.

principalmente, suas finalidades, isto é, os objetivos delineados a serem alcançados como metas pela implementação de seus ditames econômicos.

Nos termos do artigo 170 da CF/88, como já apontado, a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, e tem por objetivo assegurar a todos existência digna e, conforme os ditames da justiça social.

Deve ser registrado, igualmente, que TAVARES elenca os princípios econômico-constitucionais em sentido amplo, para, após, tratar dos princípios econômico-constitucionais em sentido estrito.

O autor entende que embora trabalhe a classificação dos princípios estritos constitucionais, declara que podem e devem ser analisados outros princípios de teor Constitucional presentes na Carta, quais sejam os princípios econômico-constitucionais em sentido amplo.

E estes seriam, também, o princípio do Estado de Direito, conferindo a necessária segurança e previsibilidade das relações jurídicas; o princípio do Federalismo, decorrente da unidade econômica brasileira; os Princípios dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (artigo 1º, inciso IV da CF/88); o Princípio do desenvolvimento nacional (artigo 3º, inciso II da CF/88); o Princípio da erradicação da pobreza e marginalização e o Princípio da redução das desigualdades sociais e regionais (artigos 3º, III e III, fine da CF/88).<sup>60</sup>

Em sentido estrito, o texto do artigo 170 da Carta brasileira de 1988 estabelece os princípios da soberania nacional, da propriedade privada, da função social da propriedade, da livre concorrência, da defesa do consumidor, da defesa do meio ambiente, da redução das desigualdades regionais e sociais, a busca do pleno emprego, e, especialmente, do tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Deve-se ter em lembrança de destacada pontuação, que o Princípio do desenvolvimento nacional está estampado no artigo 3º, inciso II, da Carta de 1988<sup>61</sup>. A

---

<sup>60</sup> TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. 2ª ed. São Paulo: Método, 2006, p.128-129.

<sup>61</sup> BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc\\_antecedente1988/emc01-69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_antecedente1988/emc01-69.htm)>. Consultado em 14 Mar.2010.

Artigo 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II – garantir o desenvolvimento nacional;

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

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Constituição Federal é, portanto, uma Constituição desenvolvimentista. Embora a questão seja tratada mais adiante, já imediatamente traçam-se algumas assertivas acerca do desenvolvimento, com a intenção de demonstrar a Constituição desenvolvimentista brasileira. Breves disposições serão por ora descritas, mas o tema será abordado no capítulo conclusivo.

Desenvolvimento, nos termos de TAVARES,

passa prioritariamente pelo desenvolvimento do homem, de seu cidadão, de seus direitos fundamentais. Sem ele, o mero avanço econômico pouco significará, apenas fará sentido para poucos.<sup>62</sup>

BERCOVICI corrobora que apesar de índices de aumento de produtividade (aspecto quantitativo), isto não representa necessariamente melhores condições de vida a maioria da população.

(...) embora possa haver taxas elevadas de crescimento econômico e aumentos de produtividade, a modernização não contribui para melhorar as condições de vida da maioria da população.<sup>63</sup>

Na lição de PETTER, o crescimento não deve ser considerado um fim em si mesmo, sobretudo pela oposição da simples produção econômica que leva em consideração uma matemática quantitativa.

Sensatamente, o crescimento econômico, principalmente quando medido por grandezas matemáticas atinentes à simples produção econômica, não pode ser considerado um fim em si mesmo.

BERCOVICI descreve, neste diapasão, que o quadro econômico brasileiro gerou “pólos de desenvolvimento em algumas regiões”, enquanto que outras estão em situação de desigualdade. E referenda, citando GRAU, a necessidade e a determinação Constitucional para o planejamento estatal com o fim de gerar “desenvolvimento equilibrado”<sup>64</sup>.

Com crescimento econômico está-se diante de modernização. E Modernização, sem acompanhar alteração de estruturas do sistema produtivo, acarreta

<sup>62</sup> TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. 2ª ed. São Paulo: Método, 2006, p. 65.

<sup>63</sup> BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Econômica e Desenvolvimento*. Uma leitura a partir da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 53.

<sup>64</sup> BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Econômica e Desenvolvimento*. Uma leitura a partir da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 88 e 76.

uma maior concentração de riqueza e conseqüente manutenção e alargamento do subdesenvolvimento. Não é esta a proposta Constitucional brasileira. Para isto, é importante verificar o caráter dirigente da Constituição.

Segundo CANOTILHO, citado por BERCOVICI, a Constituição é Dirigente, e na sua totalidade<sup>65</sup>. E isto significa que esta é mais que uma garantia do existente, mas um programa para o futuro, fornecendo linhas de atuação para a política. “Constituição Dirigente é um programa de ação para a alteração da sociedade.”<sup>66</sup>

TAVARES destaca ainda que é característica essencial das Constituições Econômicas o seu caráter dirigente ou diretivo.

A característica essencial das Constituições Econômicas do século XX é, portanto, o seu caráter diretivo ou dirigente. A importância da Constituição Econômica, segundo Vital Moreira, é a possibilidade que ela abre de se analisar a totalidade da formação social, com suas contradições e conflitos. A Constituição Econômica torna mais clara a ligação da Constituição com a política e com as estruturas sociais e econômicas.<sup>67</sup>

Tal alteração da sociedade deverá, destarte, efetivar a busca da concretização das metas constitucionais, expressamente albergadas pelo Constituinte.

Neste sentido, se desenvolvimento tem correlação com o elemento qualitativo econômico na sociedade (e não o elemento quantitativo), o Estado é o principal promotor do desenvolvimento, através do planejamento, no dizer de TAVARES.<sup>68</sup>

BERCOVICI, como frisa-se, pois já foi descrito anteriormente, declara que “a Constituição de 1988 tentou trazer as bases de um projeto nacional de desenvolvimento.”<sup>69</sup> E, neste sentido, afirma e enfatiza aquele autor o artigo 3º da Constituição Federal de 1988, como “cláusula transformadora”.

O art. 3º da CF/88, além de integrar a fórmula política, também é, na expressão de Pablo Lucas Verdú, a “cláusula transformadora” da Constituição. A idéia de “cláusula transformadora” está ligada ao art. 3º da Constituição italiana de 1947 e ao art. 9º, 2 da Constituição espanhola de

<sup>65</sup> No mesmo texto, BERCOVICI destaca a posição doutrinária do alemão Peter Lerche, que igualmente entende a Constituição como dirigente, divergindo apenas quanto a sua extensão. Para este a Constituição é em parte dirigente, vinculando o legislador, enquanto que Canotilho aponta a integralidade da Constituição como Dirigente.

<sup>66</sup> BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Econômica e Desenvolvimento*. Uma leitura a partir da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 35.

<sup>67</sup> TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. 2ª ed. São Paulo: Método, 2006, p. 37.

<sup>68</sup> TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. 2ª ed. São Paulo: Método, 2006, p. 51.

<sup>69</sup> BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Econômica e Desenvolvimento*. Uma leitura a partir da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 67.

1978. Em ambos os casos, a “cláusula transformadora” explicita o contraste entre a realidade social injusta e a necessidade de eliminá-la. Deste modo, ela impede que a Constituição considere realizado o que ainda está por se realizar, implicando a obrigação do Estado em promover a transformação da estrutura econômico-social.(...) os dois dispositivos constitucionais supracitados buscam a igualdade material por meio da lei. (...) o art. 3º da Constituição de 1988 está voltado para a transformação da realidade brasileira: é a “cláusula transformadora” que objetiva a superação do subdesenvolvimento.<sup>70</sup>

A concretização dos objetivos e metas constitucionais, sobretudo da “cláusula transformadora” exige postura ativa do Estado, por isto destacam-se as medidas de intervenção na ordem econômica.

Neste contexto, um dos destacados princípios normativos da Ordem Econômica é o favorecimento às empresas de porte reduzido estabelecidas sob as leis brasileiras e o seu tratamento diferenciado.

Dentre os princípios da Ordem Econômica encontra-se, como visto, a soberania nacional; a propriedade privada e a função social da propriedade; a livre concorrência; a defesa do consumidor; a defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; a redução das desigualdades regionais e sociais; a busca do pleno emprego; e, destarte, o tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

MOREIRA NETO leciona que se absorve uma aproximação dos conceitos de desenvolvimento, qualidade de vida e bem-estar social, dignidade da pessoa humana e justiça social, o que é também identificado por SEN, compatibilizando os diversos valores constitucionais, por isto, dentre eles, conciliando os princípios da igualdade de tratamento e tratamento favorecido para empresas de pequeno porte.

(...) parece mesmo ser extraível uma aproximação semântica nos conceitos de desenvolvimento econômico, qualidade de vida e bem-estar, dignidade da pessoa humana e justiça social.

Decerto que nenhum se reduz ao outro, mas é notável como uma visão de conjunto propicia um alargamento de perspectiva. Esta abordagem mais panorâmica permite conciliar institutos aparentemente díspares, tais como: propriedade privada e função social da propriedade; liberdade de iniciativa e iniciativa suplementar do Estado; liberdade de empresa e função social da empresa; liberdade de lucro e abuso do poder econômico; liberdade de contratação e valorização do trabalho humano e harmonia e solidariedade entre

---

<sup>70</sup> BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Econômica e Desenvolvimento*. Uma leitura a partir da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 36-37.

categorias sociais de produção; igualdade de tratamento e tratamento favorecido para empresas de pequeno porte.<sup>71</sup>

E este trabalho detém-se a estudar o princípio específico e estrito do favorecimento e o tratamento diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte, fazendo-o no âmbito Administrativista, quanto ao acesso ao mercado, através das licitações públicas, objeto do capítulo sucessivo.

Tais empresas participaram no valor de R\$ 2,2 bilhões de reais no volume de contratações públicas federais, segundo dados do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão no ano de 2007, dos 260 bilhões de reais em contratações, somente do governo federal daquele ano. Entretanto, participaram de 17%, ou cerca de R\$ 44 bilhões, das contratações na perspectiva das diversas esferas governamentais reunidas. O que ainda representa percentual inferior ao possível, dentro da significativa responsabilidade na geração do emprego, trabalho e renda do setor. Tais dados foram afirmados no introduzir deste capítulo.

E as micro e empresas de pequeno porte representam a abertura de um grande espaço no campo do intento na resolução de um problema econômico antigo, qual seja, a dinamização da economia, nos níveis local e regional, e da concentração de renda. Portanto, é de entender por boa a esperança e expectativa divulgada pelo SEBRAE São Paulo, de 30% destas contratações, da medida de ampliar esta participação das MPE nas compras governamentais como acesso ao mercado, na ótica do desenvolvimento, sobretudo quando se verifica o ponto de vista qualitativo.

Segundo a lição de JUSTEN FILHO<sup>72</sup>, o contrato administrativo é o instrumento “primordial por meio do qual o Estado estabelece relacionamento com os particulares para obter bens e serviços de que necessita”. E prossegue afirmando que esta contratação – a contratação administrativa – “também se revela como um relevante instrumento de implementação de políticas públicas no âmbito econômico e social”. E mais do que isto, as contratações administrativas são um meio mais do que de atender as necessidades imediatas do Estado, mas de instrumento de incentivo e fomento a atividades mais que socialmente desejáveis.

---

<sup>71</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; PRADO, Ney. Uma análise sistêmica do conceito de ordem econômica e social. *Revista de Informação Legislativa*, n. 96, p.121-138, apud PETTER, Lafayette Josué. *Princípios Constitucionais da Ordem Econômica. O significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p.91.

<sup>72</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos administrativos*. 13ª ed. São Paulo: Dialética, 2009, p.12.

JUSTEN FILHO declara que “é vultoso o montante de recursos financeiros desembolsados pelos cofres públicos relativamente a contratações administrativas”<sup>73</sup>. E destacou a edição da Lei Complementar no. 123/2006 como conjunto de providências destinadas ao fomento da atividade empresarial, o que também será objeto deste estudo.

Relevante é assertiva, destarte, de KEYNES, enfatizado e citado por JUSTEN FILHO, asseverando que “os gastos públicos são um fator essencial para a promoção do desenvolvimento econômico e social”<sup>74</sup>.

Do ponto de vista social, respondem as ME/EPP, segundo os dados oficiais, pela geração do maior número de novos empregos no País, o que atende a promoção de dignidade da pessoa humana, solidariedade, desenvolvimento nacional, erradicação da pobreza, qualidade de vida, e de justiça social, fundamentos e objetivos da Constituição Federal brasileira – artigos 1º, 3º e 170 da CF/88.

Segundo PETTER, uma economia “saudável” tem nas micro e pequenas empresas um forte sustentáculo, demonstrando razão avaliatória e instrumental de mais desenvolvimento.

Uma economia saudável tem na aparição e desenvolvimento de micro e pequenas empresas um de seus mais fortes sustentáculos. Mas a mesma constatação é forte indício de que a liberdade de iniciativa econômica ali de fato encontrou o substancial substrato fático-jurídico-econômico, cujo indício de liberdade, (...), é mesmo razão avaliatória e instrumental de mais desenvolvimento, até numa concepção não econométrica do termo.<sup>75</sup>

Neste sentido, evidencia-se neste trabalho, o princípio do favorecimento das empresas de pequeno porte, constituídas sob as leis brasileiras e com sede e administração no País, para tratar do favorecimento e do tratamento diferenciado no âmbito administrativo, especialmente, quanto ao aspecto das Licitações públicas.

Desta feita, no âmbito do acesso ao mercado, através das aquisições públicas, realizadas por meio das licitações, o Estado também participa da economia e deve agir, por meio da intervenção indireta e por indução, dentro da ótica do

---

<sup>73</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos administrativos*. 13ª ed. São Paulo: Dialética, 2009, p.12.

<sup>74</sup> KEYNES, John Maynard. *The General Theory of Employment, Interest and Money*, London: Macmillan Press, 1936, apud JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos administrativos*. 13ª ed. São Paulo: Dialética, 2009, p.12.

<sup>75</sup> PETTER, Lafayette Josué. *Princípios Constitucionais da Ordem Econômica*. O significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p.304.

planejamento promotor do desenvolvimento, tendo as ME/EPP, neste contexto, relevante papel na ordem econômico-jurídica e social.

O capítulo que seguir-se-á passará a abordar o tratamento favorecido nas licitações aplicado as Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, entretanto, importante visitar o Direito comparado antes de partir da tal estudo. E por tal motivo merecido se faz uma breve investigação acerca do tratamento favorecido a empresas deste segmento empresarial no Direito Comparado.

## 1.7 DIREITO COMPARADO

Relevante se faz a verificação, no direito comparado, do tratamento favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte, o que, certamente, interessa verificar, pois demonstra o estudo e a preocupação que outros ordenamentos jurídicos também dispuseram (e dispõem) acerca do tema, diante da sua relevância econômica.

### 1.7.1 A legislação no Direito comparado: história do Japão

Acerca do direito comparado, foi procedida a verificação histórica da disposição do tema, concernente ao tratamento favorecido das microempresas e empresas de pequeno porte no Japão.

Neste País, historicamente, existiu a preocupação com o favorecimento de tal segmento. É que se demonstrará, a partir de estudo financiado pelo CNPq, editado em 1984, adiante referenciado.

IIDA<sup>76</sup> expõe o estudo. Inicialmente identifica-se que no período pós-guerra houve uma preocupação direta com a pequena e média empresa. A primeira providência japonesa relevante para a proteção da pequena e média empresa foi a criação de uma Agência. A SMEA – sigla identificada pelo aludido pesquisador, que, traduzida para o

---

<sup>76</sup> IIDA, Itiro. *Pequena e Média Empresa no Japão*. Rio de Janeiro: Brasiliense, Brasília: CNPq, 1984, p. 40.

inglês, significa - *Small and Medium Enterprise Agency* – do ano de 1948. Esta agência ligada ao Ministério da Indústria e Comércio Internacional – MITI – foi criada para coordenar e fomentar as medidas governamentais, visando ao fortalecimento do setor. Aquela agência criada tenderia a adotar as seguintes categorias de favorecimento a consultoria, treinamento e informações; o estímulo quanto a organização de associações e cooperativas; e o estímulo quanto a mecanismos financeiros e fiscais.

IIDA identifica, então, diversas legislações protetivas surgidas no período estudado por ele quanto as empresas naquela País identificadas como pequenas e médias empresas. Em 1960, foi editada a Lei sobre Medidas Especiais para Promoção de Pequenas e Médias Empresas Específicas, para apoiar planos de modernização em alguns setores selecionados. Em 1962, foi promulgada a Lei sobre Cooperativas para Promover Distritos Comerciais, para beneficiar o comércio varejista, com o objetivo de fortalecer o pequeno comércio local, organizando estas empresas na forma de cooperativas, para desenvolvimento de programas conjuntos ou atividades compartilhadas, superando-se assim, a desvantagem da pequena escala individual.

Em 1963, foi editada a Lei sobre Modernização da Pequena e Média Empresa, promulgada posteriormente. E no mesmo ano foram editadas a Lei sobre Companhias para Investimento em Pequenos Negócios, para promover o fortalecimento do capital das pequenas e médias empresas através de participação acionária; e a Lei sobre Consultorias para a Pequena e Média Empresa, que permitiu apoiar os governos estaduais na organização dos serviços de consultoria para promover a racionalização gerencial e aperfeiçoamentos tecnológicos das empresas.

Em 1960 foi editada ainda a Lei sobre Organização das Sociedades de Indústria e Comércio e Assuntos Correlatos, que previu a concessão de subsídios para as Sociedades de Indústria e Comércio. E em 1965, foi editada a Lei sobre Cooperativas de Pequenas Empresas, promulgada com o objetivo de estabilizar os negócios das microempresas através de um sistema de ajuda mútua.

Entretanto, segundo IIDA, a lei mais importante, que definiu a política geral do governo para o fortalecimento da pequena e média empresa é a Lei Básica da Pequena e Média Empresa, que foi promulgada de 1963. Tanto essa Lei como os outros instrumentos legais surgidos na década de 1960 visavam aperfeiçoar a pequena e a média empresa, pela racionalização e fortalecer sua estrutura administrativa e a

introdução de tecnologias modernas, visando reduzir os efeitos negativos da existência da dupla estrutura na economia japonesa<sup>77</sup>.

Segundo IIDA, de acordo com a legislação, o governo adotou um elenco de medidas, essencialmente baseada nos seguintes pontos, inclusive encomendas feitas pelo governo das pequenas e médias empresas.

a) Modernização. Com o aumento dos salários e conseqüente aumento do custo de produção, algumas indústrias tradicionais, como a têxtil, perderam poder de competição em relação a países menos desenvolvidos, como a Coréia, China e Formosa, e então foram obrigadas a se modernizar, produzindo produtos mais sofisticados e de melhor qualidade, para escapar da competição direta com aqueles países. Por exemplo, guarda-chuvas de desenho tradicionais são importados, enquanto que aqueles dobráveis e de melhor qualidade são produzidos no Japão.

b) Financiamento. Foram criados mecanismos próprios para financiar as PME's e foram implantados os sistemas de garantia de crédito, para facilitar o acesso das PME's aos bancos privados, com aval do governo, e houve também uma redução dos impostos incidentes sobre as PME's para facilitar o seu processo de capitalização.

c) Garantia de mercado. O governo adotou algumas medidas para garantir o mercado, em certos setores, para as PME's, impedindo a entrada das grandes empresas nesses setores, e colocou encomendas das organizações governamentais nas PME's, além de estabelecer normas para que as PME's tenham condições de competir em igualdade de condições com as grandes empresas.

d) Medidas especiais para as pequenas e as microempresas. Além das medidas anteriores, algumas medidas especiais foram adotadas para fortalecer as microempresas, incluindo assistência gerencial e a organização de um banco, a Corporação Financeira Nacional, em 1949, voltada especialmente para o financiamento da microempresa e da pequena empresa.<sup>78</sup>

---

<sup>77</sup> O estudo de Itiro Iida identifica que a economia japonesa tem peculiaridade interessante. O governo Meiji adotou uma política de modernização e industrialização, fomentando a produção a indústria e isto provocou o aparecimento de duas estruturas diferentes na economia japonesa. Uma de grandes e modernas empresas, com tecnologia transplantadas do exterior de relevante papel econômico. E outra estrutura de indústrias tradicionais, quase sempre constituídas de pequenas e médias empresas, as quais tinham que se adaptar sob influência das grandes empresas e muitas delas desapareceram por falta de condições de se adaptar a esta realidade. A pequena e média empresa, então, vivia uma situação instável e a maior taxa de acumulação era das grandes empresas, por isto se modernizavam ainda mais e as pequenas não conseguiam acompanhar este ritmo. Havia um sistema de subcontratação. A organização das empresas após 1930 era uma organização industrial-militar onde as empresas situadas no topo da estrutura piramidal eram responsáveis pela montagem do produto final e passavam as encomendas para empresas que estivessem hierarquicamente inferiores e assim sucessivamente. Quando existiam maiores demandas, as demandas também eram mais satisfatórias para as hierarquicamente inferiores, e ao contrário, estas ficavam em situação difícil. Havia, no declarar do autor, um conjunto de empresas, que se especializavam na produção de destacados produtos, localizando-se muitas vezes na zona rural, para aproveitar menos custo, mas que, decorrente do sistema gerariam disparidades de renda e condições de trabalho. Desde 1956 o governo tomou medidas enérgicas em razão do interesse público e social, editando legislação protetiva das empresas subcontratadas, estipulando a garantia de pagamento a estas empresas em contratos vigentes e em casos de distratos com as subcontratantes, a regulação de preços e a fiscalização.

<sup>78</sup> IIDA, Itiro. *Pequena e Média Empresa no Japão*. Rio de Janeiro: Brasiliense, Brasília: CNPq, 1984, p.85.

Desta feita, a partir deste conjunto de leis, sobretudo as prioritariamente identificadas, buscou-se apoiar o fortalecimento e a modernização da pequena e média empresa.

Todas as medidas estão consubstanciadas em legislações próprias, como a Lei Básica da Pequena e Média Empresa (1963), a Lei para Promover a Modernização da Pequena e Média Empresa (1963), a Lei sobre Fundo Especial para Financiar o Desenvolvimento da Pequena e Média Empresa (1963) e outras. A partir desse conjunto de Leis, promulgadas a partir de 1963, pode-se dizer que começou a ser implementada uma política sistemática para apoiar o fortalecimento e a modernização da pequena e média empresa.<sup>79</sup>

Para IIDA, a Lei Básica da Pequena e Média Empresa foi o ponto inicial distinto “para a estruturação das medidas de fortalecimento e modernização da pequena e média empresa”, e apresentou os seguintes pontos relevantes:

- 1) Os objetivos fixados nessa Lei visam promover o desenvolvimento e fortalecimento da pequena e média empresa, em coordenação com o desenvolvimento nacional, e a melhoria da situação econômica e social das pessoas empregadas na PME. O desenvolvimento e fortalecimento da PME devem ser feitos no sentido de promover a modernização da fábrica e de outros recursos, e melhorar as condições dos negócios, reduzindo-se as desvantagens em relação às grandes empresas. Para fazer isso, o governo deve adotar medidas concretas para superar as desvantagens decorrentes da menor escala das pequenas e médias empresas.
- 2) A política governamental para o fortalecimento da PME baseia-se em quatro pontos: (a) medidas para incentivar o agrupamento das PME's em associações e cooperativas, para superar a desvantagem relativa à pequena escala dos negócios; (b) medidas para corrigir as suas desvantagens no mercado externo; (c) medidas especiais para as microempresas; e (d) medidas fiscais e financeiras. Essa política governamental será executada de modo a permitir: (a) modernização do equipamento e outros recursos; (b) melhoria da tecnologia; (c) racionalização da administração; (d) melhoria estrutural das empresas; (e) correção das desvantagens nos negócios; (f) aumento da demanda; (g) garantia de oportunidades razoáveis para os negócios; e (h) melhoria das condições de trabalho dos empregados e das relações trabalhistas entre patrões e empregados.
- 3) O governo deve tomar as providências legais e fiscais necessárias para implementar estas medidas. Também devem realizar levantamentos periódicos para se conhecer a situação real das pequenas e médias empresas, e anualmente, deve organizar o Livro Branco sobre a PME, (*White Paper on Small and Medium Enterprises in Japan*), a ser apresentado ao Parlamento, retratando essa situação e as tendências de evolução das PME's, bem como os resultados das medidas adotadas. Os governos estaduais e municipais também devem colaborar com o esforço desenvolvido pelo governo federal.
- 4) Com o objetivo de se conseguir um crescimento equilibrado da economia nacional, todo o povo deve colaborar com as medidas para o fortalecimento da PME, em particular, aquelas pessoas cujas atividades tenham alguma relação com as PME's. Por outro lado, a lei exige também que as PME's se esforcem para aumentar a produtividade e melhorar as condições de negócios, adaptando-se à mudanças das situações econômica e social do país.
- 5) A Lei também contém dispositivos sobre a melhoria dos organismos para apoiar o fortalecimento da PME e cria o Conselho de Política da Pequena e

---

<sup>79</sup> IIDA, Itiro. *Pequena e Média Empresa no Japão*. Brasília: Brasiliense, 1984, p. 85.

Média Empresa, para deliberar sobre as matérias contidas na Lei, além de fomentar a realização de estudos e análises, coletar informações e encaminhar recomendações a serem adotadas pelo governo.<sup>80</sup>

Os objetivos fixados na referida Lei japonesa visam promover, como visto, “o desenvolvimento e fortalecimento da pequena e média empresa, em coordenação com o desenvolvimento nacional” e, com isto, a “melhoria da situação econômica e social das pessoas empregadas na PME”<sup>81</sup>. A política governamental pautou-se pelo estudo, em nosso caso, histórico, do que editou o Japão, no favorecimento a este segmento empresarial denominado dentro das políticas públicas de pequenas e médias empresas, mas que se assemelha a proteção às microempresas e empresas de pequeno porte do sistema atualmente vigente no Brasil.

Os esforços governamentais, de acordo com o que se pode afirmar das legislações expostas até a data referida, também se preordenaram nas contratações públicas, e em incentivos de agrupamento em associações e cooperativas<sup>82</sup>, na busca da economia de escala, garantias de oportunidades de negócios, modernização, estudos e pesquisas, gerenciamento, melhoria das condições de trabalho, providências fiscais, de crédito e de estímulo às exportações, dentre várias outras providências de valorizadas medidas de proteção, dentre elas a exigência de esforços das pequenas e médias empresas em adaptarem-se as mudanças nas condições econômicas e sociais do País.

Foram editadas diversas leis no Japão, como se pode denotar do estudo histórico, referentes ao segmento empresarial das empresas de menor porte e à primeira vista se pode extrair a constatação da importância atribuída ao tema, além da assertiva de que o planejamento do desenvolvimento de tais empresas identificou-se, sobremaneira, com a política de desenvolvimento do País.

### **1.7.2 A legislação no Direito comparado: os Estados Unidos da América**

No mesmo sentido, com a busca de proteção da produção nacional e da geração de empregos, a lei de licitações dos Estados Unidos, denominada *Buy American Act*, data de 1933.

---

<sup>80</sup> IIDA, Itiro. *Pequena e Média Empresa no Japão*. Brasília: Brasiliense, 1984, p. 86-87.

<sup>81</sup> IIDA, Itiro. *Pequena e Média Empresa no Japão*. Brasília: Brasiliense, 1984, p. 86.

<sup>82</sup> A vigente Lei Federal brasileira no. 11.488/2007 estende às cooperativas alguns dispositivos da LC 123/06 das microempresas e pequenas empresas, inclusive o estabelecido no Capítulo V, qual seja, o acesso ao mercado e às aquisições públicas.

Esta lei foi editada no período pós Grande Depressão da década de 1930 e diversas disposições desta lei ainda na atualidade são aplicadas controlando e imprimindo restrições às compras governamentais de bens não produzidos nos Estados Unidos. NOHARA<sup>83</sup> leciona que tais restrições, na atualidade podem ser afastadas em razão da disponibilidade de produtos internamente, do interesse público, e se o produto nacional não produzir preços razoáveis – sobretudo após a assinatura de Tratados de Livre Comércio Internacionais.

Assevera NOHARA, e é necessário descrever o seguinte

Os Estados Unidos desempenharam, por muito tempo, um papel dúbio no processo de negociação das compras governamentais no âmbito das organizações internacionais, pois ao mesmo tempo em que pressionavam os demais países para que promovessem as aberturas sugeridas por meio da implementação de uma legislação não discriminatória nas licitações, não abriram mão de sua legislação protecionista aos produtos nacionais porque tinham consciência da importância das compras governamentais como instrumento de incentivo ao desenvolvimento das indústrias e empresas do país.<sup>84</sup>

A seguir, por pressão internacional, então, os Estados Unidos derogaram sua norma licitatória que impedia ou restringia a participação de empresas estrangeiras em suas licitações. Entretanto, mantiveram restrição em relação a proteção de pequenas empresas, eis que este País tem o entendimento de que as pequenas empresas são instrumento de incentivo ao desenvolvimento. Veja-se NOHARA.

Devido à suavização dessa postura, existe atualmente determinação no sentido de que: “a assinatura de acordo comercial com os Estados Unidos derroga as restrições do *Buy American Act*, permitindo que produtos estrangeiros participem de licitações governamentais em condições de igualdade com produtos americanos”. Entretanto, logo na sequência do mesmo dispositivo, contido na seção 25.401 da *Federal Acquisition Regulation* (FAR), há a seguinte ressalva: “a derrogação das restrições e preferências não alcança as compras governamentais reservadas para as pequenas empresas”<sup>85</sup>.

A parcela das determinações normativas da nossa Lei Complementar no. 123/06 foi originada na verificação do modelo norte-americano. Afirma, ainda, NOHARA, que os Estados Unidos têm uma das mais avançadas legislações de proteção

---

<sup>83</sup> NOHARA, Irene Patrícia. Do acesso ao Mercado. In: MAMEDE, Glaydson et al. *Comentários ao Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 271.

<sup>84</sup> NOHARA, Irene Patrícia. Do acesso ao Mercado. In: MAMEDE, Glaydson et al. *Comentários ao Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 271.

<sup>85</sup> NOHARA, Irene Patrícia. Do acesso ao Mercado. In: MAMEDE, Glaydson et al. *Comentários ao Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 271-272.

as empresas de porte reduzido, tanto nas licitações quanto em outras áreas, tais como, o fomento à exportação, o incentivo à competitividade contra as importações e às ações afirmativas para negócios conduzidos por pessoas em alguma desvantagem econômica.

Os Estados Unidos possuem uma das legislações que mais protegem as pequenas empresas, não só do ponto de vista das aquisições públicas, mas em inúmeros outros aspectos, como o fomento à exportação, o incentivo à competitividade contra as importações e às ações afirmativas para negócios conduzidos por pessoas em desvantagem econômica e social<sup>86</sup>.

Este País implementa, desde 1953, pela Lei (*Public Law*) nº 85-536, denominada *Small Business Act* - Lei de Apoio às Pequenas Empresas, políticas públicas de incentivo às pequenas empresas.

NOHARA explicita que a seção número 2 da lei torna clara a essência do sistema econômico das empresas privadas norte-americanas, fundado na livre concorrência, - para o bem-estar econômico e também a segurança da nação, porém, afirma ela, que a lei ressalva de forma expressa que “esses objetivos não serão realizados sem o fomento e o desenvolvimento da capacidade atual e potencial das pequenas empresas”<sup>87</sup>.

De forma explícita leciona NOHARA:

Trata-se de país que implementa, desde 1953, com a aprovação pelo Congresso Nacional da Lei (*Public Law*) nº 85-536, denominada *Small Business Act* (Lei de Apoio às Pequenas Empresas), políticas públicas de incentivo às pequenas empresas. Na seção 2 (a) da lei explicita-se que a essência do sistema econômico das empresas privadas nos Estados Unidos é a livre concorrência, cuja preservação é fundamental não apenas ao bem-estar econômico, mas também à segurança da nação; porém, a lei ressalva expressamente que esses objetivos não serão realizados sem o fomento e o desenvolvimento da capacidade atual e potencial das pequenas empresas<sup>88</sup>.

No âmbito federal norte-americano, as preferências nas aquisições públicas está disciplinada pela Lei denominada *Small Business Act* e ainda nas leis *Armed Services Procurement Act* (ASPA), que disciplina as aquisições das agências de defesa, a *Federal Property and Administrative Services Acts* (FPASA), lei que se refere às aquisições das agências civis, e a *Federal Acquisition Regulation* (FAR), lei que dispõe

<sup>86</sup> NOHARA, Irene Patrícia. Do acesso ao Mercado. In: MAMEDE, Glaydson et al. *Comentários ao Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 272.

<sup>87</sup> NOHARA, Irene Patrícia. Do acesso ao Mercado. In: MAMEDE, Glaydson et al. *Comentários ao Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 271.

<sup>88</sup> NOHARA, Irene Patrícia. Do acesso ao Mercado. In: MAMEDE, Glaydson et al. *Comentários ao Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 272.

sobre a políticas e procedimentos administrativos para as compras e contratações - civis ou militares – e das empresas públicas.

A FAR - *Federal Acquisition Regulation* - disciplina a consolidação de diretrizes governamentais, as políticas e procedimentos gerais para compras e contratações de todas as compras do governo federal e de suas agências, e também dispõe sobre os regulamentos que complementam as determinações iniciais da FAR. E existe uma agência<sup>89</sup> – a *Small Business Administration* (SBA) – que é agência de supervisão geral do Presidente norte-americano, com a incumbência de realizar programas de apoio às pequenas empresas.

Todas as agências daquele País são obrigadas a manter um setor de apoio a pequenas empresas que colabora com a acima citada agência SBA. Este setor deve ser “dirigido por um funcionário especializado que é responsável pela efetivação dos favorecimentos legais a essas empresas nas aquisições públicas”<sup>90</sup>. Identifica-se, ainda, que “a seção 19.201(d) da FAR obriga os departamentos civis e militares e as empresas públicas a relatar à SBA o percentual dos contratos adjudicados às pequenas empresas”<sup>91</sup> em cada ano legalmente descrito, exigindo-se também a especificação de discriminação das categorias de pequenas empresas que participaram das aquisições governamentais.

A agência SBA, de forma muito razoável é incumbida da certificação da Habilitação, mediante a expedição de um certificado – COC - *The Certificate of Competency Program* – após análise documental e inspeção in loco, para certificar se a pequena empresa tem condições de atender a contratos administrativos específicos por meios próprios, equipamentos e pessoal. O COC um cadastro que procede a simplificação da habilitação das pequenas empresas e atesta a sua capacitação para a contratação administrativa.

Muito relevante é a narração de NOHARA quanto às metas governamentais de percentuais mais elevados de contratação para as pequenas empresas. A média das

---

<sup>89</sup> As agências no direito americano têm perfil diverso do existente no Brasil. Suas agências são disseminadas, e compreendem qualquer órgão do governo – com exclusão do Congresso e dos Tribunais. Exercem, por delegação do Congresso Nacional, o poder de regulamentação (normatização) das diversas matérias, sempre sobre controle do Congresso. Por isto, alguns autores administrativistas brasileiros, o direito administrativo norte-americano é conhecido como o Direito das agências.

<sup>90</sup> NOHARA, Irene Patrícia. Do acesso ao Mercado. In: MAMEDE, Glaydson et al. *Comentários ao Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 273.

<sup>91</sup> NOHARA, Irene Patrícia. Do acesso ao Mercado. In: MAMEDE, Glaydson et al. *Comentários ao Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 273.

contratações atinge o percentual de 23%, e no ano de 2007, atingiu 31% das contratações administrativas, nos Estados Unidos da América.

De acordo com a seção 15 (g) da Lei norte-americana de Apoio às Pequenas Empresas, o Presidente deve estabelecer anualmente as metas de aquisições públicas relacionadas com as pequenas empresas e o total de participação delas nas contratações públicas dos últimos anos foi fixado em pelo menos 23% dos contratos celebrados no ano-fiscal, ou seja, o percentual especificado corresponde à meta mínima a ser alcançada. Registra-se que em 2005 a cota do segmento das pequenas empresas chegou a 31% das contratações públicas.<sup>92</sup>

No prosseguir da lição e da coleta de informações de NOHARA<sup>93</sup>, obteve-se o quadro geral do favorecimento das normas norte-americanas nas aquisições governamentais. A determinação constante na seção 19.501 da FAR é no sentido de que as aquisições de bens e serviços do governo de valor estabelecido entre U\$\$ 2.500,00 e U\$\$ 100.000,00 (entre dois mil e quinhentos e cem mil dólares) sejam automaticamente reservadas para empresas de pequeno porte, com a chamada “regra de dois”, trata-se da participação de pelo menos duas empresas de pequeno porte competitivas, podendo ser adjudicada a licitação a licitante único apresentando ele condições de atendimento do pedido “de forma responsável”<sup>94</sup>, ou caso contrário a licitação é aberta a empresas de qualquer porte. Desta feita, a licitação seria, neste caso, destina às empresas de pequeno porte, preferencialmente.

Segundo ponto. Deve ser dito que, também respeitada a regra de dois (apresentando-se pelo menos duas empresas competitivas) também se autoriza, por decisão própria dos órgãos administrativos, que estes destinem a aquisição exclusivamente a empresas de pequeno porte, nas aquisições que ultrapassem U\$\$ 100.000,00 (cem mil dólares), por decisão fundamentada. E, além disso, se nas aquisições maiores ocorrer incapacidade de fornecimento integral da contratação, pode a agência, a seção 19.502-3 da FAR determina que parte seja destinada a contratação de pequenas empresas.

Além disso, se nas aquisições de maior vulto houver incapacidade de fornecimento integral integral por pequenas empresas, autoriza a seção 19.502-

---

<sup>92</sup> NOHARA, Irene Patrícia. Do acesso ao Mercado. In: MAMEDE, Glaydson et al. *Comentários ao Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 273-274.

<sup>93</sup> NOHARA, Irene Patrícia. Do acesso ao Mercado. In: MAMEDE, Glaydson et al. *Comentários ao Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 274.

<sup>94</sup> NOHARA, Irene Patrícia. Do acesso ao Mercado. In: MAMEDE, Glaydson et al. *Comentários ao Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 274.

3 da FAR que uma parte seja destinada à participação exclusiva de pequenas empresas<sup>95</sup>.

Há, também, segundo NOHARA<sup>96</sup>, um programa de incentivo a subcontratação - *Incentive Subcontracting Program* -, em nos contratos superiores a U\$\$ 500.000,00 (quinhentos mil dólares) ou U\$\$ 1.000.000,00 (um milhão de dólares) para construções, em que os interessados devem, apresentar, em sendo cabível, plano de subcontratação de pequenas empresas, salvo algumas exceções. Há aprovação do plano pela SBA e fiscalização de seu cumprimento (com previsões de razoáveis multas) pela SBA, além do que há incentivos monetários se as participantes ultrapassarem o limite mínimo de tais subcontratações.

Outra disposição importante, constante do sistema norte-americano é a política de ação afirmativa - *affirmative action* – que significa a “adoção de medidas de desigualização para assegurar a igualdade de oportunidades”<sup>97</sup> com relação a distintos segmentos sociais que encontram-se em posições desfavorecidas.

O modelo de ação afirmativa, adotado a partir de 1960, inicialmente buscava valorizar grupos em desvantagem econômica (como os afrodescendentes, hispânicos, indígenas, americanos de origem asiática do Pacífico e organizações havaianas), mas depois a ideia foi “estendida para a competição em igualdade de condições no estabelecimento e manutenção do próprio negócio”<sup>98</sup>.

No Brasil, visível é a influência normativa e adaptação deste modelo legislativo, que, segundo NOHARA durante o trâmite do projeto de lei do atual Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte foi reiterado nos debates da Comissão Especial a alusão à funcionalidade do sistema norte-americano de favorecimento. Segundo NOHARA,

por isso alguns dos mecanismos novos introduzidos nas licitações se espelham na *Small Business Act*, como a exclusividade de participação dessas empresas em licitações até oitenta mil reais, a possibilidade de realizar licitações em que se exijam subcontratações de micro e empresas de pequeno porte e a faculdade de estabelecimento de cota de contratação na aquisição de bens e serviços de natureza divisível, para facilitar o acesso das pequenas nos fornecimentos ao

<sup>95</sup> NOHARA, Irene Patrícia. Do acesso ao Mercado. In: MAMEDE, Glaydson et al. *Comentários ao Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 274.

<sup>96</sup> NOHARA, Irene Patrícia. Do acesso ao Mercado. In: MAMEDE, Glaydson et al. *Comentários ao Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 274-275.

<sup>97</sup> NOHARA, Irene Patrícia. Do acesso ao Mercado. In: MAMEDE, Glaydson et al. *Comentários ao Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 271.

<sup>98</sup> NOHARA, Irene Patrícia. Do acesso ao Mercado. In: MAMEDE, Glaydson et al. *Comentários ao Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 275.

Poder Público. Esses mecanismos favorecem, portanto, o acesso das microempresas e empresas de pequeno porte ao mercado de compras governamentais, pois o percentual da participação delas nas aquisições estava abaixo da média praticada nos países desenvolvidos.<sup>99</sup>

Há semelhança na legislação brasileira e a legislação norte-americana, como será analisado nos capítulos seguintes. Esta valorização as empresas de porte reduzido realizada pelo ordenamento jurídico brasileiro, é, destarte, tendência da constatação internacional – não apenas do ordenamento norte-americano, e japonês – na realidade de países desenvolvidos, como se pode denotar incluída nos dois exemplos aqui pesquisados.

---

<sup>99</sup> NOHARA, Irene Patrícia. Do acesso ao Mercado. In: MAMEDE, Glaydson et al. *Comentários ao Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 275.

## **2 AS LICITAÇÕES, O TRATAMENTO ADMINISTRATIVO-CONSTITUCIONAL FAVORECIDO E DIFERENCIADO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS E A LEI COMPLEMENTAR 123/06**

Neste capítulo, analisar-se-ão as licitações, no que tem pertinência ao aspecto geral da Lei Complementar no. 123/2006. Especialmente, quanto ao histórico da Lei complementar, à delimitação e as vedações de enquadramento das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, os destinatários da Lei, a prova da condição de ME/EPP, a exigência da disposição da norma nos instrumentos convocatórios, a regulamentação da lei e as modalidades de licitação que abragem o seu tratamento favorecido.

### **2.1 LICITAÇÃO**

Inicialmente, importante se faz trazer o conceito de licitação. Licitação é um processo administrativo que objetiva selecionar a melhor proposta para a Administração, na realização dos gastos dos recursos públicos. Consolida-se, deste modo, sobre dois relevantes alicerces, quais sejam, de um lado, a referida escolha da melhor proposta e, de outro, assegurar a participação isonômica de todos os interessados em contratar com a Administração Pública, portanto, proporcionando uma função democrática.

No magistério de BANDEIRA DE MELLO, a licitação

visa a alcançar duplo objetivo: proporcionar às entidades governamentais possibilidades de realizarem o negócio mais vantajoso (pois a instauração de competição entre ofertantes preordena-se a isto) e assegurar aos administrados ensejo de disputarem a participação nos negócios que as pessoas governamentais pretendam realizar com os particulares.<sup>100</sup>

---

<sup>100</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 503.

Verificando o direito positivo, pode-se extrair da Lei Geral das Licitações - Lei Federal 8.666, de 21 de junho de 1993, a destinação do instituto, eis que consigna, em seu artigo 3º, a mesma destinação, ao definir que

A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.<sup>101</sup>

Os princípios gerais licitatórios são extraídos imediatamente do texto normativo, quais sejam, princípios explícitos e implícitos. Os primeiros (explícitos) são os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório, julgamento objetivo; e, destacadamente, quanto aos segundos (implícitos), todos os que lhe forem correlatos.

Um dos princípios correlatos não explicitados na lei geral das licitações, mas explícito na Ordem econômica da Constituição Federal de 1988 e na Lei complementar no. 123/06 é o do tratamento favorecido às micro e pequenas empresas constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Atendem-se na licitação, segundo BANDEIRA DE MELLO<sup>102</sup>, três exigências públicas. A primeira seria o interesse público quanto ao investimento dos recursos governamentais, procurando-se a oferta mais vantajosa; a segunda, seria o respeito aos princípios da isonomia e impessoalidade, *ex vi*, artigos 5º e 37 da Carta Constitucional de 1988, pela abertura de disputa no certame; e por fim, a obediência da probidade administrativa, senão previstos nos artigos 37, *caput*, e 85, V, da Constituição Federal.

A Constituição Federal Brasileira, de forma cogente, impõe ao seu intérprete e aplicador os ditames do princípio licitatório, quando expressamente em seu artigo 37, inciso XXI, estipula que as obras, serviços, compras e alienações, salvo as exceções legais, serão contratadas mediante processo pré-definido de seleção pública.

---

<sup>101</sup> BRASIL. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm)>. Consultado em: 27 Abr. 2010.

<sup>102</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 503.

O interesse público no lecionar de GRAU, é evidenciado no instituto da licitação, pois, segundo o autor, há de ser concebida como imposição do interesse público. Segundo seu magistério, licitação “é um procedimento que visa à satisfação do interesse público, pautando-se pelo princípio da isonomia.”<sup>103</sup>

Para MOTTA, licitação constitui, portanto, o instrumento de que se instrumentaliza o Poder Público na realização dos gastos com contratações públicas “para coligir, analisar e avaliar comparativamente as ofertas, com a finalidade de julgá-las e decidir qual será a mais favorável”<sup>104</sup>. E ainda destaca que este procedimento é obrigatório. O instrumento é obrigatório, e disciplinado em diversos dispositivos da Carta Política, tais como o disposto nos artigos 22, inciso XXVII, que trata da competência privativa da União para fixar normas gerais de licitação; no artigo 37, inciso XXI, regra geral constitucional da exigência do certame na Administração Pública; e também no artigo 175, do texto Constitucional de 1988, que exige licitação para contratar concessões e permissões de serviço público.

O dinheiro público deve ser destinado para contribuir com o “parâmetro do bem comum”, esta é a firme exegese e imposição extraída do entendimento jurisprudencial. Por relevância, interessa transcrever trecho colacionado abaixo de decisão do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, em acórdão proferido e publicado e igualmente destacado por MOTTA.

O dinheiro público resultante da contribuição sofrida dos cidadãos, mediante tributos que lhes são impostos, não pode ser gasto fora dos parâmetros do bem comum [...]. Uma pessoa investida da autoridade do poder público tem que estar sempre muito atenta para que, nem à sombra nem ao seu redor prosperem ações que possam comprometer a moral imprescindível do exercício da autoridade.<sup>105</sup>

É relevante a observação, quanto aos obrigados a licitar, a afirmação de que a licitação, destarte, é procedimento que se destina a Administração Direta, a Administração Indireta, e a todas as instituições públicas ou particulares que contratarem com a utilização de dinheiro público.

---

<sup>103</sup> GRAU, Eros Roberto. *Licitação e Contrato administrativo*. Estudos sobre a interpretação da Lei. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 14.

<sup>104</sup> MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas Licitações e Contratos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p.02.

<sup>105</sup> BRASIL, STJ. Acórdão Ação Penal no. 15, apud RDA 181-182, 1990, p. 123, apud MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas Licitações e Contratos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 02.

No magistério de GASPARINI é extraído detalhado rol de obrigados a licitar, decorrentes do disposto no artigo 22, inciso XXVII e artigo 37, inciso XXI, da carta Constitucional e pelos diplomas legais infraconstitucionais.

Do disposto no inciso XXVII do art. 22 e do prescrito no inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal extrai-se, sem dificuldade, que estão obrigadas a licitar a entidades da Administração Pública direta (União, Estados-Membros, Distrito Federal, Municípios) e as da Administração Pública indireta (autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações). Também estão obrigadas a licitar as corporações legislativas (Câmaras de vereadores, Assembléia Legislativa, Câmara dos Deputados Federais, Senado Federal), bem como o Poder Judiciário e os Tribunais de Contas, sempre que precisarem realizar um negócio de seus respectivos interesses, dado que havidos como Administração Pública direta. Não bastasse isso, alerte-se que o próprio Estatuto federal Licitatório, no art. 117, submete-se esses entes, no que couber, ao regime licitatório por ele instituído. Por fim, estão obrigadas a licitar as subsidiárias das empresas públicas e as sociedades de economia mista.<sup>106</sup>

Segundo, ainda, o mesmo autor, estão obrigados a licitar o Fundos especiais e as entidades controladas indiretamente pela União, Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios, denominadas subsidiárias; e, nos termos do artigo 116<sup>107</sup> do Estatuto das Licitações – Lei 8.666/93 -, também estão obrigados a licitar os convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração Pública. Ademais, obedecem igualmente ao princípio licitatório as entidades indicadas em leis especiais, a exemplo dos sindicatos, consoante artigo 549, § 6º da Consolidação das Leis do Trabalho; e as integrantes do Sistema “S”, a exemplo, do SEBRAE, SENAR, SESC, SENAT, SENAC, SENAI, dentre outros.

Empresas privadas, em regra, não obedecem ao princípio licitatório, o que tem sido derogado por normas de ordem pública, quando estas contratam com o poder público e utilizam-se de benefícios, especialmente dinheiro público. A exemplo das concessionárias de serviços Públicos (empresas de distribuição de energia elétrica no caso brasileiro, v.g) quando recebam dinheiro público para financiamento de seu interesse; ou das Empresas estatais prestadoras de serviços públicos.

---

<sup>106</sup> GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 505.

<sup>107</sup> BRASIL. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm)>. Consultado em: 27 Abr. 2010. A disposição do artigo 116 da Lei 8.666/93 consultada encontra-se transcrita abaixo: Artigo 116. Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração.

As empresas estatais, no desempenho de suas atividades-fim, no âmbito da exploração de atividades econômicas para as quais foram criadas, não precisam licitar, a exemplo do Banco do Brasil, e da Petrobrás, quando emprestam dinheiro ou comercializam combustível, respectivamente, sempre no desempenho da sua atividade alvo.

Mas, em não se tratando de atividades-fim, devem as empresas estatais também licitar, embora com procedimentos diferenciados ou simplificados, a teor do disposto no artigo 173 da Constituição Federal, até o estabelecimento de regulamentos próprios. Até o estabelecimento, por lei, destes procedimentos, é vigente a lei geral de licitações para estas. E independentemente da existência de regulamentos próprios, devem ser também obedecidas, pelas empresas estatais, disposições superiores, e de ordem pública, a exemplo do princípio – norma jurídica que é - da ordem econômica constitucional do tratamento favorecido às MPE.

GASPARINI<sup>108</sup> ainda afirma que a promoção efetiva da licitação, isto é do procedimento licitatório, é devida, na modalidade licitatória pertinente, pela entidade que deseja contratar, seja a obra, o serviço, o fornecimento, a locação, ou a alienação, ressalvando a possibilidade da utilização do sistema de Registro de Preços<sup>109</sup> já anteriormente procedido por terceira entidade.

E por fim, assevera GASPARINI que o Decreto Federal número 5.504/2005, determina a utilização de procedimento licitatório, por instituições de caráter privado

que recebam repasses voluntários da União em razão de convênios e outros instrumentos congêneres ou quando se tratar de organizações sociais e organizações da sociedade civil de interesse público.<sup>110</sup>

As fases de um procedimento licitatório em sua etapa externa são, de acordo com a lei geral das licitações, basicamente, a publicação do instrumento convocatório; a habilitação; a classificação e julgamento das propostas; homologação e a adjudicação.

---

<sup>108</sup> GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 508.

<sup>109</sup> Registro de Preço é o procedimento licitatório confeccionado pela Administração para realizar um cadastro de empresas, que podem durante o período de sua validade serem ou não contratadas – tendo prioridade para contratação. Ao final da licitação para o Registro de Preços não haverá necessariamente uma contratação imediata. Pelo sistema de Registro de Preços, uma esfera governamental pode ser utilizar o registro de preços da outra. É o que se denomina de “carona” havendo limite ou margem legal de valor para isto. O artigo 15, II, da Lei 8.666/93 estabelece o sistema de Registro de Preços. O Decreto no. 3.931/2001 regulamenta o mesmo sistema.

<sup>110</sup> GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 509.

Cada uma destas fases tem sua definição e regramento próprio, estipulado pela Lei.

Quanto a habilitação, a Lei Geral das Licitações – Lei 8.666/93 – estabelece que são

SANTANA & GUIMARÃES<sup>111</sup> enfatizam que quanto às empresas públicas e sociedades de economia mista, a própria Lei complementar, no parágrafo 2º do artigo 77, fixou prazo de um ano para que estas empresas estatais promovam ações visando a adaptação de seus respectivos estatutos ao disposto na LC no. 123/06<sup>112</sup>.

Ao abordar o tema licitação, inicialmente foi trazida a sua definição, a identificação da lei geral, e foram verificados os obrigados a licitar e promover licitações. Passar-se-á ao destaque e estudo da específica Lei Complementar no. 123 de 2006, em âmbito geral, que trouxe importante marco legal no âmbito licitatório favorecido ao ramo econômico das MPE.

## 2.2 BREVE HISTÓRICO LEGISLATIVO: O CAMINHO ATÉ A PUBLICAÇÃO DA LC NO. 123/2006

É Cabível a assertiva e verificação acerca da origem da Lei Complementar no. 123/2006.

Uma das leis que antecedeu a Lei Geral da ME e EPP tratou-se da Lei Federal no. 9.317/1996 que resultou de um movimento de grande mobilização do Congresso Nacional brasileiro, realizado pela Frente Parlamentar de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (FPMPE) na década de 1990. A Frente foi motivada por inúmeros

---

<sup>111</sup> SANTANA, Jair Eduardo; GUIMARÃES, Edgar. *Licitações e o novo Estatuto da Pequena e Microempresa* – Aspectos práticos da LC no. 123/06. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 33.

<sup>112</sup> BRASIL. Lei Complementar 123/06. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/LCP/Lcp123.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp123.htm)>. Consultado em: 27 Abr. 2010. Os parágrafos referidos no texto do artigo 77 da LC 123/06 está transcrito abaixo:

Artigo 77. § 1º O Ministério do Trabalho e Emprego, a Secretaria da Receita Federal, a Secretaria da Receita Previdenciária, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão editar, em 1 (um) ano, as leis e demais atos necessários para assegurar o pronto e imediato tratamento jurídico diferenciado, simplificado e favorecido às microempresas e às empresas de pequeno porte.

§ 2º A administração direta e indireta federal, estadual e municipal e as entidades paraestatais acordarão, no prazo previsto no § 1º deste artigo, as providências necessárias à adaptação dos respectivos atos normativos ao disposto nesta Lei Complementar.

movimentos e reivindicações empresariais deste setor e de instituições públicas e privadas que deliberavam a defesa do mesmo segmento.

A luta da Frente dirigia-se, sobretudo, ao aspecto tributário, e mediante negociações com o Governo Federal foi aprovada a Lei 9.317/1996, que instituiria o sistema de tributação do “Simples”.

MOTTA leciona, no tocante, que:

O projeto do Simples enfrentava, à época, diversas correntes de divergência, a principal das quais, erigindo em cânone absoluto a economia de mercado, opunha-se a qualquer forma de tratamento jurídico diferenciado às micro e pequenas empresas. Sob a alegação de que medidas protecionistas seriam artificiais e lesariam o erário, assevera-se que tais medidas acabariam por prejudicar o próprio segmento empresarial que se propunham estimular.<sup>113</sup>

O autor afirma que a “lógica dos fatos e sociopolítica brasileira” impulsionaram a concepção de favorecimento, concepção esta que teve vigência com a Lei 9.317/1996.

(...) concepção que entrou em vigência com a Lei 9.317/96, consolidou-se na prática institucional e hoje busca aperfeiçoamento mediante a Lei Complementar.<sup>114</sup>

E expressamente transcreveu MOTTA a afirmação do Deputado Federal e posteriormente Ministro do Tribunal de Contas da União, Augusto Nardes, que coordenava a Frente Parlamentar de Apoio às Micro e Pequenas empresas na data da aprovação do Simples Nacional – relevante do tocante.

Tal concepção pode ser sucintamente resumida na seguinte assertiva: É indispensável pensar-se, no Brasil, na consolidação da economia da livre empresa, sem que se tenha uma legislação realista de tratamento jurídico diferenciado às micro e pequenas empresas, com o objetivo de dar-lhes condições de oportunidade para participarem do livre mercado, mediante incentivos naquilo que se desigalam às médias e grandes empresas.<sup>115</sup>

---

<sup>113</sup> MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas Licitações e Contratos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p.861.

<sup>114</sup> MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas Licitações e Contratos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p.861.

<sup>115</sup> Nardes, Augusto. Frase do então Deputado (hoje Ministro do Tribunal de Contas da União), que coordenava a referida FMPE no momento da aprovação da Lei do Simples, e consta de Separata de publicação da Câmara dos deputados, sendo o jornalista responsável Vilnei Herbstrith, apud MOTTA, Carlos Pinto Coelho, *Eficácia nas Licitações e Contratos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 862.

Mesmo anteriormente a edição da Lei 9.317/1996, foram editadas as Leis 7.256/1984 e a Lei 8.864/1994 (a partir desta Lei 8.864/94 passou a integrar o Estatuto favorecido as EPP, inclusive diante do comando da nova Constituição). A primeira estabelecia normas integrantes do Estatuto da Microempresa, relativas ao tratamento diferenciado, simplificado e favorecido, nos campos administrativo, tributário, previdenciário, trabalhista, creditício e de desenvolvimento empresarial, sem expressão no âmbito das contratações públicas. E a Lei 8.864/1994 estabelecia segundo seu texto, normas para as microempresas - ME e empresas de pequeno porte - EPP, relativas ao tratamento diferenciado e simplificado - nos campos administrativo, fiscal, previdenciário, trabalhista creditício e de desenvolvimento empresarial (artigo 179 da Constituição Federal), entretanto, as três normas acima apontadas não trouxeram contribuição quanto ao favorecimento das ME e EPP nas licitações públicas.

Em 05 de outubro de 1999, foi publicada a Lei Federal no. 9.841/1999 que, pela primeira vez, estabelecia entre seus dispositivos dicção de favorecimento das contratações públicas (artigo 24), ordenando que a política de compras priorizasse as ME e as EPP mediante processo especial e simplificado, reportando-o a regulamentação infraconstitucional.

Lei 9.841/1999. Art. 24. A política de compras governamentais dará prioridade à microempresa e à empresa de pequeno porte, individualmente ou de forma associada, com processo especial e simplificado nos termos da regulamentação desta Lei.

O direito comparado, como visto, trazia ao Legislador e ao Direito pátrio ensinamentos e exemplos de institutos, direitos e obrigações nas legislações adotadas em Países desenvolvidos, que favoreciam este segmento empresarial.

Até que, em 14 de dezembro de 2006, foi publicada a Lei Complementar no. 123/2006 que institui o vigente Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, dispondo sobre o tratamento jurídico diferenciado, simplificado e favorecido previsto nos arts. 170, IX, e 179 da Constituição Federal, e esta norma disciplinou de forma significativa e expressa o tratamento diferenciado e favorecido as ME e EPP no âmbito da participação quanto ao acesso ao mercado, por processos licitatórios.

### 2.3 ÁREA DE ABRANGÊNCIA DA LC 123/2006

A Lei Complementar no. 123/2006 dispensa o tratamento diferenciado e favorecido as MPE em diversas áreas de interesse jurídico, tais como a tributária, trabalhista, previdenciária, creditícia, empresarial, o acesso à justiça, o estímulo à inovação e à pesquisa e tecnologia, as exportações, e o acesso ao mercado, com ênfase nas licitações. Sendo este último, o já referido aspecto que desperta o interesse deste trabalho.

Leciona MOTTA que a LC no. 123/2006, em obediência ao comando constitucional dos artigos 170, inciso IX, e 179, estabelece normas gerais relativas ao tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte em todos os entes da Federação.

Perfilhando o ordenamento constitucional, a Lei Complementar em epígrafe, em seu art. 1º, estabelece normas gerais relativas ao tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às empresas-alvo, em todos os entes federativos. Sua abrangência alcança toda a Administração Pública, cujo conceito está no art. 6º, inc. XI, da Lei 8.666/93 (...)

Trata-se, portanto, de norma geral “transitiva direta” aos demais entes da Federação. Desnecessário seria entrar em minúcias acerca da concepção de norma geral – suficientemente tratada pela doutrina – que pressupõe a extensividade automática do diploma legal a Estados e Municípios.<sup>116</sup>

O artigo 1º da LC no. 123/2006 já descreve, de imediato, que a lei estabelece normas gerais às ME e EPP no âmbito dos Poderes da União, Estados, Distrito Federal e Municípios (artigo 1º, *caput*), e tratamento diferenciado e favorecido, especialmente, no que se refere 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 (inciso III do artigo 1º).

As áreas de interesse jurídico da LC no. 123/2006 são independentes entre si, podendo ou não a pessoa enquadrada beneficiar-se, exemplificativamente, do Simples Nacional, forma de tributação especial e favorecida às ME e EPP instituída pela Lei, e participar de licitação com os benefícios da Lei, ou renunciar total ou parcialmente a tais benefícios, de áreas jurídicas distintas.

---

<sup>116</sup> MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas Licitações e Contratos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p.864.

O sistema constitucional brasileiro, inclusive com as várias mudanças do modelo de Constituição econômica implementadas com as emendas Constitucionais posteriores a 1995, manteve um valioso instrumento de intervenção estatal de incentivo e planejamento - na visão de SOUTO - ou intervenção por indução - na classificação de GRAU -, do favorecimento atribuído à microempresa e empresa de pequeno porte.

Tal seguimento empreendedor empresarial, apesar de ter grande representatividade social e também econômica, o que restou demonstrado no capítulo anterior, historicamente foi relegado a plano secundário nas políticas estatais e econômicas, ao contrário dos empreendimentos econômicos de grande e de médio porte.

A formação capitalista sempre levou ao fortalecimento dos grandes conglomerados econômicos e o Estado teve influente papel neste contexto, deste a formação dos Estados Nacionais e o Estado Liberal, o que justifica uma alteração de postura e de prática, quanto ao favorecimento, dentro do planejamento Constitucional.

Passa-se, desta forma, a estudar o enquadramento e o desenquadramento de empresas ao regime instituído pela LC 123/2006.

## 2.4 ENQUADRAMENTO E DESENQUADRAMENTO DAS ME E EPP

Em obediência aos ditames Constitucionais, disciplina a Lei Complementar no. 123, de 14 de dezembro de 2006, quem são as ME e EPP, nos termos transcritos.

Enquadramento, no tocante a LC no. 123/2006, refere-se a caracterização e inclusão da empresa no rol dos direitos e deveres da Lei Geral das microempresas e empresas de pequeno porte. Para o imediato entendimento, afirmamos que o critério de enquadramento é a receita-bruta anual da empresa e a inexistência de impedimentos legais para a aderência aos termos e efeitos da inclusão do tratamento jurídico dispensado à MPE.

### 2.4.1 Enquadramento Legal

Consideram-se microempresas e empresas de pequeno porte a sociedade empresária, a sociedade simples e o empresário a que se refere o artigo 966 do Código

Civil<sup>117</sup>, que estiverem devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, dentro do critério de receita estipulada.

Para efeito deste critério da receita-bruta, a regra é extraída dos incisos do artigo 3º da Lei Geral das MPE, que estabelecem para as microempresas, uma receita anual igual ou inferior a R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais) em cada ano-calendário. E para as empresas de pequeno porte, estabelece uma receita bruta anual 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). Estes são os balizamentos para enquadramento das ME e EPP. Senão pode-se constatar, imediatamente, no texto legal.

Art. 3o Para os efeitos desta Lei Complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte a sociedade empresária, a sociedade simples e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002, devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que:

I – no caso das microempresas, o empresário, a pessoa jurídica, ou a ela equiparada, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais);

II – no caso das empresas de pequeno porte, o empresário, a pessoa jurídica, ou a ela equiparada, 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).

§ 1o Considera-se receita bruta, para fins do disposto no caput deste artigo, o produto da venda de bens e serviços nas operações de conta própria, o preço dos serviços prestados e o resultado nas operações em conta alheia, não incluídas as vendas canceladas e os descontos incondicionais concedidos.<sup>118</sup>

Caso a atividade tenha se iniciado no decurso do ano-calendário, o limite a que trata o § 1º, será proporcional ao número de meses e frações de meses do ano inicial em que a ME ou EPP houver exercido as atividades. Esta é a dicção do parágrafo 2º do artigo 3º da LC 123/2006.

---

<sup>117</sup> BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.

Artigo 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.

<sup>118</sup> BRASIL. Lei Complementar 123/06. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/LCP/Lcp123.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp123.htm)>. Consultado em: 27 Abr. 2010.

§ 2º No caso de início de atividade no próprio ano-calendário, o limite a que se refere o caput deste artigo será proporcional ao número de meses em que a microempresa ou a empresa de pequeno porte houver exercido atividade, inclusive as frações de meses.<sup>119</sup>

Entretanto, existem as vedações legais de enquadramento. Não podem se beneficiar do tratamento jurídico diferenciado previsto na LC no. 123/2006, a pessoa jurídica de cujo capital participe outra pessoa jurídica; a que seja extensão de outra pessoa jurídica; a pessoa cujo titular seja inscrito como empresário, ou sócio de outra empresa que receba tratamento diferenciado e a renda global ultrapasse o limite de receita estipulado para a EPP; empresa cujo sócio ou titular participe com mais de 10% de outra empresa não beneficiada pela Lei e que ultrapasse o mesmo limite de receita das EPP.

Igualmente não podem ser beneficiadas as pessoas jurídicas cujo sócio ou titular seja administrador ou equiparado de outra pessoa jurídica com fins lucrativos, e cuja receita ultrapasse a prevista para as EPP, a pessoa jurídica constituída sob a forma de cooperativa, salvo a de consumo; as que participem do capital social de outras pessoas jurídicas; as empresas que exerçam 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; as resultantes ou remanescentes de cisão ou qualquer outra forma de desmembramento de pessoa jurídica que tenha ocorrido em um dos 5 (cinco) anos-calendário anteriores; e as pessoas jurídicas constituídas sob a forma de sociedade por ações.<sup>120</sup>

---

<sup>119</sup> BRASIL. Lei Complementar 123/06. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/LCP/Lcp123.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp123.htm)>. Consultado em: 27 Abr. 2010. Seguem as transcrições dos dispositivos legais na nota de rodapé.

<sup>120</sup> § 4º Não poderá se beneficiar do tratamento jurídico diferenciado previsto nesta Lei Complementar, incluído o regime de que trata o artigo 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

Estão enquadradas nesta classificação um grande número de empreendimentos empresariais econômicos.

#### **2.4.2 Desenquadramento Legal**

Na hipótese das pessoas jurídicas enquadradas incorrerem em alguma das hipóteses descritas no § 4º do artigo 3º transcrito, serão excluídas do regime de que trata a Lei Complementar no. 123/2006, o que corresponde ao seu desenquadramento.

Os efeitos do desenquadramento são realizados a partir do mês seguinte ao que incorra a situação impeditiva.

Esta é a regra inicial do desenquadramento preconizada pelo § 6º do artigo 3º da citada norma.

A citada regra tem função importante, pois busca prevenir a existência de fraude por parte de possíveis interessados ao beneficiamento da Lei Complementar, quando em suma, não estejam dentro dos limites de receita estipulados para definição de ME ou EPP e mesmo assim busquem outro caminho ou intentem, intencionalmente ou não, violar o benefício que é destinado às empresas enquadradas.

Do mesmo modo, a ME ou EPP que no ano-calendário de início de atividade exceder o limite de R\$ 200.000,00 com relação ao número de meses de funcionamento serão excluídas do regime da LC 123/2006, com efeitos retroativos ao início de suas atividades (§ 10).

Deve ser registrado que a empresa constituída como ME que auferir em anos posteriores ao primeiro ano-calendário de suas atividades receita superior ao disposto para ME, passa, no ano-calendário seguinte à condição de EPP, continua, portanto, enquadrada (§ 7º). A EPP, assim constituída, que em anos seguintes ao primeiro ano-

---

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.

calendário auferir receita-bruta superior ao limite disposto na lei, fica excluída no ano-calendário seguinte aos benefícios da Lei (§ 9º) para todos os efeitos legais. E a EPP, em razão da receita-bruta proporcionalmente aos meses de seu primeiro ano-calendário, não ultrapassar a receita prevista para ME, passa no ano-calendário seguinte às condições de ME (§ 8º).

Há exclusão dos efeitos tributários da Lei, nos termos do § 11 do artigo 3º da LC no. 123/2006, para Estados, DF e Municípios que adotarem em suas legislações o disposto no artigo 19, quando for auferido, respectivamente, R\$ 100.000,00 e R\$ 150.000,00, por ME e EPP, no primeiro ano-calendário, com efeitos retroativos ao início da atividade.

Os efeitos da exclusão do regime de que trata o § 10 e o § 11 da LC no. 123/2006, quais sejam, quando ME e EPP ultrapassem 200 mil reais, para todos os efeitos legais; e quando estas ultrapassem 100 e 150 mil reais, respectivamente, para o aspecto tributário de Estados, DF e Municípios, não retroagirão caso este excesso seja até o limite de 20% acima dos valores descritos, caso em que a exclusão só se dará no ano-calendário subsequente (§ 12).

## 2.5 DESTINATÁRIOS DAS NORMAS DA LC 123/2006

São destinatários das normas-regras descritas na LC 123/2006 os particulares enquadrados como ME ou EPP descritos acima e que tenham interesse em firmar contratação através da participação em procedimentos licitatórios.

E por outro lado, dirigem-se as regras dispostas na mencionada Lei Complementar a Administração Pública e aos obrigados a licitar, identificados no ponto 2.1 supra estudado.

Do mesmo modo, descrito acima, compreende-se no conceito de Administração Pública, tanto a Administração Direta (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), quanto a Administração Indireta (Autarquias, Fundações Públicas, Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista).

Na lição de SANTOS,

Também estão sujeitas às normas complementares as entidades particulares que celebrem contratos utilizando recursos públicos na execução de convênios, termos de parceria e contratos de gestão.<sup>121</sup>

A atuação estatal contemporânea é paradigma hermenêutico que deve ser analisado, eis que na atual sistemática gerencial o Estado procura agir através de parcerias com os particulares para a consecução de diversas atividades públicas, a teor da Emenda Constitucional no. 19/98. Na visão de MELLO<sup>122</sup>, citando GARCÍA DE ENTERRÍA, o tripé clássico fundamental da atividade administrativa está descrito nas atividades de poder de polícia, serviço público e fomento, do que tratar-se-á adiante.

Com a atuação estatal gerencial há transferência de deveres e recursos públicos para serem geridos por particulares em várias atividades. Sendo assim, não se poderia a Administração olvidar em descumprir os regramentos e os princípios Constitucionais e legais postos, e dentre estes não se pode deixar de observar as disposições da LC 123/2006 na realização das contratações destas pessoas jurídicas.

A transferência de deveres-poderes e de recursos públicos para particulares com o propósito de perseguir o interesse público não pode servir de justificativa para afastar ou tangenciar normas e princípios que seriam aplicáveis compulsoriamente caso a ação fosse integralmente pública. Daí a interpretação pelo cabimento das normas de tratamento diferenciado e favorecido quando a contratação for realizada por particulares na gestão de recursos públicos (...)<sup>123</sup>

Para a Administração, a Lei complementar confere uma ordem ao administrador no sentido de deferir tratamento diferenciado e favorecido em todos os processos licitatórios. E para a empresa ou o empresário enquadrado, a lei constitui um direito subjetivo público de receber o tratamento mais benéfico.

Ao reverso, conferir o tratamento diferenciado e favorecido constitui conduta vinculada imposta pela lei. Para as ME ou EPP licitantes, a lei institui direito subjetivo público de receber o tratamento diferenciado e favorecido em todos os processos licitatórios, bastando para tal a prova dessa condição.<sup>124</sup>

---

<sup>121</sup> SANTOS, Jose Anacleto Abduch. *Licitações e o Estatuto da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 27.

<sup>122</sup> MELLO, Célia Cunha. *O fomento da Administração Pública*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2003, p. xi.

<sup>123</sup> SANTOS, Jose Anacleto Abduch. *Licitações e o Estatuto da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 28.

<sup>124</sup> SANTOS, Jose Anacleto Abduch. *Licitações e o Estatuto da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 28.

É importante ainda ressaltar neste contexto, que os integrantes do Sistema “S” (a exemplo do SEBRAE, dentre outros) estão obrigados a licitar, como visto em item antecedente. Obedecem, de forma suplementar, a Lei Geral, Lei Federal 8666/93, mas têm regulamento próprio, editado de acordo com o âmbito de sua competência, e quanto a isto, veja-se a exposição de motivos constante da Resolução SEBRAE no 54 de 18 de outubro de 2001<sup>125</sup> – constante dos Anexos deste trabalho-, que faz referência a grupo de trabalho que teve o impulsionar do TCU para definição deste entendimento e de deliberações cerca do estabelecimento de Regulamento próprio deste Serviço.

Por isto, a doutrina diverge da aplicação imediata da LC 123/06 para os integrantes do Sistema “S”.

SANTANA & GUIMARÃES lecionam que a LC 123/06 consigna expressamente sua atuação no âmbito dos Poderes da União, dos Estados e dos Municípios e que não estão incluídos neste rol os entes que compõem o Sistema “S”, pois, segundo o mesmo autor as “mencionadas entidades não integram a estrutura organizacional da Administração Pública brasileira”.<sup>126</sup>

Inexiste, portanto, qualquer comando normativo expresso que, de forma compulsória, obrigue o Sistema “S” a respeitar, por ocasião das suas licitações instauradas com os recursos próprios, o regime jurídico favorecido a que se referem os artigos 42 a 45 e 47 a 49 da LC no. 123/06.

De qualquer modo, já se deve explicitar que o tratamento favorecido e diferenciado, inclusive no âmbito administrativo é norma de origem Constitucional como visto, e por tal motivo, não poderão, os integrantes do Sistema “S”, furtarem-se a atribuir o respectivo tratamento Constitucional. No tocante a regulamentação ressalta-se que, individualmente, cada Serviço integrante do sistema “S” tem adotado as regras do favorecimento, a exemplo da Resolução SESC no. 949/98, e dos Instrumentos convocatórios do SEBRAE/PB, obtidos em pesquisa de campo e em anexo a este trabalho (um Instrumento da modalidade Convite e outro da modalidade Concorrência), onde ambos os atos administrativos de convocação para certames têm a previsão dos direitos da LC 123/06.

---

<sup>125</sup> A Resolução no. 54, de 18 de outubro de 2001 constituiu-se no regulamento de Licitações e Contratos do Sistema SEBRAE de âmbito nacional, e como aludido, encontra-se em anexo ao trabalho. E atualmente é vigente a Resolução no. 138, de 31 de março de 2006, que trata sobre o mesmo assunto, também colacionada, em anexo, deste trabalho.

<sup>126</sup> SANTANA, Jair Eduardo; GUIMARÃES, Edgar. *Licitações e o novo Estatuto da Pequena e Microempresa* – Aspectos práticos da LC no. 123/06. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 34.

MOTTA citado por SANTANA & GUIMARÃES afirma o entendimento de que só serão cabíveis as inovações do disposto na LC no. 123/06 somente quando disposto em regulamento próprio.

Respondendo sucintamente à consulta, entendo que as inovações dos artigos 42 a 49 da LC no. 123/06 somente serão aplicáveis ao Sistema “S” se as intuições componentes, em nível nacional, explicitarem tais diretrizes sob a forma de Regulamento, tal como se operou com a retromencionada Resolução SESC no. 949/98.<sup>127</sup>

Por outro norte reafirmando a indagação feita por SANTANA & GUIMARÃES<sup>128</sup>, afirmam-se que não haveria, então, motivo para o SEBRAE, exemplificativamente, que tem entre seus objetivos institucionais o favorecimento as micro e pequenas empresas, não fazê-lo também por força do conteúdo e disposições da LC 123/06. Atualmente, é vigente o Regulamento do SEBRAE no. 138, de 31 de março de 2006. Entretanto, o que mais se evidencia, é que os atuais e diversos atos administrativos convocatórios de licitações deste Serviço têm previsão expressa do tratamento simplificado e favorecido e das disposições da LC no. 123/06, o que pacifica a polêmica.

### **2.5.1 A prova da condição de ME e EPP e sua oportunidade**

A prova da condição de ME ou de EPP é feita na realização da qualificação jurídica da empresa e demonstrada a condição de enquadrada no momento oportuno, a Administração tem o dever de efetivar o tratamento diferenciado e favorecido.

O momento oportuno para a prova da condição de ME e EPP é inserção dos comprovantes de enquadramento na qualificação jurídica da interessada.

No magistério de SANTOS<sup>129</sup>, de acordo com a modalidade de licitação, a oportunidade da prova da condição de ME ou de EPP será realizada de forma própria. Nas modalidades regidas pela Lei 8.666/93, terá oportunidade na fase de habilitação,

---

<sup>127</sup> SANTANA, Jair Eduardo; GUIMARÃES, Edgar. *Licitações e o novo Estatuto da Pequena e Microempresa* – Aspectos práticos da LC no. 123/06. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p.35.

<sup>128</sup> SANTANA, Jair Eduardo; GUIMARÃES, Edgar. *Licitações e o novo Estatuto da Pequena e Microempresa* – Aspectos práticos da LC no. 123/06. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p.34.

<sup>129</sup> SANTOS, Jose Anacleto Abduch. *Licitações e o Estatuto da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 41-42.

integrando os documentos apresentados em envelope para a Administração<sup>130</sup>. No pregão presencial, o documento deve ser entregue quando da oportunidade do credenciamento. No pregão eletrônico pode haver campo específico no meio eletrônico onde tramita o certame, e posterior entrega dos documentos quando da análise dos requisitos de habilitação. E nas licitações com inversão de fase, nas quais o julgamento das propostas antecede a habilitação, a oportunidade será na sessão de abertura do certame, quando da entrega dos envelopes.

O mesmo autor leciona, no entanto, que a ME ou EPP deve comprovar a sua condição no momento que deve estar disposto no instrumento convocatório, e a omissão do edital, outrossim, resulta na obrigação de a empresa diligenciar para apresentar tais comprovações no início do certame, sob pena de preclusão quanto ao tratamento favorecido.

A mesma opinião é estampada por JUSTEN FILHO, citado por SANTANA & GUIMARÃES, o qual assevera que se o instrumento de convocação estipular a qualificação específica e a empresa deixar de atender à exigência previamente, presume-se a renúncia desta aos benefícios da Lei.

(...) se o ato convocatório impuser qualificação específica para a fruição do benefício, a empresa que deixar de atender à exigência previamente não poderá fazê-lo posteriormente. Nesse caso, presumir-se-á a renúncia pelo interessado do direito à preferência consagrada na LC no. 123.<sup>131</sup>

SANTOS<sup>132</sup> faz lembrar que, por conter a Lei Complementar diversas aspectos jurídicos de favorecimento, a exemplo do aspecto tributário, do previdenciário, e do administrativo, e sendo independentes as áreas de atuação da LC no.123/2006,

---

<sup>130</sup> Diversos instrumentos convocatórios estipulam que a apresentação da Declaração deve se dar em cada momento, dependendo da modalidade da licitação e inversão ou não de fases. Assim devem ser entregues junto com o rol de documentos a serem apresentados a Administração, para as modalidades da Lei 8.666/93; no credenciamento, quando do pregão presencial; em campo específico, no pregão eletrônico, e depois em documento original; e nas licitações com inversão de fase, na sessão de abertura do certame, quando da entrega dos envelopes. Os documentos de identificação da parte interessada a participar do certame imediatamente devem ser entregues à Comissão de licitação. E estipulam também os próprios instrumentos convocatórios, de um modo geral, em um dos seus anexos, o modelo desta Declaração solicitada para o certame. Como exemplo, dois modelos de Instrumento convocatório do SEBRAE/Paraíba estão colacionados nos Anexos deste trabalho, um da modalidade Convite e outro de Concorrência.

<sup>131</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *O estatuto da microempresa e as licitações públicas*: comentários aos artigos da Lei complementar no. 123 atinentes a licitações públicas, p. 29 In: SANTANA, Jair Eduardo; GUIMARÃES, Edgar. *Licitações e o novo Estatuto da Pequena e Microempresa – Aspectos práticos da LC no. 123/06*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 31.

<sup>132</sup> SANTOS, Jose Anacleto Abduch. *Licitações e o Estatuto da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte*. Curitiba: Juruá, 2008. p.38.

podem, por exemplo, determinadas empresas não ingressar no simples nacional, tais como aquelas descritas no artigo 17 da lei complementar (vedadas de ingressar no regime unificado do Simples Nacional), mas as mesmas podem se beneficiar do tratamento favorecido, nas licitações, em sendo enquadradas como ME ou EPP, que se perfaz pelo critério da receita-bruta anual.

O direito ao tratamento favorecido na licitação é subjetivo e público das ME e EPP, podendo, estas, renunciarem a este direito.

Surgem aspectos, outrossim, acerca do meio de prova documental da condição de MPE. SANTOS leciona que

pode a Administração licitante indicar nos editais de licitação, que qualquer prova de faturamento bruto anual será aceita para demonstrar a condição de ME ou EPP: balanços anuais e declarações de imposto de renda, por exemplo, também podem constituir meio de prova.<sup>133</sup>

Entretanto, é de conhecimento notório que diante da mutabilidade do faturamento empresarial, documentos trazidos pela interessada podem não espelhar a real situação da empresa, o que deve estar sob os olhos atentos das demais interessadas e da própria Administração, a quem compete velar pela observância da Lei em seus procedimentos.

Pela necessidade de provar a condição de ME ou EPP, o mesmo autor explicita que normas administrativas podem, alternativamente, serem editadas para disciplinar ou instituir meios de prova desta condição, a exemplo da Instrução Normativa no. 103, de 30 de abril de 2007, do Diretor do Departamento Nacional de Registro do Comércio que prevê que o enquadramento, e desenquadramento podem ser efetuados mediante arquivamento junto a Junta Comercial de declaração do interessado e a respectiva comprovação dar-se-á mediante Certidão expedida da Junta Comercial.

Em obediência ao princípio da legalidade, tendo em vista a referida norma supracitada não se tratar de lei em sentido formal, assevera também, o referido autor, que tal exigência pode ser feita no Edital da licitação, mas não como único e impositivo exclusivo meio de prova. Podendo o certame estabelecer como meio de prova, uma declaração, sob as penas da lei, expedida pelo interessado, de que cumpre os requisitos legais para a qualificação como ME e EPP, na inovação dos termos do parágrafo único

---

<sup>133</sup> SANTOS, Jose Anacleto Abduch. *Licitações e o Estatuto da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte*. Curitiba: Juruá, 2008. p.39.

do artigo 1º do Decreto Federal 6.204 de 2007 - que regulamenta a Lei Complementar no. 123/2006.

SANTOS evidencia esta afirmação, e ainda afirma que qualquer meio de prova idôneo pode ser utilizado para comprovar a condição de MPE.

Em suma, qualquer meio juridicamente válido de prova de faturamento bruto anual constitui prova idônea que deve ser aceita pela Administração para fins de concessão do tratamento diferenciado e favorecido.

O Decreto federal 6.204/2007, de aplicação para a Administração Pública Federal – nos certames licitatórios promovidos pelas entidades que o próprio regulamento indica no parágrafo único do art. 1º - estabeleceu um critério para a demonstração da condição de ME ou de EPP: para o fim de concessão do tratamento diferenciado e favorecido, a prova dessa condição se fará mediante apresentação pelas empresas, de declaração, sob as penas da lei, de que cumprem os requisitos legais para a qualificação como ME ou EPP.<sup>134</sup>

Esta declaração direta da parte interessada, sob as penas da lei<sup>135</sup>, simplifica a comprovação por parte da MPE de sua condição jurídica, o que desburocratiza o procedimento aos moldes da IN 103/2007 que faz a exigência de realização de declaração de satisfação das condições, registro e arquivamento na Junta Comercial, e solicitação de Certidão a mesma Junta Comercial, com o idêntico teor da declaração direta.

É reconhecido por SANTANA & GUIMARÃES que o instrumento convocatório deverá fixar de forma clara e de forma objetiva que documento comprovará o status jurídico da MPE, o momento da sua apresentação e o recurso cabível em caso de decisão contrária no certame.

O instrumento convocatório deverá fixar, de forma clara e objetiva, o documento necessário para que o licitante receba o *status jurídico* de ME/EPP e, por conseguinte, os benefícios da LC no. 123/2006, indicando o momento da sua apresentação e a espécie de recurso cabível contra a decisão proferida pela comissão de licitação ou pregoeiro que analisar os eventuais casos desta natureza que se apresentarem no certame licitatório.<sup>136</sup>

<sup>134</sup> SANTOS, Jose Anacleto Abduch. *Licitações e o Estatuto da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte*. Curitiba: Juruá, 2008, p.40.

<sup>135</sup> SANTOS identifica esta declaração falsa como infração ao disposto nos artigos 90, 93 e 95 da Lei 8.666/93, sem prejuízo ainda das sanções dispostas nos incisos III e IV do artigo 86 e artigo 88, II, da lei geral. Com a infração dever haver o encaminhamento de peças ao Ministério Público e também outras cópias direcionadas a abertura de processo administrativo para aplicação de punições ao declarante, a exemplo da suspensão do direito de contratar, e da declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com o Poder Público.

<sup>136</sup> SANTANA, Jair Eduardo; GUIMARÃES, Edgar. *Licitações e o novo Estatuto da Pequena e Microempresa – Aspectos práticos da LC no. 123/06*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 33-34.

Poderá haver, outrossim, manifestação de pessoa jurídica diversa, interessada no certame licitatório, no sentido de impugnar a condição de ME ou EPP da participante.

Para tal impugnação, devem ser observadas as regras de enquadramento e desenquadramento, e havendo incidência fática do desenquadramento ou do enquadramento irregular, pela violação do disposto no § 4º do artigo 3º da Lei Complementar o respectivo impedimento do tratamento favorecido pode ser declarado. E, assim, nestes termos, impugnada a condição de ME ou de EPP, afasta-se das interessadas o tratamento da Lei complementar.

Do mesmo modo, por operatividade do princípio da legalidade e da prevalência do interesse público, a Administração também poderá impugnar o enquadramento ou verificar o desenquadramento, se, comprovadamente, detiver e obtiver elementos da condição de ME e EPP da interessada, caso tome conhecimento das vedações e impedimentos legais de enquadramento.

SANTANA & GUIMARÃES<sup>137</sup> lecionam, do mesmo modo, que iniciados os trabalhos da etapa externa da licitação, é aconselhável à comissão ou ao pregoeiro que proceda desde logo à verificação da condição jurídica da licitante, bem como a inexistência de impedimentos à fruição do benefício da Lei. Tendo em vista que isto terá reflexos na habilitação e no julgamento das propostas dos beneficiários. E que, se neste momento de verificação, houver dúvida, também é aconselhável que a comissão ou pregoeiro, por questão de segurança jurídica, e por cautela, promova diligência para a respectiva verificação do *status jurídico* da participante. Se não for possível a diligência na mesma oportunidade seria o caso de encerramento da sessão pública, com designação de nova data, para dirimir a controvérsia.

Destarte, aquele que não obtiver o status de ME ou EPP, não será, frise-se, retirado de participar da licitação, mas certamente, não terá os benefícios da Lei complementar.

## 2.6 EXIGÊNCIA DE PREVISÃO EXPRESSA NO EDITAL LICITATÓRIO DOS BENEFÍCIOS DA LEI COMPLEMENTAR

---

<sup>137</sup> SANTANA, Jair Eduardo; GUIMARÃES, Edgar. *Licitações e o novo Estatuto da Pequena e Microempresa* – Aspectos práticos da LC no. 123/06. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 30.

Sob a visão da Administração, para SANTOS, desta feita, também cabe a esta o dever jurídico de implementar os direitos subjetivos públicos de titularidade dos destinatários das normas editadas.

Diligenciar para que restem asseguradas as prerrogativas legais conferidas às microempresas e empresas de pequeno porte não é uma faculdade da Administração. Antes, constitui dever jurídico instituído pela lei à Administração Pública, o que demanda condutas administrativas de duas ordens. Primeiramente, de ordem procedimental, no sentido de que deverão ser revistos e adequados os procedimentos preliminares da fase interna do certame, inclusive os instrumentos convocatórios, para contemplar expressamente os direitos subjetivos públicos de titularidade das microempresas e empresas de pequeno porte.<sup>138</sup>

E a partir da LC 123/2006 a Administração está obrigada a descrever no Edital das Licitações, isto, é no instrumento convocatório, os direitos e benefícios da Lei destinados às ME e EPP.

MOTTA leciona acerca deste ponto colacionando pedagógica decisão do Plenário do Tribunal de Contas da União, no Acórdão no. 702/2007, de relatoria do Ministro Benjamin Zymler, que explicita a necessidade do instrumento convocatório dispor sobre as normas diferenciadas da LC no. 123/2006 para as MPE. Enfatiza que por ser ato administrativo o instrumento convocatório é vinculado a determinação legal e não pode dispor de forma contrária a Lei.

Por força disso, afasta-se, inclusive, qualquer cogitação acerca da necessidade de o instrumento convocatório da licitação dispor sobre o assunto. Isso porque todo ato convocatório de licitação é ato administrativo, não podendo dispor de forma contrária à lei, exceto se a própria lei houver conferido discricionariedade ao agente administrativo nesse sentido, o que não parece ter sido o caso.

Recente manifestação da área técnica do Tribunal de Contas da União confirma a aplicação dos arts. 42 a 45 da Lei Complementar no. 123/2006 pela Administração Pública federal, ao afirmar que: 'Tais disposições, ainda que não previstas no instrumento convocatório, devem ser seguidas, vez que previstas em lei. Cometerá ilegalidade o Sr. Pregoeiro caso, no decorrer do certame, recuse-se a aplicá-las, se cabíveis'.

Com base nisso, conclui-se pela auto-aplicabilidade dos arts. 42 a 45 da Lei Complementar no. 123/06, desde a data de sua publicação, dispensada, inclusive, previsão no ato convocatório da licitação para sua observância.<sup>139</sup>

---

<sup>138</sup> SANTOS, Jose Anacleto Abduch. *Licitações e o Estatuto da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 29.

<sup>139</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário, Acórdão 702/07, apud MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas licitações e contratos*. 11ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 871.

A decisão, por si, evidencia que as orientações da Lei Complementar devem ser seguidas. Pelo que o seu não seguimento representará ilegalidade do condutor do certame.

Para SANTOS, “a falta de previsão do tratamento diferenciado e favorecido no edital, não retira o direito subjetivo público das licitantes ME ou EPP”. Para ele, isto se dá por conta da natureza auto-aplicável das normas contidas nos arts. 42 a 45 da Lei complementar, e que o direito derivaria diretamente das aludidas normas, devendo ser observado em todas as oportunidades legalmente preconizadas.

Por força da natureza auto-aplicável das normas contidas nos arts. 42 a 45 da Lei complementar, o direito deriva diretamente dela, e deve ser observado em todas as oportunidades legalmente preconizadas.

A aplicabilidade da LC no. 123/06, sobretudo, dos seus artigos 42 a 45, é imediata, idéia, que é defendida por NIEBUHR, e merece maior aprofundamento.

## 2.7 APLICABILIDADE DAS NORMAS DA LC NO. 123/06 – DISCIPLINA LEGAL E REGULAMENTAÇÃO INFRALEGAL – EFICÁCIA IMEDIATA OU CONTIDA

Para NIEBUHR, citado por MOTTA, a Lei Complementar trouxe disposições que afetam as licitações em seus artigos 42 a 49. Segundo o autor, o disposto nos arts. 42 a 45 da LC no. 123/06 é de aplicação imediata, enquanto que os artigos 47 a 49, da mesma legislação, devem estar previstos e regulamentados pela legislação do ente federativo, não bastando ou suprimindo mero regulamento do Estatuto.

A Lei Complementar prescreve normas que afetam as licitações públicas arts. 42 a 49. Os arts. 42 e 43 enunciam normas sobre a comprovação da regularidade fiscal por parte das microempresas e das empresas de pequeno porte. Os arts. 44 e 45 estatuem em favor delas ‘direito de preferência’. O art. 46 autoriza-as a emitir cédula de crédito microempresarial, na forma de regulamento a ser expedido pelo Poder Executivo. E, enfim, os arts. 47, 48 e 49 dispõem sobre ‘tratamento privilegiado e simplificado para as microempresas e as empresas de pequeno porte’, desde que previsto e regulamentado na legislação do respectivo ente.

No esteio do magistério NIEBUHR ainda identifica-se que as normas dos artigos 42 a 45 são auto-aplicáveis. E as demais, pertinentes as licitações, e dispostas nos artigos 47 a 49 da Lei Complementar é condicionada a regulamentação.

Percebe-se, de início, que há dispositivos na Lei Complementar 123/06 tocantes às licitações que são auto-aplicáveis, e outros que dependem de regulamentação ou de lei ordinária.

Pois bem, os arts. 42 e 43, que tratam da regularidade fiscal das microempresas e das empresas de pequeno porte, são auto-aplicáveis, haja vista que o legislador não os condicionou à qualquer regulamentação. O mesmo ocorre com os arts. 44 e 45, que versam sobre o direito de preferência. Por outro lado, a cédula de crédito microempresarial a que alude o art. 46 é condicionada à regulação do Executivo, na forma do que determina o parágrafo único do referido artigo. Ademais, o 'tratamento privilegiado e simplificado para as microempresas e as empresas de pequeno porte' disciplinado pelos arts. 47, 48 e 49 deve ser 'previsto e regulamentado na legislação do respectivo ente'. Dessa forma, o disposto nos arts. 47, 48 e 49 demanda, inclusive, lei ordinária para ser aplicado, não bastando mero regulamento do Executivo.<sup>140</sup>

O mesmo entendimento é disposto por SANTOS<sup>141</sup>, e também por JUSTEN FILHO<sup>142</sup>.

A teor de declarar que as disposições da LC no. 123/2006 são auto-aplicáveis, a doutrina expressada nas afirmações supra identifica que parte dos dispositivos da norma são auto-aplicáveis e parte não. A parte auto-aplicável seria a disposição dos artigos 42 a 45 e a não auto-aplicável estaria disposta nos artigos 47 a 48. Estes dispositivos serão estudados adiante.

Entretanto, importa ressaltar o ponto relacionado a regulamentação da norma, por norma geral e abstrata de caráter infralegal, isto é, a possibilidade ou não de edição de Decreto, no legítimo exercício poder (ou atribuição) regulamentar do Estado.

Quanto a isto, JUSTEN FILHO<sup>143</sup>, expressa relativamente às licitações sob regime diferenciado, em regra, dependem de lei expressa, para atender as finalidades da Lei Complementar, e, portanto, a aplicação da LC no. 123/06 depende de edição de normas legislativas, lei em sentido estrito, por cada ente federado.

---

<sup>140</sup> NIEBUHR, Joel Menezes. Repercussões do novo Estatuto das microempresas e empresas de pequeno porte. Disponível em: <www.zenite.com.br>, consultado em 18 Set.2007, apud MOTTA, Carlos Pinto Coelho. Eficácia nas licitações e contratos. 11ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 871.

<sup>141</sup> SANTOS, Jose Anacleto Abduch. *Licitações e o Estatuto da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 64.

<sup>142</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *O estatuto da microempresa e as licitações públicas*. São Paulo: Dialética, 2007, p. 24.

<sup>143</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *O estatuto da microempresa e as licitações públicas*. São Paulo: Dialética, 2007, p. 24.

Entretanto, segundo o mesmo autor, não há obstáculo para que cada ente federado espessa decreto para regulamentar os dispositivos auto-aplicáveis da norma. E leciona que a regulamentação serve para a padronização das soluções nas licitações de cada ente federativo. O disposto nos artigos 42 a 45, tendo em vista serem auto-aplicáveis devem ter aplicação prática imediata, com o seu a existência de Decreto Regulamentar ou Executivo. E os demais dispositivos (artigos 47 a 49) dependem de lei em sentido estrito.

A União editou o Decreto no. 6.204, de 5 de setembro de 2007 – em anexo a este trabalho -, que estabelece o Regulamento aplicável na esfera federal.

JUSTEN FILHO assevera, no tocante, que

Deve-se ter em mente que o Regulamento Federal somente pode ser aplicado no âmbito da União. Os demais entes federativos poderão aplicar diretamente a LC no. 123. Também poderão adotar regras regulamentares próprias. Até poderão editar regulamento recepcionando a regulamentação federal. Mas não poderão aplicar, de modo automático, o Regulamento Federal.<sup>144</sup>

O âmbito de vigência do Decreto Federal estende-se, de acordo com o artigo 1º do aludido regulamento, aos órgãos da administração pública federal, direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União. E, portanto, JUSTEN FILHO identifica que não se aplica aos Poderes Legislativo, Judiciário, e ao Tribunal de Contas da União e Ministério Público da União, eis que é atribuição da LC no. 123 é aplicável, e é auto-aplicável, mas cabe a estes últimos deliberar, ou não, pela regulamentação própria.

Quanto a não aplicação do Decreto no. 6.204/2007, por Estados e Municípios, SANTOS corrobora com o mesmo entendimento de JUSTEN FILHO, ao afirmar que não tem força normativa cogente o regulamento quanto a Estados e Municípios.

Não tem força normativa cogente o regulamento quanto a Estados e Municípios, que detêm a faculdade de regulamentar, no âmbito de sua peculiar competência, os aspectos reputados necessários à fiel execução da lei.<sup>145</sup>

---

<sup>144</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *O estatuto da microempresa e as licitações públicas*. São Paulo: Dialética, 2007, p. 25.

<sup>145</sup> SANTOS, Jose Anacleto Abduch. *Licitações e o Estatuto da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 64.

É de ressaltar que SANTOS entende pela impossibilidade de utilização do Decreto Federal por Estados e Municípios, eis que compete a cada ente federativo exercer o poder hierárquico orientado para a boa execução do estatuto complementar federal. Pois o artigo 2º do Decreto identifica como missão dos órgãos ou entidades contratantes “instituir cadastro próprio”, “estabelecer e divulgar planejamento anual de contratações...”, “padronizar e divulgar as especificações dos bens e serviços contratados...”, isto, é, tais comandos determinam obrigações de fazer do pessoal empregado nestas atividades e a sua vinculação se dá aos servidores dos órgãos e entidades federais, cabendo constitucionalmente a cada ente federado organizar a sua estrutura e ordenamento a seus servidores.

Nada impede, como descrito por JUSTEN FILHO, que os diversos entes federados adotem as mesmas regras descritas pelo Decreto federal, no exercício de sua competência.

Sobre os benefícios, em específico, da Lei Complementar tratar-se-á adiante, após a verificação de quais modalidades e tipos licitatórios têm cabimento o tratamento diferenciado e favorecido da Lei.

## 2.8 AS MODALIDADES E TIPOS DE LICITAÇÃO ABRANGIDOS PELA LC 123/06

Atualmente, extrai-se a presença de seis modalidades de licitação, mais utilizadas, a despeito da existência de outras específicas ou de distintas entidades, no ordenamento jurídico brasileiro vigente. São elas: a concorrência, tomada de preço, concurso, convite, leilão e pregão. Cada uma dessas espécies possui conceito próprio e algumas delas detêm objetivos muito específicos, como se pode exemplificar as modalidades de leilão e da modalidade concurso.

Destarte, é possível asseverar que a espécie concurso é utilizada para a contratação de trabalho técnico, artístico ou científico e o leilão para alienação de bens. Enquanto, é possível dizer que a concorrência, tomada de preço, convite e pregão têm por finalidade a aquisição de bens, contratação de serviços, contratação de obras de engenharia.

Ante a exposição acima, a que modalidades licitatórias se aplica a Lei complementar? Será que as Microempresas e as Empresas de Pequeno Porte, beneficiárias que são do regime favorecido, contemplado na Lei Complementar 123/06, têm aplicação todas as referidas modalidades? E se a resposta for positiva, então quais seriam os tipos de licitação pertinentes?

Modalidades de licitação são as espécies de procedimento licitatório, definidas e disciplinadas por meio de lei. As espécies de licitação, quais seja, tecnicamente, as modalidades licitatórias estão, em regra, previstas na Lei Geral de Licitações – Lei 8.666/93, e segundo o artigo 22 da mencionada Lei Geral, “é vedada a combinação delas, ou adoção de outras.” Ocorre, que, por lei especial da União, que detém a competência constitucional para legislar em matéria de licitações, foi editada a Lei 10.520/2002, que trata de uma nova modalidade, o denominado Pregão. Este poderá ser realizado de modo presencial ou eletrônico. Esta é a sexta modalidade licitatória comumente abordada.

Tipos de licitação dizem respeito a critérios de julgamento. Um dos princípios, identificados neste trabalho, e correlatos a licitação, corresponde ao julgamento objetivo (artigo 3º da Lei Geral de licitações). A licitação deve desenvolver-se atrelada a critérios objetivos de julgamento, evitando-se subjetivismos indevidos, e o referido critério objetivo de julgamento das propostas já deve estar constante do instrumento convocatório.

Os tipos de licitação, ou critérios de julgamento, são aqueles descritos no artigo 45, § 3º, da Lei 8.666/93, quais sejam os critérios de menor preço; melhor técnica; menor preço e melhor técnica; e maior lance ou oferta.

Desde logo, assevera-se que a LC nº 123/06 estabeleceu critérios de preferência a serem observados por ocasião de licitações que visem aquisição de bens e contratação de serviços. Assim, ao aplicarmos um critério residual ou excludente, é possível, de imediato, sustentar que a lei complementar talvez não produza qualquer impacto em licitações nas modalidades concurso e leilão, tendo em vista as suas respectivas finalidades e aplicabilidades.

JUSTEN FILHO discorre esclarecidamente acerca do tema da seguinte forma:

Embora o silêncio legislativo, afigura-se evidente que o benefício é aplicável exclusivamente nas licitações de menor preço. As licitações de técnica (técnica e preço e melhor técnica), em que a identificação da proposta mais

vantajosa depende da conjugação de critérios econômicos e técnicos, apresentam sistemática incompatível com as regras simplistas dos artigos 44 e 45 da LC nº 123/06. Esses dispositivos buscam proteger as pequenas empresas por meio de mecanismos de redução do valor da proposta comercial. A aplicação do benefício em uma licitação de técnica e preço demandaria o fornecimento de critérios adequados, que não constam do diploma.<sup>146</sup>

Desta feita, tendo o trabalho verificado os aspectos normativos amplos e correlacionados a Lei complementar 123/2006, necessário se faz aludir que há divergência na doutrina sobre o aspecto.

SANTOS entende que é cabível o direito de preferência nos tipos de licitação melhor técnica e técnica e preço.

Sustenta-se que, ao menos em tese, a direito de preferência pode ser exercido em licitações do tipo melhor técnica, quando a Administração Pública adotar o entendimento de que a licitante que obtiver a melhor nota técnica tem obrigatoriamente que praticar o menor preço proposto; e nos casos de licitações do tipo técnica e preço.<sup>147</sup>

SANTOS afirma que a maior parte da doutrina e a prática administrativa afirmam que na licitação do tipo melhor técnica, independentemente do preço não existe o direito de preferência, mas que se entendido em contrário pela Administração, desde que constante do instrumento convocatório. Para ele, neste caso, o licitante vencedor da melhor nota técnica se submeterá a que seu preço baixe até o menor preço proposto no certame. Nestas condições, se houver situação de empate ficto com ME ou EPP deve ser feita a análise com relação a estas empresas.

---

<sup>146</sup> JUSTEN FILHO. *O estatuto da microempresa e as licitações públicas: comentários aos artigos da Lei complementar nº 123/06 atinentes a licitações públicas*, 2007, p.69.

<sup>147</sup> SANTOS, José Anacleto Abduch. *Licitações e o Estatuto da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte*. Curitiba: Juruá Editora, 2008. p. 104.

### **3 A LC 123/06 – BENEFÍCIOS: DA REGULARIDADE FISCAL ÀS LICITAÇÕES DIFERENCIADAS**

O regime jurídico do LC 123/2006 trouxe vantagens para as microempresas e empresas de pequeno porte, dentre elas pode-se destacar o favorecimento em relação à regularidade fiscal nos procedimentos licitatórios.

#### **3.1 O BENEFÍCIO DA LC 123/06 QUANTO À REGULARIDADE FISCAL**

##### **3.1.1 Conceito de Regularidade Fiscal e suas Peculiaridades**

Regularidade fiscal é justamente a condição do contribuinte para com a Fazenda Pública. É a condição que toda empresa tem que apresentar quando contratar com a Administração Pública – desde a contratação até a execução ou conclusão do contrato administrativo.

De certo, como leciona JUSTEN FILHO, justa é a exigência. Se o particular, qualquer que seja a empresa, está se beneficiando e obtendo êxito junto a um pleito de uma contratação administrativa, é devido que este esteja em dia com as suas obrigações sociais, tributárias e para com o fisco de uma forma geral. Ou seja, que ele esteja em dia com a própria sociedade que o contrata, através da Administração Pública.

A habilitação, em qualquer processo licitatório da lei geral de licitações, conforme o disposto no artigo 27 da Lei 8.666/93, é exigida a fim de assegurar ao Poder Público que o licitante atenda as condições necessárias, quais sejam, de habilitação jurídica, capacidade técnica, qualificação econômico-financeira, regularidade fiscal e cumprimento do inciso XXXIII do artigo 37 da Constituição Federal. A regularidade fiscal, portanto, é um dos requisitos da habilitação das interessadas nos certames licitatórios.

A habilitação jurídica se perfaz através da demonstração do enquadramento como ME ou EPP e a inexistência de vedação legal para enquadramento aos termos da Lei. A prova da condição de ME ou EPP fora descrita neste trabalho, e, resumidamente,

deve ser aferida por uma Declaração da parte interessada de que se enquadra em uma destas categorias, sob pena de responsabilidade civil e criminal.

Quanto à qualificação econômico-financeira deve ser dito que de acordo com o objeto da licitação, esta pode demandar requisitos de habilitação econômico-financeira a que as ME e EPP não ser compatíveis com a estrutura financeira destas empresas, por demandar indicadores de patrimônio líquido ou capital social mínimos, bem como outros índices contábeis de aferição desta capacidade econômico-financeira.

Podem ser exigidos, por exemplo, indicadores elevados de patrimônio líquido ou capital social mínimo, “índices contábeis (liquidez corrente, liquidez geral, endividamento e outros usuais em contabilidade) mínimos ou máximos”<sup>148</sup> para que se possa realizar a verificação deste requisito.

Segundo SANTOS, “esta prerrogativa administrativa de fixar as condições de participação no certame permanece inalterada”<sup>149</sup>, quanto a qualificação econômico-financeira, e assim exigir os documentos relacionados acima é válida e a lei complementar não ressaltou isto, a despeito de haver entendimentos no sentido de que, por não ser exigível, nos termos do artigo 1179 do Código Civil brasileiro, o balanço patrimonial e o de resultado econômico de pequenos empresários<sup>150</sup>, não se poderia fazer tais restrições.

Destarte, esta exigência administrativa da prova da qualificação econômico-financeira dar-se-á através da apresentação de documentos reputados necessários pela Administração licitante, “desde que não viole os princípios da proporcionalidade, razoabilidade e motivação”<sup>151</sup>. Até porque, o inciso XXI do artigo 37 da Carta Política de 1988 determina que o processo licitatório apenas “permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das

---

<sup>148</sup> SANTOS, José Anacleto Abduch. *Licitações e o Estatuto da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte*. Curitiba: Juruá Editora, 2008, p.60.

<sup>149</sup> SANTOS, José Anacleto Abduch. *Licitações e o Estatuto da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte*. Curitiba: Juruá Editora, 2008, p.60.

<sup>150</sup> São entendidos estes pequenos empresários, nos termos do artigo 970 do Código Civil brasileiro (cuja renda seja de até R\$ 36.000,000 anuais), como sendo os enquadrados como microempresários nos termos da LC 123/06, pelo critério da receita-bruta. Da lição de SANTOS, na mesma obra citada no parágrafo, ainda se extrai que a isenção de balanço patrimonial do Código Civil tem efeitos civis e não é aplicável para efeito de licitação, eis que a Lei expressamente não o fez.

<sup>151</sup> SANTOS, José Anacleto Abduch. *Licitações e o Estatuto da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte*. Curitiba: Juruá Editora, 2008, p.60.

obrigações”<sup>152</sup>, por tal maneira são imprescindíveis os princípios referidos para dirimir eventuais inadequações de exigências administrativas.

Não existe, em regra, por isto, “qualquer fundamento para que se deixe de exigir a qualificação econômico-financeira necessária das ME ou das EPP”<sup>153</sup>, afirmando-se, inclusive, que é vedada esta conduta omissiva de modo a assegurar “garantia de execução do contrato”<sup>154</sup>.

JUSTEN FILHO<sup>155</sup> assevera que pode haver apenas dispensa parcial de documentos quanto a qualificação econômico-financeira, como é o caso do artigo 32 da Lei 8.666/93 e do artigo 3º do Decreto 6.204/2007, transcritos, respectivamente, abaixo, nos casos de convite, concurso, fornecimento de bens para pronta entrega e leilão, tendo o Decreto

Art. 32. Os documentos necessários à habilitação poderão ser apresentados em original, por qualquer processo de cópia autenticada por cartório competente ou por servidor da administração ou publicação em órgão da imprensa oficial.  
§ 1º A documentação de que tratam os arts. 28 a 31 desta Lei poderá ser dispensada, no todo ou em parte, nos casos de convite, concurso, fornecimento de bens para pronta entrega e leilão.<sup>156</sup>

Art. 3º Na habilitação em licitações para o fornecimento de bens para pronta entrega ou para a locação de materiais, não será exigido da microempresa ou da empresa de pequeno porte a apresentação de balanço patrimonial do último exercício social.<sup>157158</sup>

Quanto à qualificação técnica, do mesmo modo, as normas da LC 123/06 não têm qualquer influência sobre a necessidade desta exigência. Isto porque, segundo

---

<sup>152</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Consultado em: 14 Mar. 2010.

<sup>153</sup> SANTOS, José Anacleto Abduch. *Licitações e o Estatuto da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte*. Curitiba: Juruá Editora, 2008, p.61.

<sup>154</sup> SANTOS, José Anacleto Abduch. *Licitações e o Estatuto da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte*. Curitiba: Juruá Editora, 2008, p.61.

<sup>155</sup> JUSTEN FILHO. *O estatuto da microempresa e as licitações públicas: comentários aos artigos da Lei complementar nº 123/06 atinentes a licitações públicas*, 2007.

<sup>156</sup> BRASIL. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm)>. Consultado em: 27 Abr. 2010.

<sup>157</sup> BRASIL, Decreto no. 6.204 de 5 de setembro de 2007. Regulamenta o tratamento favorecido, diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte nas contratações públicas de bens, serviços e obras, no âmbito da administração pública federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6204.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6204.htm)>. Consultado em: 27 Abr. 2010.

<sup>158</sup> JUSTEN FILHO, na mesma seqüência da obra referenciada, declara que este Decreto regulamentar aplica a norma já existente na legislação comum e o ponto referente a “locação de materiais” estaria implicitamente também incluída naquela legislação.

SANTOS, permanece válida a regra geral no tocante, cuja qualificação é exigida de acordo com o objeto da licitação.

(...) permanece íntegra a regra geral no sentido de que os requisitos de qualificação técnica operacional, ou de qualificação técnica profissional, devem ser estabelecidos de acordo com o objeto da licitação.<sup>159</sup>

A regularidade fiscal, outrossim, é necessária para que se verifique se o licitante interessado está em dia com suas obrigações tributárias, além do que expressa afirmação da idoneidade e confiança que se possa ter no interessado a licitar e contratar com a Administração, e por isonomia com os demais membros da sociedade.

Mas o que vem a ser, em específico, a regularidade fiscal é o que merece ser verificado, para o presente estudo. E mais importante para este trabalho é como a exigência de regularidade fiscal se aplica nos moldes da LC 123/2006 – benefício disposto pela Lei.

SANTOS elucida, quanto a regularidade fiscal:

É a condição jurídico-fisco-tributária do contribuinte decorrente do cumprimento efetivo das obrigações tributárias, principais ou acessórias, impostas pela lei, ou da submissão da obrigação reputada descumprida pela Administração ao Poder Judiciário.<sup>160</sup>

A Lei Complementar 123/06 trata da regularidade fiscal da Me e EPP imediatamente em seus artigos 42 e 43<sup>161</sup>. Analisar-se-á, então tais dispositivos. Veja-se, diretamente, a dicção legal do artigo 42 da lei complementar.

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.

O artigo 43 dispõe, destarte, sobre a necessidade de apresentação de toda a documentação e concede prazo para regularização, a partir do momento em que for declarado vencedor do certame.

---

<sup>159</sup> SANTOS, José Anacleto Abduch. *Licitações e o Estatuto da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte*. Curitiba: Juruá Editora, 2008, p.62-63.

<sup>160</sup> SANTOS, José Anacleto Abduch. *Licitações e o Estatuto da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte*. Curitiba: Juruá Editora, 2008, p.67.

<sup>161</sup> BRASIL. *Lei Complementar 123/06*. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/LCP/Lcp123.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp123.htm)>. Consultado em: 27 Abr. 2010.

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.

Pelo entendimento de JUSTEN FILHO, que está, no tocante, focado no artigo 43, caso o licitante não apresente a documento de regularidade, exigido no instrumento convocatório, deverá ser inabilitada de pleno.

Para JUSTEN FILHO, o que o benefício aponta não é para a dilação quanto à oportunidade de apresentação dos documentos, mas sim a desnecessidade de estar regular no momento do certame, podendo, a vencedora, caso assim seja declarada, ter prazo para regularizar sua situação.

O que se faculta é a desnecessidade de perfeita e completa regularidade fiscal no momento da abertura ou do julgamento do certame. Em outras palavras, o benefício outorgado às pequenas empresas, no âmbito da habilitação, está sintetizado no parágrafo 1º do art. 43: trata-se da faculdade de regularização dos defeitos existentes e comprovados nos documentos de regularidade fiscal apresentados na oportunidade devida pela pequena empresa.

Daí se segue que o licitante que tiver deixado de apresentar documento de regularidade fiscal, exigido no ato convocatório, deverá ser inabilitado.<sup>162</sup>

E entende SANTOS<sup>163</sup>, que este prazo de dois dias úteis, tão logo declarado administrativamente o vencedor, se for ele ME ou EPP e estiver em situação de necessidade de provar a regularidade fiscal, tem a Administração de proceder de ofício a concessão do prazo.

Entretanto, não se pode deixar de descrever e verificar que é vigente e eficaz o artigo 42 da lei complementar. E a interpretação conjunta, no mínimo, dos dois

---

<sup>162</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos administrativos*. 13ª ed. São Paulo: Dialética, 2009, p.67.

<sup>163</sup> SANTOS, José Anacleto Abduch. *Licitações e o Estatuto da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte*. Curitiba: Juruá Editora, 2008, p.77.

dispositivos deve ser feita para que se extraia a norma deles imposta, de modo sistemático.

O artigo 42 disciplina que as referidas empresas só necessitarão apresentar comprovação de regularidade fiscal quando assinatura do contrato.

O artigo 43, por seqüência, estabelece, como visto, que por ocasião de participação em certames licitatórios as microempresas e empresas de pequeno porte deverão apresentar toda a documentação, mesmo que haja alguma restrição, abrindo prazo para o vencedor, que estiver nessa situação, prazo de dois dias úteis, que devem renovados por igual período, a pedido do interessado (no que a Administração não deve negar tal pedido de dilação de prazo por mais dois dias úteis) para apresentar comprovante de quitação ou parcelamento do débito, juntamente com a devida certidão negativa ou positiva com efeito de negativa, qual seja, a comprovação da regularidade fiscal.

O que é extraído destes artigos, em conjunto, corresponde ao fato de que as microempresas e empresas de pequeno porte possuem a prerrogativa de apresentar a comprovação de regularidade fiscal em momento posterior ao dos outros licitantes. É justamente neste ponto que residem as divergências, uma vez que o artigo 42 diz que o momento é o da assinatura do contrato e artigo 43 estabelece que o prazo começa a fluir no momento que o licitante é declarado vencedor.

Da análise conjunta, não se pode deixar de olvidar que a norma do artigo 43 exigiu que toda a documentação fosse entregue, mas o artigo 42 estabelece que somente para efeito de contratação é que se deve comprovar a regularidade.

Neste sentido SANTOS leciona que não se pode entender que a entrega da documentação referente a regularidade fiscal não pode ser na assinatura do contrato, eis que aqui pertenceria a uma outra fase e formalmente, o processo de escolha da licitante – denominado licitação – teria se esgotado com a homologação do resultado. E a assinatura do contrato seria outra etapa, pertinente a competência da Administração, diversa do processo administrativo de licitar.

Sobre o tema, aduz SANTOS:

Entender que somente poderá ser exigida a prova da regularidade fiscal após a adjudicação enseja conseqüências jurídicas incompatíveis com o ordenamento jurídico. O que a lei concedeu, foi o direito de provar a regularidade fiscal para efeito de assinatura do contrato, o que é diferente. O direito do licitante ME ou EPP é o de ter postergada a prova da regularidade fiscal, para momento diverso daquele em que é exigida dos demais licitantes

não enquadrados. Contudo, esta prova da regularidade fiscal cuja exigibilidade foi postergada, deve ocorrer no curso do certame, o que de fato não ocorreria, se admitida a hipótese ou aceita a interpretação no sentido de que o licitante ME ou EPP pode provar a regularidade fiscal após a adjudicação.<sup>164</sup>

Adjudicação pode ser entendida como ato em que se entrega o objeto ao vencedor, ocorrendo, geralmente, simultâneo à homologação, ato pelo qual a autoridade competente valida todo o procedimento. Referidos atos quando realizados, põem fim ao certame, ensejando assim a assinatura do contrato.

Sustenta SANTOS que proceder ao recebimento de documentos e a comprovação da regularidade fiscal somente na data da assinatura do contrato administrativo, representaria efetivamente uma situação equivocada, pois geraria a indevida reabertura do processo administrativo - que se encerrou com a adjudicação -, para apreciar-se documentos, com a possibilidade, inclusive da fase recursal, em sendo o caso, dentre outros inconvenientes.

Tal proceder traria ainda a insólita situação de, em caso de o licitante não provar a regularidade, e, em caso do segundo colocado também ser empresa enquadrada, ter de que ser restaurado o procedimento licitatório, já homologado, para facultar a prova de regularidade fiscal necessária a sua habilitação plena.<sup>165</sup>

Não está correto deferir, também na visão de SANTOS, comprovação da regularidade fiscal do licitante enquadrado apenas na data da assinatura do contrato, mas sim, ao sair vencedor no certame, teria ele o prazo de apresentação de dois dias úteis, prorrogáveis por mais dois.

O que há divergência é quanto a necessidade de apresentação de documentos de regularidade fiscal na habilitação pela ME e EPP, mesmo que contendo estes documentos restrições e com isto, inabilitar de plano a licitante. A exegese constitucional, que pondera a favor da ME e EPP deve, também neste caso prevalecer.

Leciona SANTOS:

Contudo, a dinâmica contemporânea das licitações e a interpretação sistemática a norma induzem à conclusão no sentido de que não há significado lógico ou prático exigir a apresentação da documentos que contenham restrição fiscal.

---

<sup>164</sup> SANTOS, José Anacleto Abduch. *Licitações e o Estatuto da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte*. Curitiba: Juruá Editora, 2008. p.74.

<sup>165</sup> SANTOS, José Anacleto Abduch. *Licitações e o Estatuto da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte*. Curitiba: Juruá Editora, 2008. p.75.

(...)

Se o propósito da lei é o de postergar a prova da regularidade fiscal, e o licitante não apresenta desde logo tal prova (na fase de habilitação ordinária), não será a falta de apresentação de documento que terá o condão de suplantar o direito legalmente posto, afastando o licitante ME ou EPP sob o argumento de descumprimento da regra. Nesse aspecto modifica-se o entendimento anteriormente defendido, para sustentar que o licitante que não apresenta os documentos de regularidade que contêm restrição fiscal não deve ser inabilitado e tem direito à prova posterior de sua situação jurídica.<sup>166</sup>

Então, frisa-se, que a necessidade da comprovação da regularidade fiscal não será na fase do contrato, como asseveram em comum JUSTEN FILHO e SANTOS, mas após a declaração de êxito no certame, e no entender de SANTOS, desnecessário será exigir documentos que comprovem a irregularidade fiscal e indevida será a inabilitação por este motivo.

Por outro norte, caso não haja a comprovação da regularidade dentro do prazo legal concedido, desta feita, após a declaração de êxito no certame, o §2º do artigo 43 estabelece as conseqüências jurídicas desta inexistência de prova da regularidade fiscal no prazo legal. A conseqüência descrita na norma é a “decadência do direito à contratação”, sem prejuízo da aplicação das sanções no art. 81 da Lei 8.666/93 ou, facultativamente, caberia à Administração “convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para a assinatura do contrato, ou revogar a licitação”<sup>167</sup>.

Apesar da impertinência técnica da regra ao dizer que a conseqüência é a decadência “do direito à contratação”, entende-se que não há o “direito à contratação”, mas apenas uma expectativa de direito.

A decadência do direito da licitante que não apresentou a documentação da regularidade fiscal gera, de outro modo, na visão de SANTOS, para as demais participantes – especialmente para a que estiver na colocação imediata seguinte, sobretudo – o direito subjetivo público de ser contratada, pois a revogação do certame somente deve se dar de modo fundamentado.

Prosseguindo-se o certame, se houver outra ME ou EPP em condições de ser classificada, no caso de decadência do direito da anterior, esta outra licitante será chamada e declarada classificada, concedendo-lhe prazo para a regularização fiscal (se porventura, for necessário).

<sup>166</sup> SANTOS, José Anacleto Abduch. *Licitações e o Estatuto da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte*. Curitiba: Juruá Editora, 2008. p.69.

<sup>167</sup> BRASIL. Lei Complementar 123/06. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/LCP/Lcp123.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp123.htm)>. Consultado em: 27 Abr. 2010.

Outrossim, as penalidades legais do artigo 81 da Lei Geral devem ser aplicadas à licitante que não comprovar, outrossim, as condições de regularidade fiscal, pois todos têm conhecimento da responsabilidade de participar de certames licitatórios, e caso a licitante já tivesse conhecimento prévio de que não teria meios de regularizar sua situação dentro do prazo (mesmo com a prorrogação) deveria não prosseguir no certame e até mesmo nem ter participado dele.

Tendo ciência da impossibilidade de regularização caberia à licitante ME ou EPP renunciar a prerrogativa do pedido de prorrogação do prazo por mais dois dias úteis, de forma expressa, finalizando o pleito sem que seja necessário este prazo de prova.

Outrossim, importa asseverar que a prorrogação do prazo por mais dois dias úteis deve ser manejado por requerimento da parte dentro do prazo (antes de esgotar o primeiro).

Por fim, a forma de comprovar a regularidade fiscal deve comportar o meios mais amplos possíveis, desde que atendido o Princípio da Impessoalidade e moralidade.

Segundo SANTOS<sup>168</sup>, a prova dessa condição de regularidade, na oportunidade fixada na lei, se dará pelos meios administrativamente e legalmente aceitos nas normas das modalidades licitatórias. E “pode o licitante apresentar documentos ou pode a Administração Pública realizar consultas nos sistemas eletrônicos disponíveis pela internet” – desde que não fica o Princípio da impessoalidade e da moralidade, frise-se. E afirma, ainda, SANTOS que os Tribunais Judiciais e de Contas e, a doutrina, têm entendido pela “ampliação da competitividade, ajustando as condutas administrativas aos instrumentos tecnológicos disponíveis atualmente”<sup>169</sup>.

### 3.2 O FAVORECIMENTO EM RELAÇÃO AO DIREITO DE PREFERÊNCIA

---

<sup>168</sup> SANTOS, José Anacleto Abduch. *Licitações e o Estatuto da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte*. Curitiba: Juruá Editora, 2008, p.71.

<sup>169</sup> SANTOS, José Anacleto Abduch. *Licitações e o Estatuto da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte*. Curitiba: Juruá Editora, 2008, p.71.

### **3.2.1 Critérios de Desempate no Processo Licitatório Comum**

A Lei 8.666/93 especifica as formas como deverão ocorrer o processo licitatório, desde o edital de convocação até a fase de homologação e contrato, determina dentre tantos outros qual procedimento deverá ser utilizado para cada caso, os casos de inexigibilidade e dispensa e os como proceder em situações de empates.

Segundo essa lei, quando ocorrer empate entre os licitantes, alguns aspectos deverão ser observados para que se proceda ao devido desempate, se os licitantes estiverem em igualdade de condições, será dada preferência em primeiro lugar aos bens e serviços produzidos ou prestados por empresas de capital nacional, em segundo aqueles produzidos no país, posteriormente, os produzidos ou prestados por empresas brasileiras e por fim os produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no país. Permanecendo todas essas condições, o critério de desempate passará a ser o sorteio.

O sorteio é a forma mais justa de se proceder a um desempate entre licitantes que se encontram em igualdade de condições, pois não poderá beneficiar nenhuma empresa que esteja submetida ao certame.

### **3.2.2 Privilégios alcançados pelas microempresas e empresas de pequeno porte: Direito de Preferência - empate ficto e desempate legal**

A Lei Complementar 23/06 que trata das microempresas e das empresas de pequeno porte instituiu critérios diferenciados para estas empresas, normas que as colocam em situação de igualdade com as demais.

Por essa lei ficou determinado que as ME e EPP tivessem preferências em contratações públicas. Em um primeiro momento pode parecer, equivocadamente, que esta prerrogativa seja abusiva gerando grandes desigualdades e privilégios indevidos, mas passando-se a observar pela hipossuficiência destas empresas em relação às demais, verifica-se que é um critério absolutamente justo.

Outrossim, SANTOS afirma o “número elevado de licitações cuja disputa ocorre na margem de diferença de 10% entre as propostas”<sup>170</sup>, chegando a afirmar também que dentro desta margem é fato conhecido, o de que a maior parte das licitações se decide. E isto aponta para a importância do tratamento favorecido e diferenciado corroborado no “estatuto da microempresa e o potencial impacto deste tratamento no resultado das licitações na economia nacional”<sup>171</sup>.

Durante muito tempo as ME e EPP ficaram de fora de grandes processos licitatórios, por não condições de competir no mercado com empresas de médio e grande porte, pois estavam sempre em relação de inferioridade.

Com o advento da LC nº123/06 essa situação regrediu, não ficaram em “pé de igualdade”, mas também não estão tão excluídas.

Em seu lecionar, SANTOS formou o seguinte entendimento:

A lei complementar estabelece um peculiar critério de desempate surgido no mundo jurídico com o fito de propiciar a preferência das ME e das EPP nas contratações públicas. O direito de preferência constitui norte hermenêutico no que tange às contratações públicas em que participem ME ou EPP, que se concretiza mediante instalação de situação de empate ficto em favor das enquadradas, que se resolve pela concessão do direito dessas empresas de ofertarem proposta de preço menor do que a apresentada pela licitante não enquadrada.<sup>172</sup>

Empate ficto é a situação em que as propostas apresentadas pelas ME e EPP sejam iguais ou até 10% (dez por cento) superior à proposta que estiver mais bem classificada. Na modalidade de pregão o percentual estabelecido é de até 5% (cinco por cento) de diferença entre a proposta de uma empresa não enquadradas.

Terminado o certame, proceder-se-á a classificação das propostas, se for verificado empate ficto (diferença de até 10% ou 5%, em modalidades da lei geral ou no pregão, respectivamente, entre empresa que não seja MPE e outra que seja), deverá ser aberto à possibilidade da ME ou EPP cuja proposta for a mais próxima da até então melhor classificada fazer uma proposta inferior ao valor mais bem classificada. O prazo para apresentação da nova proposta deverá constar do instrumento convocatório, já que a lei 8.666/93 é omissa em relação a este prazo.

---

<sup>170</sup> SANTOS, José Anacleto Abduch. *Licitações e o Estatuto da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte*. Curitiba: Juruá Editora, 2008, p. 17.

<sup>171</sup> SANTOS, José Anacleto Abduch. *Licitações e o Estatuto da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte*. Curitiba: Juruá Editora, 2008, p. 17.

<sup>172</sup> SANTOS, José Anacleto Abduch. *Licitações e o Estatuto da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte*. Curitiba: Juruá Editora, 2008. p.95.

Em relação à modalidade pregão o prazo para nova proposta está descrito na própria lei, sendo estabelecido o prazo de 5 minutos após o encerramento dos lances sob pena de preclusão.

É importante salientar que se a empresa vencedora for ME ou EPP, não existirá mencionado tratamento diferenciado, já que não existe situação de hipossuficiência, pelo contrário, estão em situação de equivalência. E a ME ou EPP de imediato descrita como apresentadora da melhor proposta não gera empate ficto, e ela própria será a beneficiada.

A nova proposta do desempate, deverá ser em valor inferior ao da proposta mais bem classificada. Se não houver proposta pela ME ou EPP que estiver dentre as enquadradas em primeiro lugar, será facultada a proposta a seguinte na ordem de classificação das suas propostas.

Se houver empate real – valores idênticos - entre microempresas e empresas de pequeno porte, o desempate será realizado através do critério de sorteio, recebendo o sorteado o direito de fazer a primeira oferta.

Outrossim, caso o licitante vencedor não atenda a convocação pública para contratar, será convocado o licitante que estiver em segundo lugar e assim sucessivamente, como aludido. Dessa necessidade de nova convocação surgem algumas controvérsias de acordo com a doutrina.

Se a convocação foi feita para o vencedor do empate ficto, em sendo o mesmo inerte a convocação, ensejando a necessidade da convocação do segundo lugar, questiona-se se deve se proceder ao chamamento de ME ou EPP, atendendo ao direito de preferência.

SANTOS entende que não há essa necessidade de atender ao critério de preferência, tendo em vista que essa prerrogativa é exclusiva do processo licitatório, não podendo ser utilizada na fase pré-contratual, sendo assim, o segundo classificado será o contratado, não importando a denominação que recebe.

Também não gera direito de preferência, a situação de contratação direta – contratação sem licitação por dispensa ou inexigibilidade.

O chamamento dos licitantes remanescentes para contratar, ainda que a lista dos classificados indique situação de empate ficto, não gera direito de

preferência, pois este direito subjetivo público somente pode ser invocado dentro do âmbito do processo licitatório.<sup>173</sup>

De acordo com o mesmo entendimento, também não gera direito de preferência, a situação de contratação direta – contratação sem licitação, por dispensa ou inexigibilidade.

### **3.2.3 Presença do representante da empresa licitante na sessão de julgamento do processo e o Direito de Preferência**

O direito de exercer a preferência (entendida como o desempate legal do empate ficto) varia de acordo com a modalidade de licitação.

Sendo uma das modalidades da lei geral – por exemplo, concorrência, tomadas de preços e convite – a ausência do representante da empresa não ocasionará dano processual, eis que a lei não exige a sua presença física, caso em que a Administração teria de intimar o interessado para o exercício do aludido direito.

Já na modalidade pregão, em razão da sua estrutura e disposição célere e pautada pelo critério da agilidade, e de acordo com a lei, “a ausência do licitante impede a participação na fase de lances e de interpor recursos”<sup>174</sup>.

### **3.3 AS LICITAÇÕES DIFERENCIADAS NA LC 123/06**

A lei brasileira estabelece também licitações diferenciadas para micro e pequenas empresas com a) licitações exclusivas para ME ou EPP de valores até R\$ 80.000,00, b) licitações com exigências de subcontratações de até 30% do total licitado de MPE, ou c) licitações em que se estabeleça cota de até 25% do objeto para micro e pequenas empresas, em certames de natureza divisível; disciplinando que o valor licitado através desta denominadas licitações diferenciadas para MPE não podem superar o percentual de 25% dos valores empregados em cada ano civil. E determina que tais regras entre seus artigos 47 e 49, estabelecendo que as esferas governamentais regularão o disposto neste artigo em suas legislações próprias, objetivando a promoção

---

<sup>173</sup> SANTOS, José Anacleto Abduch. *Licitações e o Estatuto da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte*. Curitiba: Juruá Editora, 2008. p.102.

<sup>174</sup> SANTOS, José Anacleto Abduch. *Licitações e o Estatuto da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte*. Curitiba: Juruá Editora, 2008. p. 103.

do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica.

O texto legal estabelece que a União, os Estados e os Municípios, em suas contratações poderão conceder tratamento diferenciado e simplificado para as MPE objetivando a promoção do desenvolvimento, a ser implementado pela legislação do respectivo ente federativo.

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.<sup>175</sup>

E as licitações diferenciadas, então, estão, disciplinadas no artigo 48, para o cumprimento do artigo 47, sendo três as expressas formas de licitação diferenciada.

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

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

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

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

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

§ 2º Na hipótese do inciso II do caput deste artigo, os empenhos e pagamentos do órgão ou entidade da administração pública poderão ser destinados diretamente às microempresas e empresas de pequeno porte subcontratadas.<sup>176</sup>

---

<sup>175</sup> BRASIL. Lei Complementar 123/06. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/LCP/Lcp123.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp123.htm)>. Consultado em: 27 Abr. 2010.

<sup>176</sup> BRASIL. Lei Complementar 123/06. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/LCP/Lcp123.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp123.htm)>. Consultado em: 27 Abr. 2010.

Mas o texto legal, além de restringir em percentual de 25% do valor a se destinado às contratações de cada ano civil também impõe que não se aplicará o tratamento diferenciado previsto se tais não forem expressamente previstos no instrumento convocatório, se não houve no mínimo três fornecedores competitivos no mercado local ou regional, enquadrados como ME ou EPP, e o tratamento não for vantajoso para a administração pública ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado; e licitação for dispensável ou inexigível nos termos da lei geral das licitações. Esta é a exigência do artigo 49 da lei complementar.

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

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

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

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

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

Deve ser descrito que as licitações diferenciadas na lei brasileira têm referência inclusive no direito comparado. Nos Estados Unidos, país com uma das legislações mais avançada neste favorecimento foi além do que estabeleceu o legislador brasileiro – que se espelhou naquele sistema -, e o sistema norte-americano, segundo a doutrina, é eficiente.

No Brasil, existe na ordem constitucional a previsão da definição de pequeno valor para as Fazendas Públicas, Federal, Estaduais e Municipais, no disposto pelo artigo 87 do ADCT, em 60 salários mínimos vigentes para a União, 40 para os Estados e 30 para os Municípios. Em razão de realidade brasileira, e de favorecer a aplicação sem maiores delongas - mesmo que sabendo-se que delongas não deveriam ocorrer -, da norma, poder-se-ia estabelecer, a título de implementação legislativa sugerida a manutenção do estabelecido para as licitações diferenciadas exclusivas, alterando-se apenas o seu valor para, reduzindo-o ao respectivo valor atribuído à Fazenda Pública como pequeno valor, estimular a sua prática constatação na Administração Pública, diante dos reclamos dos outros segmentos empresariais.

Outrossim, o estabelecimento dos limites de 25% nas contratações gerais do ano civil do ente licitante presente no § 1º do artigo 48 prejudica o manejo administrativo do favorecimento às MPE. Quanto ao disposto no artigo 49, merece considerações, eis que o seu primeiro inciso – acima transcrito – elimina por ato administrativo a vontade legislativa, o que representaria uma inválida legislação negativa eventualmente por parte da Administração. Os critérios dispostos nos incisos II e IV do artigo 49 coadunam-se com demais elementos do sistema de licitações, portanto, são a rigor legítimos.

Entretanto, o disposto no inciso III é reconhecidamente limitador e restringe a prática atuação administrativa que pretenda fazer efetivar o tratamento diferenciado referente as licitações, porque coloca o administrador público em maus momentos, ou seja, em momentos de insegurança, pois terá ele a difícil tarefa de, a cada procedimento licitatório, fazer grande pesquisa para comprovar a exigência. Pois se o tratamento dispensado “não for vantajoso para a administração pública ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado”, na dicção legal não poderão ser aplicados os artigos 47 e 48 da LC 123/06.

Ora, a comprovação desta vantagem deve ser precedida de estudo técnico e, na realidade existe política pública governamental brasileira e estrangeira de favorecimento, pois se conhece os seus fins vantajosos, não é devido ao administrador, muitas vezes definido pelas Comissões de Licitação e pregoeiro verificar tal requisito. Isto afasta, na verdade, a eficiência e eficácia buscada pela lei e pelo ordenamento jurídico.

O sistema jurídico brasileiro já detém inúmeros instrumentos de controle administrativo, e os abusos porventura cometidos podem ser apurados e punidos, do modo que o sistema já definiu. Sugestão se faz, então, em propor alteração legislativa suprimindo-se ou alterando-se, com a devida adequação, o disposto no § 2º do artigo 48, e dos incisos I e III do art. 49. Além de que seja reconhecida a necessidade do Estado de implementar, nas três esferas federativas e por todos aqueles que devem licitar, a lei complementar quanto ao tratamento favorecido nas licitações tanto dos benefícios dos artigos 42 a 45, quanto das licitações diferenciadas descritas nos artigos 47 e 48.

A norma foi editada dentro da competência geral que tem a União de editar normas gerais acerca de licitação – artigo 22, XXVII da CF/88 – e, portanto, válido o disposto no artigo 77 da LC 123/06 que estabeleceu prazo de 01 ano para que se implemente a lei e suas disposições, a partir da data da publicação.

A doutrina diverge quanto a este último tratamento diferenciado<sup>177</sup> presente entre os artigos 47 e 49 da lei complementar, alegando inclusive inconstitucionalidade do dispositivo diante do ferimento ao princípio da isonomia e ao princípio republicano. O que não é o que, anteriormente se alcançou com o estudo do tratamento favorecido. Quanto a este último a doutrina descontente entende ser este tratamento prejudicial aos cofres públicos e, portanto, ao princípio Republicano. Os dois argumentos, decerto, são utilizados, em menor escala para atacar também todo o favorecimento administrativo da LC 123/06 nas licitações. Razão pela qual prosseguiu-se o estudo em analisar a vantajosidade econômica da participação de MPE em licitações e o princípio da isonomia.

Eventuais problemas de execução contratual podem ser objeto de outros futuros estudos e não têm pertinência com o processo escolha da licitação, mas com a execução do contrato administrativo, sob as penas da lei geral<sup>178</sup>, que, individualmente, tiver de ser analisado.

---

<sup>177</sup> A exemplo do entendimento descrito em JUSTEN FILHO, Marçal. *O Estatuto da microempresa e as licitações públicas*. São Paulo: Dialética, 2007, p. 89-90.

<sup>178</sup> A lei Geral das Licitações dispõe em seu artigo 77 que: Art. 77. A inexecução total ou parcial do contrato enseja a sua rescisão, com as conseqüências contratuais e as previstas em lei ou regulamento.

#### **4 PESQUISA DE CAMPO NA PARAÍBA: RESULTADOS APÓS ANÁLISE SOBRE A PARTICIPAÇÃO DE MICROEMPRESAS (ME) E EMPRESAS PEQUENO PORTE (EPP) NOS CERTAMES LICITATÓRIOS**

O trabalho caminhou igualmente no sentido de realizar pesquisa de campo, para coleta de informações de ordem prática, em processos licitatórios realizados no âmbito do SEBRAE, representação do Estado da Paraíba, para que fossem verificadas as atuações das microempresas e empresas de pequeno porte nos procedimentos licitatórios.

O procedimento administrativo constitui ato administrativo formal da administração pública, e busca proceder à seleção da proposta mais vantajosa, nos termos Constitucionais e legais brasileiros.

Em atendimento ao Princípio da Publicidade, estampado na Carta Política de 1988, no artigo 37, e nos artigos 3º da lei geral das licitações, e artigo 2º do Regulamento de Licitações e de Contratos do Sistema SEBRAE<sup>179</sup>, todo o procedimento e seus documentos são públicos e acessíveis ao público de maneira geral, cabendo inclusive a qualquer cidadão acompanhar o seu desenvolvimento (art. 4º), devendo ser publicados por meio oficial as decisões e as contratações administrativas, sob pena de não haver eficácia dos respectivos atos.

Foram analisados, então, junto a Comissão Permanente de Licitação do SEBRAE, no Estado da Paraíba, os procedimentos de Licitação ali realizados, no ano de 2009. Conforme afirma-se agora, foram convocadas 17 licitações na modalidade Convite, e 07 licitações na modalidade Concorrência, neste referido ano, do SEBRAE – Paraíba.

---

<sup>179</sup> § 3º A licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis ao público os atos de seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura.

Art. 4º Todos quantos participem de licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o art. 1º têm direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido nesta lei, podendo qualquer cidadão acompanhar o seu desenvolvimento, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos.

Parágrafo único. O procedimento licitatório previsto nesta lei caracteriza ato administrativo formal, seja ele praticado em qualquer esfera da Administração Pública.

Analisando-se os autos dos procedimentos administrativos respectivos, e presentes nos registros daquele Serviço, buscou-se verificar em cada processo respectivo dois elementos, quais sejam, a declaração de enquadramento das empresas interessadas que participaram dos certames; e as propostas ofertadas pelas ME e EPP nestes certames licitatórios, sobretudo quando haviam empresas que não declararam o enquadramento legal. Isto se deu com o objetivo de verificar se as propostas ofertadas pelas empresas enquadradas atenderam ou não, em geral, ao interesse público, no tocante a vantajosidade econômica das propostas comparativamente em relação às demais.

Com base no que fora pesquisado e exposto no subitem 2.5.1 do segundo capítulo deste trabalho, a doutrina de SANTOS assevera que a ME ou EPP deve comprovar a sua condição no momento que deva estar disposto no instrumento convocatório, e, em caso de omissão do instrumento, isto resulta na obrigação da empresa diligenciar para apresentar tais comprovações no início do certame, sob pena de preclusão quanto ao tratamento favorecido, equivalendo a uma renúncia tácita do benefício.

O magistério de SANTOS é neste sentido.

No que concerne à oportunidade da prova da condição de ME ou de EPP, cabe à Administração Pública especificá-la no edital. Fundamental é que a prova seja feita logo nos primeiros momentos do processo licitatório. De acordo com a modalidade de licitação, se pode sugerir que a prova da condição favorecida será:

1. Nas modalidades de licitação regidas pela Lei 8.666/93, a fase de habilitação, integrando o rol de documentos a serem apresentados perante a Administração;
2. No pregão presencial, o documento de prova deve ser ofertado quando do credenciamento;
3. No pregão eletrônico pode haver campo específico para identificação das ME ou EPP, e posterior entrega dos documentos quando da análise dos requisitos de habilitação;
4. Nas licitações com inversão de fase, nas quais o julgamento das propostas antecede a habilitação, na sessão de abertura do certame, quando da entrega dos envelopes.<sup>180</sup>

A mesma é a opinião de JUSTEN FILHO, citado por SANTANA & GUIMARÃES que também identifica que se o instrumento de convocação estipular a qualificação específica e a empresa deixar de atender à exigência previamente, presume-se a renúncia desta aos benefícios da Lei.

---

<sup>180</sup> SANTOS, Jose Anacleto Abduch. *Licitações e o Estatuto da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 41-42.

(...) se o ato convocatório impuser qualificação específica para a fruição do benefício, a empresa que deixar de atender à exigência previamente não poderá fazê-lo posteriormente. Nesse caso, presumir-se-á a renúncia pelo interessado do direito à preferência consagrada na LC no. 123.<sup>181</sup>

Desta feita, em consonância com a doutrina, e diante da previsão expressa de cada Edital do SEBRAE/Paraíba, a exemplo dos dois que seguem em anexo a este trabalho, de que as empresas enquadradas como microempresas e empresas de pequeno porte devam apresentar a Declaração de enquadramento (cuja declaração modelo já segue em anexo a cada Edital ou Carta-Convite para ser rapidamente preenchida) presume-se o enquadramento daquelas empresas que declararam a sua condição de ME ou de EPP. Caso contrário, a omissão resulta do entendimento de que não se enquadram ou que renunciaram ao benefício.

Não havia outras informações nos autos que permitissem expressamente comprovar que as demais, que não declararam serem ME ou EPP, eram pertencentes a outras classes empresariais.

Entretanto, partindo da premissa supra, de que seriam ME e EPP as empresas que apresentaram a declaração de enquadramento, e não havendo motivo contrário para que se as mesmas estivessem enquadradas não apresentassem a declaração que lhes beneficiaria, foram feitas as coletas de informações nos termos dos dados a seguir expostos e que podem ser comprovados em anexo.

Nas demonstrações descritas abaixo, aquelas empresas que se declararam ME ou EPP têm a respectiva descrição de ME ou EPP geralmente na segunda coluna das Tabelas dispostas abaixo. E aquelas que assim não se declararam ME ou EPP, não existindo nos autos processuais das licitações informação contrária, foi informado nas Tabelas abaixo, a nomenclatura de “Não declarado”. Foi vencedora do item respectivo, ou do item único, a proposta que foi disposta em negrito. Os valores das propostas nas Tabelas estão expressos em Reais.

#### 4.1 COLETA DOS DADOS

---

<sup>181</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *O estatuto da microempresa e as licitações públicas*: comentários aos artigos da Lei complementar no. 123 atinentes a licitações públicas, p. 29 In: SANTANA, Jair Eduardo; GUIMARÃES, Edgar. *Licitações e o novo Estatuto da Pequena e Microempresa – Aspectos práticos da LC no. 123/06*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 31.

O autor do trabalho teve acesso às atas dos processos licitatórios, mediante solicitação a Comissão Permanente de Licitação do SEBRAE, no Estado da Paraíba, e analisou cada processo licitatório correspondente das modalidades concorrência e convite. Os dados serão a seguir apresentados em tabelas, iniciando-se pela apresentação de cada concorrência, seguindo-se pela apresentação dos processos na modalidade convite.

Seguem os dados coletados dos procedimentos na modalidade Concorrência realizados no SEBRAE/Paraíba, no ano de 2009.

### **Concorrência n° 001/2009.**

Esta concorrência, conforme informação disposta nos autos foi suspensa por decisão judicial, em razão de ajuizamento de ação por empresa que se sentiu prejudicada pelo certame.

### **Concorrência n° 002/2009.**

Tabela 1 – Distribuição das participações e vencedoras de licitações realizadas pelo SEBRAE, 2009, com ME, EPP e outras empresas, mediante processo de Concorrência 002/2009.

Empresa	ME ou EPP	Valor da Proposta(R\$)			Habilitação	Desempate (por Empate ficto legal)
		Item 1	Item 2	Item 3		
01	Não declarado	-	184.730,00	-		
02	ME	36.000,00	<b>168.500,00</b>	-	<b>Sim</b>	<b>Não</b>
03	Não declarado	-	-	<b>89.985,00</b>	<b>Sim</b>	<b>Não</b>
04	Não declarado	29.980,00	178.500,00	94.860,00		
05	Não declarado	<b>29.000,00</b>	180.000,00	100.000,00	<b>Sim</b>	<b>Não</b>
				0		
06	Não declarado	35.150,00	192.850,00	-		

### **Concorrência n° 003/2009.**

Esta concorrência, conforme informação disposta nos autos foi revogada, por falha constatada nos autos.

Tabela 2 – Distribuição das participações e vencedoras de licitações realizadas pelo SEBRAE, 2009, com ME, EPP e outras empresas, mediante processo de Concorrência 004/2009.

Empresa	ME ou EPP	Valor da Proposta(R\$)		Habilitação	Desempate (por Empate ficto legal)	
			Item único			
01	Não declarado		343.497,94	--	--	
02	Não declarado		600.347,16	--	--	
03	Não declarado		432.063,12	--	--	
04	Não declarado		333.501,12	--	--	
05	Não declarado		600.028,19	--	--	
06	Não declarado		326.238,24	--	--	
07	Não declarado		385.899,24	--	--	
08	Não declarado		328.989,36	--	--	
09	Não declarado		342.468,36	--	--	
10	Não declarado		390.698,52	--	--	
11	Não declarado		317.646,60	--	--	
12	Não declarado		--	--	Desclassificada	
13	Não declarado		407.880,00	--	--	
14	ME		404.275,32	--	--	
15	Não declarado		598.505,10	--	--	
16	EPP		404.618,52	--	--	
17	EPP		408.212,88	--	--	
18	Não declarado		326.676,72	--	--	
19	ME		412.200,00	--	--	
20	ME		319.915,92	--	--	
21	Não declarado		291.000,00	--	--	
22	EPP		379.545,80	--	--	
23	EPP		306.161,40	--	--	
24	EPP		519.944,40	--	--	
25	EPP		297.044,04	--	--	
26	EPP		309.980,89	--	--	
27	Não declarado		461.188,56	--	--	
28	ME		443.187,72	--	--	
29	EPP		374.873,52	--	--	
30	EPP		303.262,08	--	--	
31	EPP		<b>256.680,00</b>	Sim	Sim	Não
32	Não declarado		320.421,72	--	--	--
33	EPP		600.413,28	--	--	--
34	ME		321.000,00	--	--	--
35	EPP		351.000,00	--	--	--
36	EPP		339.369,39	--	--	--
37	EPP		377.806,20	--	--	--
38	Não declarado		319.488,60	--	--	--
39	ME		314.444,76	--	--	--
40	ME		340.857,22	--	--	--

Observação relevante para o estudo, quanto a Concorrência no. 004/2009 é que foi classificada em primeiro lugar a empresa de número 31, por ter apresentado a proposta com o menor preço. Constatou-se regularidade documental, dos demais documentos, exceto quanto a regularidade com a Fazenda Estadual, mas por se tratar de Empresa de Pequeno Porte e com fundamento da legislação pertinente – LC 123/06 – a empresa teve o benefício de 2 dias úteis para apresentar sua regularidade com a Fazenda

Estadual, que inclusive poderia ter sido concedido, se necessário, de forma justificada, uma prorrogação de igual período a critério da administração, e foi, ao final, considerada habilitada e vencedora.

Tabela 3 – Distribuição das participações e vencedoras de licitações realizadas pelo SEBRAE, 2009, com ME, EPP e outras empresas, mediante processo de Concorrência 005/2009.

Empresa	ME ou EPP	Valor da Proposta(R\$)		Habilitação	Desempate (por Empate ficto legal)
			Item único (menor percentual em %)		
01	Não declarado		1,90%	Sim	-
02	Não declarado		0,01%	Sim	Não
03	Não declarado		<b>3,98%</b>	-	-

Observação relevante para o estudo, quanto a Concorrência no. 005/2009 é que a Comissão Permanente de Licitação, questionando a exequibilidade da proposta ofertada pela empresa 02, inicialmente resolve por desclassificá-la e a empresa 01 estaria classificada. No entanto, a referida empresa 02 impetrou recurso em tempo hábil, demonstrando que atendia a todas exigências do edital licitatório, bem como que possui plena condição de manter o preço ofertado, sendo, portanto, após, declarada a vencedora do certame.

Tabela 4 – Distribuição das participações e vencedoras de licitações realizadas pelo SEBRAE, 2009, com ME, EPP e outras empresas, mediante processo de Concorrência 006/2009.

Empresa	ME ou EPP	Valor da Proposta(R\$)		Habilitação	Desempate (por Empate ficto legal)
			Item único		
01	ME		<b>12.851,22</b>	Sim	Não
02	ME		--	Desclassificada	--
03	EPP		--	Desclassificada	--
04	ME		13.800,00		--
05	ME		--	Desclassificada	--
06	ME		13.299,33		--
07	EPP		16.967,00		--
08	EPP		17.500,00		--
09	Não declarado		--	Desclassificada	--

Observação relevante para o estudo, quanto a Concorrência no. 006/2009 é que foi classificada em primeiro lugar a empresa 01 por ter apresentado proposta de

menor preço. Após análise documental, a empresa classificada foi considerada habilitada, e, portanto, vencedora.

Tabela 5 – Distribuição das participações e vencedoras de licitações realizadas pelo SEBRAE, 2009, com ME, EPP e outras empresas, mediante processo de Concorrência 007/2009.

Empresa	ME ou EPP	Valor da Proposta(R\$)			Habilitação	Desempate (por Empate ficto legal)
			Item único			
01	ME		<b>170.720,00</b>		Sim	Não
02	ME		187.070,00		--	--
03	Não declarado		242.500,00		--	--
04	EPP		184.727,65		--	--

Observação relevante para o estudo, quanto a Concorrência no. 007/2009 é que a empresa 01 apresentou regularidade fiscal, exceto quanto a Certidão de Tributos Federais e Dívida Ativa da União, mas por ser ME gozou de prazo de 2 dias para apresentar regulamentação.

Estas foram as licitações realizadas pelo SEBRAE/Paraíba na modalidade Concorrência. Vejam-se as licitações realizadas por ele, igualmente, no ano de 2009, na modalidade Convite, e que constituíram-se juntas todas as licitações realizadas pelo SEBRAE/Paraíba naquele ano.

Tabela 6 – Distribuição das participações e vencedoras de licitações realizadas pelo SEBRAE, 2009, com ME, EPP e outras empresas, mediante processo de Convite 001/2009.

Empresa	ME ou EPP	Valor da Proposta(R\$)			Habilitação	Desempate (por Empate ficto legal)
			Item único			
01	Não declarado	-	0,52	0,07	-	-
02	Não declarado	<b>0,049</b>	<b>0,70</b>	<b>0,05</b>	Sim	Não

Tabela 7 – Distribuição das participações e vencedoras de licitações realizadas pelo SEBRAE, 2009, com ME, EPP e outras empresas, mediante processo de Convite 002/2009.

Empresa	ME ou EPP	Valor da Proposta(R\$)			Habilitação	Desempate (por Empate ficto legal)
			Item único			
01	Não declarado		173.250,00 (17750,00/mês)		--	--
02	Não declarado		<b>170.500,00</b> <b>(15,500,00/mês)</b>		Sim	Não
03	Não declarado		178.000,00 (16.181,00/mês)		--	--
04	Não declarado		177.000,00 (16.090,90/mês)		--	--
05	Não declarado		177.430,00 (16.130,00/mês)		--	--
06	Não declarado		176.000,00 (16.000,00/mês)		--	--

Observação relevante para o estudo, quanto a Convite no. 007/2009 é que foi classificada em primeiro lugar a empresa 02, sendo considerada vencedora do certame por ter apresentada proposta com menos preço. Após análise documental, foi considerada habilitada.

Tabela 8 – Distribuição das participações e vencedoras de licitações realizadas pelo SEBRAE, 2009, com ME, EPP e outras empresas, mediante processo de Convite 003/2009.

Empresa	ME ou EPP	Valor da Proposta(R\$)			Habilitação	Desempate (por Empate ficto legal)
			Item único			
01	Não declarado	-	-		Não	Não
02	Não declarado	-	38.038,00	11.02 0,00	-	-
03	ME	44.900,00	39.900,00	<b>10.90</b> <b>0,00</b>	Sim	-
04	Não declarado	-	-		Não	-
05	Não declarado	<b>33.730,00</b>	-	12.97 0,00	Sim	Não
06	Não declarado	-	<b>36.000,00</b>	11.01 5,00	Sim	Não

Observação relevante para o estudo, quanto a Convite no. 0003/2009 é que as empresas 05, 06 e 03, foram as vencedoras dos itens 1, 2 e 3, respectivamente. No entanto, as empresas 03 e 06, por estarem enquadradas como ME, tiveram acesso às

prerrogativas do item 8.8 (dois dias úteis) do documento convocatório, tendo em vista que apresentaram documentação de regularidade vencidos.

Tabela 9– Distribuição das participações e vencedoras de licitações realizadas pelo SEBRAE, 2009, com ME, EPP e outras empresas, mediante processo de Convite 004/2009.

Empresa	ME ou EPP	Valor da Proposta(R\$)		Habilitação	Desempate (por Empate ficto legal)
			Item único		
01	Não declarado	33.600,00		Sim	Não
02	Não declarado		10.200,00	Sim	Não
03	ME	33.452,08		Sim	Não
04	EPP	33.384,00		Sim	Não
05	Não declarado		<b>10.197,92</b>	Sim	Não
06	Não declarado			Sim	Não
07	EPP	<b>31.600,00</b>		Sim	Não

Observação relevante para o estudo, quanto a Convite no. 0004/2009 é que as empresas 07 e 05 foram as vencedoras dos itens 1 e 2 respectivamente.

Tabela 10 – Distribuição das participações e vencedoras de licitações realizadas pelo SEBRAE, 2009, com ME, EPP e outras empresas, mediante processo de Convite 005/2009.

Empresa	ME ou EPP	Valor da Proposta(R\$)		Habilitação	Desempate (por Empate ficto legal)
			Item único		
01	Não declarado		Em desacordo	Não	
02	Não declarado		46.716,00		
03	ME		<b>37.383,00</b>	Sim	Não
04	Não declarado		37.060,00	Não	
05	Não declarado		40.613,00		

Observação relevante para o estudo, quanto a Convite no. 0005/2009 é que a empresa 03 foi a vencedora do item, tendo em vista que a concorrente 04 foi inabilitada.

Tabela 11 – Distribuição das participações e vencedoras de licitações realizadas pelo SEBRAE, 2009, com ME, EPP e outras empresas, mediante processo de Convite 006/2009.

Empresa	ME ou EPP	Valor da Proposta(R\$)		Habilitação	Desempate (por Empate ficto legal)
			Item único		
01	Não declarado		Desconto de 0,00%		
02	ME		<b>Desconto de 35%</b>	Sim	Não
03	Não declarado		Desconto de 33%		

Observação relevante para o estudo, quanto a Convite no. 006/2009 é que a empresa 02 foi a vencedora do item, tendo em vista que apresentou o maior desconto.

Tabela 12 – Distribuição das participações e vencedoras de licitações realizadas pelo SEBRAE, 2009, com ME, EPP e outras empresas, mediante processo de Convite 007/2009.

Empresa	ME ou EPP	Valor da Proposta(R\$)			Habilitação	Desempate (por Empate ficto legal)
			Item único			
01	Não declarado				Não	
02	Não declarado				Não	
03	Não declarado				Não	
04	Não declarado		45.000,00		Sim	Não
05	Não declarado				Não	

Observação relevante para o estudo, quanto a Convite no. 007/2009 é que a empresa 04 foi declara vencedora do certame.

Tabela 13 – Distribuição das participações e vencedoras de licitações realizadas pelo SEBRAE, 2009, com ME, EPP e outras empresas, mediante processo de Convite 008/2009.

Empresa	ME ou EPP	Valor da Proposta(R\$)			Habilitação	Desempate (por Empate ficto legal)
			Item único			
01	EPP		67.980,00		Sim	Não
02	Não declarado		72.090,00			
03	Não declarado		70.800,00			

Observação relevante para o estudo, quanto a Convite no. 008/2009 é que a empresa 01 foi habilitada, classificada declara vencedora do certame.

Tabela 14 – Distribuição das participações e vencedoras de licitações realizadas pelo SEBRAE, 2009, com ME, EPP e outras empresas, mediante processo de Convite 009/2009.

Empresa	ME ou EPP	Valor da Proposta(R\$)			Habilitação	Desempate (por Empate ficto legal)
			Item único			
01	Não declarado		56.990,00			
02	Não declarado		56.980,00			
03	Não declarado		52.500,00		Sim	Não

Observação relevante para o estudo, quanto a Convite no. 009/2009 é que a empresa 03 foi habilitada, classificada e declara vencedora do certame.

Tabela 15 – Distribuição das participações e vencedoras de licitações realizadas pelo SEBRAE, 2009, com ME, EPP e outras empresas, mediante processo de Convite 010/2009.

Empresa	ME ou EPP	Valor da Proposta(R\$)			Habilitação	Desempate (por Empate ficto legal)
			Item único			
01	Não declarado	<b>11.000,00</b>	--		Sim	Não
02	Não declarado	11.790,00	--		--	--
03	ME	12.500,00	--		--	--
04	EPP	--	<b>8.990,00</b>		Sim	Não

Tabela 16 – Distribuição das participações e vencedoras de licitações realizadas pelo SEBRAE, 2009, com ME, EPP e outras empresas, mediante processo de Convite 011/2009.

Empresa	ME ou EPP	Valor da Proposta(R\$)			Habilitação	Desempate (por Empate ficto legal)
			Item único			
01	Não declarado		<b>Desc 7,4%</b>		Sim	Não
02	Não declarado		Desc 6,5%		-	-

Observação relevante para o estudo, quanto a Convite no. 011/2009 é que a empresa 01 foi habilitada, classificada e declara vencedora do certame.

### Convite n° 012/2009.

Nesta licitação, conforme informação disposta nos autos, não houve a apresentação de nenhum interessado, e foi declarada DESERTA

Tabela 17 – Distribuição das participações e vencedoras de licitações realizadas pelo SEBRAE, 2009, com ME, EPP e outras empresas, mediante processo de Convite 013/2009.

Empresa	ME ou EPP	Valor da Proposta(R\$)			Habilitação	Desempate (por Empate ficto legal)
			Item único			
01	Não declarado		60.000,00		-	-
02	Não declarado		60.000,00		-	-
03	Não declarado		<b>54.586,00</b>		Sim	Não

Observação relevante para o estudo, quanto a Convite no. 013/2009 é que a empresa 03 foi habilitada, classificada e declara vencedora do certame.

Tabela 18 – Distribuição das participações e vencedoras de licitações realizadas pelo SEBRAE, 2009, com ME, EPP e outras empresas, mediante processo de Convite 014/2009.

Empresa	ME ou EPP	Valor da Proposta(R\$)			Habilitação	Desempate (por Empate ficto legal)
			Item único			
01	Não declarado		53.970,00		Sim	Não
02	ME		51.000,00		Não	Não
03	Não declarado		41.970,00		Não	Não

Observação relevante para o estudo, quanto a Convite no. 014/2009 é que a empresa 01 foi habilitada, classificada e declara vencedora do certame, porque as empresas 02 e 03 estavam em desacordo com o Edital em seu item 7.3.

Tabela 19 – Distribuição das participações e vencedoras de licitações realizadas pelo SEBRAE, 2009, com ME, EPP e outras empresas, mediante processo de Convite 015/2009.

Empresa	ME ou EPP	Valor da Proposta(R\$)			Habilitação	Desempate (por Empate ficto legal)
			Item único			
01	Não declarado		<b>42.908,24</b>		Sim	Sim
02	Não declarado		43.000,00		-	-
03	Não declarado		43.000,00		-	-

Observação relevante para o estudo, quanto a Convite no. 015/2009 é que a empresa 01 foi habilitada, classificada e declara vencedora do certame.

Tabela 20 – Distribuição das participações e vencedoras de licitações realizadas pelo SEBRAE, 2009, com ME, EPP e outras empresas, mediante processo de Convite 016/2009.

Empresa	ME ou EPP	Valor da Proposta(R\$)			Habilitação	Desempate (por Empate ficto legal)
			Item único			
01	Não declarado		78.000,00		Não	Não
02	Não declarado		79.920,00		Não	Não
03	Não declarado		65.000,00		Não	Não

Observação relevante para o estudo, quanto a Convite no. 016/2009 é que apesar das propostas, todas as empresas não apresentaram documentação exigida no Instrumento Convocatório, razão pela qual todas foram inabilitadas.

Tabela 21 – Distribuição das participações e vencedoras de licitações realizadas pelo SEBRAE, 2009, com ME, EPP e outras empresas, mediante processo de Convite 017/2009.

Empresa	ME ou EPP	Valor da Proposta(R\$)			Habilitação	Desempate (por Empate ficto legal)
		Item único				
01	Não declarado				Não	Não
02	ME	37.500,00			Sim	Não
03	Não declarado				Não	Não
04	Não declarado				Não	Não
05	Não declarado				Não	Não

Observação relevante para o estudo, quanto a Convite no. 017/2009 é que a empresa 02 foi habilitada, apresentado regularidade fiscal inclusive, e foi classificada, sendo declarada vencedora do certame.

Passa-se, então, à análise dos dados referentes a coleta de informações da pesquisa realizada. Tomando-se a premissa de que são ME ou EPP as que se declararam, cumprindo a exigência do Instrumento Convocatório, teremos a seguinte análise disposta em tabela e em gráficos com informação ao final.

A seguir serão dispostos os quadros-resumo das licitações do SEBRAE/Paraíba no ano de 2009.

Tabela 22 – Distribuição das participações e vencedoras de licitações realizadas pelo SEBRAE, 2009, com ME, EPP e outras empresas, mediante processo de Concorrência.

Concorrência	Concluída/ Peculiaridade da licitação	Participações				Vencedora				Habilitação	Desempate
		ME/EPP		Outras		ME/EPP		Outras			
		Sim	Não	Sim	Não	Sim	Não	Sim	Não		
N° 001/2009	Suspensa por Liminar	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
N° 002/2009	Concluída	01	-	01	-	-	-	01	-	01	01
N° 003/2009	Revogada	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
N° 004/2009	Concluída	01	-	01	-	01	-	-	01	01	01
N° 005/2009	Concluída	-	01	01	-	-	-	01	-	01	01
N° 006/2009	Concluída	01	-	01	-	01	-	-	01	01	01
N° 007/2009	Concluída	01	-	01	-	01	-	-	01	01	01
<b>Total de participação</b>	<b>05</b>	<b>04</b>	<b>01</b>	<b>05</b>	<b>-</b>	<b>03</b>	<b>-</b>	<b>02</b>	<b>03</b>	<b>05</b>	<b>05</b>
<b>Percentual de licitações disputadas/ (%)</b>	<b>100</b>	<b>80</b>	<b>20</b>	<b>100</b>	<b>-</b>	<b>60</b>	<b>40</b>	<b>40</b>	<b>60</b>	<b>100</b>	<b>100</b>
<b>Itens participados/Vencidos (n/%)</b>		<b>04/100</b>	<b>-</b>	<b>05/100</b>	<b>-</b>	<b>75</b>	<b>25</b>	<b>40</b>	<b>60</b>		

Tabela 23 – Distribuição das participações e vencedoras de licitações realizadas pelo SEBRAE, 2009, com ME, EPP e outras empresas, mediante processo de Convite.

Convite	Concluída/ Peculiaridade da licitação	Participações				Vencedora				Habilitação	Desempate
		ME/EPP		Outras		ME/EPP		Outras			
		Sim	Não	Sim	Não	Sim	Não	Sim	Não		
N° 001/2009	Concluída	-	01	01		-	-	01	-	Sim	Não
N° 002/2009	Concluída	-	01	01		-	-	01	-	Sim	Não
N° 003/2009 Item 01	Concluída	01	-	01		-	01	01	-	Sim	Não
N° 003/2009 Item 02	Concluída	01	-	01		-	01	01	-	Sim	Não
N° 003/2009 Item 03	Concluída	01	-	01		01	-	-	01	Sim	Não
N° 004/2009	Concluída	01	-	01		01	-	-	01	Sim	Não
N° 005/2009	Concluída	01	-	01		01	-	-	01	Sim	Não
N° 006/2009	Concluída	01	-	01		01	-	-	01	Sim	Não
N° 007/2009	Concluída	-	01	01		-	-	01	-	Sim	Não
N° 008/2009	Concluída	01	-	01		01	-	-	01	Sim	Não
N° 009/2009	Concluída	-	01	01		-	-	01	-	Sim	Não
N° 010/2009 Item 01	Concluída	01	-	01		-	01	01	-	Sim	Não
N° 010/2009 Item 02	Concluída	01	-	-	01	01	-	-	-	Sim	Não
N° 011/2009	Concluída	-	01	01		-	-	01	-	Sim	Não
N° 012/2009	<b>Deserta</b>	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
N° 013/2009	Concluída		01	01		-	-	01	-	Sim	Não
N° 014/2009	Concluída	01		01		-	01	01	-	Sim	Não
N° 015/2009	Concluída	-	01	01		-	-	01	-	Sim	Não
N° 016/2009	<b>Fracassada- inabilitação</b>	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
N° 017/2009	Concluída	01	-	01		01	-	-	01	Sim	Não
<b>Total itens concluídos</b>	18	11	07	17	01	07	04	11	06		
<b>Percentual de licitações disputadas/ (%)</b>	100	61,1	38,9	94,4	5,6	38,9	61,9	61,1	38,9		
<b>Itens participados/Venc edos (n/%)</b>	-	11/ 100	-	17/ 100	-	63,3	36,7	64,7	35,3		

## 4.2 ANÁLISE DOS DADOS

Como resultado da análise proveniente da coleta dos dados, verificou-se que das 05 (cinco) licitações na modalidade concorrência concluídas do SEBRAE/Paraíba, em 04 (quatro) delas houve a participação de microempresas (ME) e de empresas de pequeno porte (EPP) juntamente com outras empresas não declaradas enquadradas. Das 04 licitações na modalidade concorrência em que participaram ME ou EPP, em 03 (três) delas, foram vitoriosas., ou seja, em 75% das licitações na modalidade concorrência em que participaram as MPE estas apresentaram propostas vantajosas e foram vitoriosas.

Do mesmo modo, nas licitações da modalidade convites analisadas, de 10 certames em que haviam juntas participando MPE e outras empresas, as MPE venceram

em 07, ou seja, estas apresentaram 70% de propostas vantajosas nas modalidades de convite em que participaram.

Do total de itens em licitações concluídas em cada modalidade (05 de concorrência e 18 de convite) as MPE apresentaram 60% de vitória nas concorrências e aproximadamente 39% nos convites. Na média aritmética entre estes últimos percentuais, alcança-se o percentual aproximado de 50% de propostas mais vantajosas realizadas e licitações adjudicadas às ME ou EPP, em todas as licitações realizadas pelo SEBRAE/Paraíba, no ano de 2009.

É importante, inclusive rememorar que a média nacional de participação das ME e EPP é de 17% das compras governamentais e que 30% é a expectativa de percentual para ser alcançado nas compras governamentais de acordo com pesquisas e estudos do SEBRAE/São Paulo em razão das normas de favorecimento às MPE nas licitações, como restou declarado no item 1.1 deste trabalho. Nos Estados Unidos, país que foi analisado no Direito comparado, a média é de 23% de participação vitoriosa nas compras do governo deste segmento empresarial - conforme verificado no item 1.7.2 deste trabalho.

E, portanto, além de verificar que a participação das MPE nas aquisições do SEBRAE/Paraíba foi satisfatória, representa percentual significativo, e espelha que a participação das MPE nas compras governamentais tende a ser vantajoso economicamente para a Administração contratante em relação às propostas de outras empresas, e que a participação das MPE nas compras governamentais pode ser majorada.

## **5 MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE, O PRINCÍPIO DA ISONOMIA, E POLÍTICA PÚBLICA DE DESENVOLVIMENTO**

O Princípio da Isonomia não poderia deixar de ser apreciado, eis que alvo de constantes solicitações de indagações por parte daqueles que entendem ser a LC 123/06 inconstitucional, no tocante ao favorecimento nas licitações, em relação as demais empresas que não têm o mesmo tratamento.

Diante do favorecimento às empresas denominadas microempresas e empresas de pequeno porte, neste aspecto administrativo das licitações, surgem algumas assertivas contrárias a seu conteúdo ou a sua aplicação prática, ora alegando a inconstitucionalidade diante de um ferimento ao Princípio da Isonomia, ora alegando o ferimento ao Princípio Republicano, por representar desvantagem para a Administração Pública, quanto ao valor das contratações decorrentes.

Mas no que consiste o Princípio da Isonomia? Esta indagação é objeto deste trabalho. E logo de imediato deve ser enfrentado o tema.

### **5.1 O PRINCÍPIO DA ISONOMIA**

As Constituições de um modo geral, e, em especial a Constituição da República Federativa do Brasil, estabelecem o princípio isonômico. A Carta Política brasileira na cabeça do seu artigo 5º o estabeleceu – “todos são iguais perante a lei”. Entende-se, de imediato, na “concorde unanimidade” descrita por BANDEIRA DE MELO<sup>182</sup>, que o alcance deste princípio “não se restringe a nivelar os cidadãos diante da norma legal posta, mas que a própria lei não pode ser editada em desconformidade com a isonomia”.

#### **5.1.1 O Princípio da Isonomia na lição de Celso Antonio Bandeira de Melo**

---

<sup>182</sup> BANDEIRA DE MELO, Celso Antonio. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p.09.

BANDEIRA DE MELO disserta com propriedade o tema. Para ele a lei não pode ser fonte de privilégios e nem de perseguições. O que tem por finalidade a lei é ser instrumento regulador da vida social, e neste diapasão, necessita tratar com equidade todos os cidadãos.

A Lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos. Este é o conteúdo político-ideológico absorvido pelo princípio da isonomia e juridicizado pelos textos constitucionais em geral, ou de modo assimilado pelos sistemas normativos vigentes.<sup>183</sup>

Prossegue o autor afirmando que ao se cumprir uma lei, todos devem ter tratamento paritário em situações equivalentes.

Afirma BANDEIRA DE MELO a idéia de ARISTÓTELES de que igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais como importante marco e ponto de partida para o estudo do tema, mas que não se pode dizer o mesmo do ponto de chegada.

Ele o faz diante da expressiva e incontornável pergunta que aflora: “Quem são os iguais e quem são os desiguais ?”<sup>184</sup> E questiona, ainda, o publicista brasileiro, qual o critério legítimo que autoriza distinguir pessoas e situações para fins de tratamentos jurídicos.

(...) qual o critério legitimamente manipulável – sem agravos à isonomia – que autoriza distinguir pessoas e situações em grupos apartados para fins de tratamentos jurídicos diversos?

As leis fazem senão a discriminação de situações para submetê-las à regência de tais ou quais regras, sendo sua característica funcional e é preciso indagar quais as discriminações são juridicamente intoleráveis.

Como as leis nada mais fazem senão discriminar situações para submetê-las à regência de tais ou quais regras – sendo esta mesma sua característica funcional – é preciso indagar quais as discriminações juridicamente intoleráveis.<sup>185</sup>

<sup>183</sup> BANDEIRA DE MELO, Celso Antonio. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p.10.

<sup>184</sup> BANDEIRA DE MELO, Celso Antonio. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p.11.

<sup>185</sup> BANDEIRA DE MELO, Celso Antonio. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p.11.

Para HANS KELSEN, afirmado por BANDEIRA DE MELO,

A igualdade dos sujeitos na ordenação jurídica, garantida pela Constituição, não significa que estes devam ser tratados de maneira idêntica nas normas e em particular nas leis expedidas com base na Constituição. A igualdade assim entendida não é concebível: seria absurdo impor a todos os indivíduos exatamente as mesmas obrigações ou lhes conferir exatamente os mesmos direitos sem fazer distinção alguma entre eles, como, por exemplo, entre crianças e adultos, indivíduos mentalmente sadios e alienados, homens e mulheres.

Dois casos narrados por BANDEIRA DE MELO são interessantes. O autor traz o seguinte questionamento – poderia a lei estabelecer que somente pessoas de estatura elevada estariam autorizados a firmar contrato de compra e venda e as pessoas de baixa estatura não estariam?

Por outro lado, exemplifica, questionando o seguinte: Uma determinada lei poderia estabelecer que somente os soldados de estatura superior a um metro e oitenta fizessem parte de “guardas de honra” de cerimônias militares oficiais ?

A resposta imediata, na primeira indagação é negativa e na segunda, certamente, positiva. Entretanto, em ambos os casos, tratou-se de dispor acerca da estatura exigida ou não exigida em determinadas situações legais, em uma delas foi considerada legítima e na outra não. O que legitima ou diferencia tais critérios de entendimento e disposição?

BANDEIRA DE MELO, então, afirma que “a lei erigiu algo em elemento diferencial”, apanhando “algum ou alguns pontos de diferença a que atribuiu relevo para fins de discriminar situações, inculcando (...) efeitos jurídicos desuniformes entre si”<sup>186</sup>.

O importante, destarte, é verificar quais são os limites que adversam este exercício normal inerente a função de discriminar.

O autor refuta a idéia de que as **pessoas** não podem ser elemento de diferenciação sob pena de ferir a isonomia. Afirma que “qualquer elemento residente nas coisas, pessoas ou situações, pode ser escolhido pela lei como fator discriminatório”, e, de regra, “não é no traço de diferenciação escolhido que se deve buscar algum desacato ao princípio isonômico”<sup>187</sup>.

---

<sup>186</sup> BANDEIRA DE MELO, Celso Antonio. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p.13.

<sup>187</sup> BANDEIRA DE MELO, Celso Antonio. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p.17.

O magistério do autor, desta feita, leciona que as discriminações são compatíveis, então, com o princípio da isonomia quando existe uma correlação lógica entre a peculiaridade diferencial e o tratamento desigual destinado, desde que esta correlação esteja na conformidade de valores constitucionais. Melhor identificando o seu lecionar identifica-se abaixo.

As discriminações são recebidas como compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão-somente quando existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição.<sup>188</sup>

Segundo o analisado autor, pela isonomia a ordem jurídica pretende firmar a impossibilidade de “desequiparações fortuitas ou injustificadas”. Assim, exige-se pela isonomia que “os preceitos genéricos, abstratos e atos concretos colham a todos sem especificações arbitrárias assim proveitosas que detrimosas para os atingidos”<sup>189</sup>.

Os elementos ponderados pela Teoria da isonomia de BANDEIRA DE MELO para identificação do desrespeito à isonomia, estabelecem-se em três questões – já adiantadas, por força da transcrição supra, mas, que, deste modo são expressas direta e detalhadamente de outra banda pelo autor.

A primeira questão diz respeito ao elemento tomado como fator de desigualação. A segunda diz respeito à correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de *discrímen* e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado. E a terceira questão diz respeito à consonância desta correlação à lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional.

BANDEIRA DE MELO esclarece:

Tem-se que investigar, de um lado, **aquilo que é adotado** como **critério discriminatório**; de outro lado, cumpre **verificar se há justificativa racional**, isto é, fundamento lógico, para à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada. Finalmente, impende **analisar se a correlação ou fundamento racional** abstratamente é, **in concreto, afinado com** os valores prestigiados no **sistema normativo constitucional**.<sup>190</sup> (Grifa-se )

<sup>188</sup> BANDEIRA DE MELO, Celso Antonio. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p.17.

<sup>189</sup> BANDEIRA DE MELO, Celso Antonio. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p.18.

<sup>190</sup> BANDEIRA DE MELO, Celso Antonio. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p.21-22.

Quanto ao primeiro elemento, ou critério, que é adotado, o autor coloca em pauta dois requisitos: **a)** a lei não pode erigir um critério diferencial de tal forma específico que singularize no “presente e definitivamente”, de modo absoluto, um sujeito a ser beneficiado pelo regime diferenciado; e **b)** o elemento diferencial, de forma necessária, deve residir na pessoa, coisa ou situação a ser discriminada e nenhum outro elemento que não exista nelas mesmas poderá servir de base para sujeitá-las a regimes diferentes.

Dentro do primeiro requisito há dois vieses. Por um lado, se uma norma reproduz um benefício que, embora de forma aparente não se expressa em individualizar, mas em seu conteúdo direciona-se a um indivíduo, insuscetível de reprodução ou materialmente inviável, “pelo que materializa agora e para sempre” um destinatário, incorre em vício “indigitado”.

Afirma BANDEIRA DE MELO, que “uma norma ou um princípio jurídico podem ser afrontados tanto à força aberta como à capucha”<sup>191</sup>.

E, ao revés, o segundo viés, a lei pode sem agravo ao princípio isonômico, atingir um grupo de pessoas ou indivíduo específico, se, forem eles indeterminados e indetermináveis no presente<sup>192</sup>. Havendo inviabilidade lógica ou material de outro indivíduo ou grupo atingir as mesmas condições tipificadas há ferimento a isonomia.

Por outro lado, o segundo requisito do primeiro elemento da Teria estudada, qual seja, que o elemento diferencial, de forma necessária, deve residir na pessoa, coisa ou situação a ser discriminada e nenhum outro elemento que não exista nelas mesmas poderá servir de base para sujeitá-las a regimes diferentes, importa dizer que sujeita-se a diferenciação baseado nas próprias pessoas, coisas ou situações e não em fatores estranhos, a exemplo de tempo e região espacial pura e simplesmente somente por estes últimos fatos sem ligação com um dos três anteriores. Senão veja-se o entendimento do autor, a seguir descrito.

(...) aquilo que é, em absoluto rigor lógico, necessária e irrefragavelmente igual para todos não pode ser tomado como fator de diferenciação, pena de hostilizar o princípio isonômico. Diversamente, aquilo que é diferenciável, que é, por algum traço ou aspecto, desigual, pode ser diferenciado, fazendo-se remissão à existência ou à sucessão daquilo que dessemelhou as situações.  
(...)

---

<sup>191</sup> BANDEIRA DE MELO, Celso Antonio. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p.24.

<sup>192</sup> O autor citado expediu um exemplo: Lei poderia estabelecer um benefício a quem inventasse o primeiro motor movido a água. Caso em que, não existindo no presente o fato, se no futuro o sujeito indeterminado ou indeterminável de plano conseguisse o intento, receberia o benefício.

Isto posto, procede concluir: a lei não pode tomar tempo ou data como fator de discriminação entre pessoas a fim de lhes dar tratamentos díspares, sem com isto pelear à arca partida com o princípio da igualdade. O que pode tomar como elemento discriminador é o fato, é o acontecimento, transcorrido em certo tempo por ele delimitado.

(...)

O que autoriza discriminar é a diferença que as coisas possuam em si e a correlação entre o tratamento desequiparador e os dados diferenciais radicados nas coisas.

As coisas é que residente no tempo. O tempo não se aloja nos fatos ou pessoas. Portanto o tempo não é uma diferença que neles assiste.<sup>193</sup>

Assim, como descrito, a diferença, no tocante, deve ser pautada sobre os próprios acontecimentos nos quais se buscarão diferenças justificadoras de direitos e dos deveres diversos, e não em fatores alheios a eles que em nada agregariam peculiaridades diferenciadoras.

Até aqui se descreveu o primeiro elemento do que poderia ser diferenciável, ou critério de diferença, da teoria de BANDEIRA DE MELO.

O Segundo elemento, outrossim, como narrado, é a correlação lógica entre o fator ou critério de discrimen e a desequipação procedida.

Neste ponto o que deve ser frisado é que esta correlação é o elemento principal para validade ou invalidade de uma regra diferenciadora perante a isonomia.

BANDEIRA DE MELO expressamente idêntica que:

Em outras palavras: a discriminação não pode ser gratuita ou fortuita. Impende que exista uma adequação racional entre o tratamento diferenciado construído e a razão diferencial que lhe serviu de supedâneo. Segue-se que, se o fator diferencial não guardar conexão lógica com a disparidade de tratamentos jurídicos dispensados, a distinção estabelecida afronta o princípio da isonomia.<sup>194</sup>

O terceiro elemento da teoria da igualdade estudada diz respeito a consonância da discriminação com os interesses protegidos na Constituição, ou seja, fundada em uma razão valiosa para o bem público, segundo a Constituição.

que, *in concreto*, o vínculo de correlação supra-referido seja pertinente em função dos interesses constitucionalmente protegidos, isto é, resulte em diferenciação de tratamento jurídico fundada em razão valiosa – ao lume do texto constitucional – para o bem público.

<sup>193</sup> BANDEIRA DE MELO, Celso Antonio. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p.32-34.

<sup>194</sup> BANDEIRA DE MELO, Celso Antonio. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p.39.

Assim, a lei não pode atribuir afeitos valorativos, ou depreciativos, a critério do legislador ou intérprete, em contrariedade total ou parcial com os valores do sistema constitucional ou dos padrões ético-sociais acolhidos neste mesmo ordenamento constitucional.

Deveras, a lei não pode atribuir afeitos valorativos, ou depreciativos, a critério do especificador, em desconformidade ou contradição com os valores transfundidos no sistema constitucional ou nos padrões ético-sociais acolhidos neste ordenamento. Neste sentido se há de entender a precipitada lição de Pimenta Bueno segundo a qual “qualquer especialidade ou prerrogativa que não for fundada só e unicamente em uma razão muito valiosa do bem público, será uma injustiça e poderá ser uma tirania.”<sup>195</sup>

Por fim, impõe-se trazer o desfecho da teoria. Ao final a teoria dispõe que o “exegeta” deve estar em contínua vigilância e cautela, para que não seja utilizada a lei para interpretar situações como desigualdades legais permitidas, quando ela assim não o fez e não o comporta. Pois a presunção é a da isonomia, a distinção é advinda da especialidade e legalidade, que não pode comportar interpretação extensiva a outrem (pessoa, fato ou situação) que não esteja de forma clara na norma.

Por último registre-se que o respeito ao princípio da igualdade reclama do exegeta uma vigilante cautela, a saber:

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

(...)

O que se encarece, neste passo, é que a isonomia se consagra como maior dos princípios garantidores dos direitos individuais. *Praeter legem*, a presunção genérica e absoluta é a da igualdade, porque o texto da Constituição impõe. Editada a lei, aí sim, surgem as distinções (que possam se compatibilizar com o princípio máximo) por ela formuladas em consideração à diversidade das situações. Bem por isso, é preciso que se trate de desequiparação querida, desejada por lei, ou ao menos, pela conjugação harmônica das leis. Daí, o haver-se afirmado que discriminações que decorram de circunstâncias fortuitas, incidentais, conquanto correlacionadas com o tempo ou a época da norma legal, não autorizam a se pretender que a lei almejou desigualar situações e categorias de indivíduos. E se este intento não foi professado inequivocamente pela lei, embora de modo implícito, é intolerável, injurídica e inconstitucional qualquer desequiparação que se pretenda fazer.<sup>196</sup>

<sup>195</sup> BANDEIRA DE MELO, Celso Antonio. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p.42.

<sup>196</sup> BANDEIRA DE MELO, Celso Antonio. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p.45-46

Em se tratando de linhas gerais, respeitosamente e resumidamente, esta é a teoria do princípio da Igualdade, ou da Isonomia, de Celso Antonio Bandeira de Melo. Que, até aqui, então, pode ser resumida do seguinte modo conclusivo.

Há, para o aludido autor, destarte, ofensa ao princípio da isonomia:

1) se a norma impõe um destinatário individualizado único, determinado e que não há possibilidade de reprodução da hipótese;

2) A norma adotada com critérios de desequiparação não tem este critério baseado exclusivamente nas pessoas, fatos, e situações, mas adota outros fatores impossíveis de serem por si tomados como critérios legítimos de diferenciação, como, por exemplo o “tempo”.

3) A norma não guarda relação de pertinência, ou de conexão, dentre o fator de *discrímen* e a disparidade de regimes;

4) A norma contém conexão entre os dois fatores (de *discrímen* e de diferenciação), mas não atendem aos valores constitucionais;

5) e a interpretação da norma extrai dela *discrímens* e desequiparações extravagantes ao que a própria norma se propôs expressamente.

## 5.2 O PRINCÍPIO DA ISONOMIA APLICADO ÀS MPE

Nesta linha de entendimento, o princípio da isonomia é muitas vezes solicitado à interpretação pra questionar a validade e legitimidade do tratamento favorecido.

Isto deve ser refutado, de plano, então, à luz da Teoria acima estudada.

Isto porque primeiro, as normas de favorecimento às ME e EPP, não são individualizadoras, não se destinam apenas a um indivíduo ou pequeno grupo de indivíduos, mas a um contexto de empresas, que representam cerca de 99% das empresas da indústria, comércio e serviços no País segundo os dados fornecidos por pesquisa do SEBRAE São Paulo, já transcrita acima. Tais normas além de não conduzirem a um só empresa, também seu tratamento é reproduzível a quaisquer ações-tipo, de forma abstrata, segundo BANDEIRA DE MELO.

Em segundo lugar, as normas referidas têm seu foco nas próprias Micro e pequenas empresas.

Terceiro ponto pode ser descrito que a norma favorecedora guarda correlação de conexão entre o fator de discrimen (ser ME ou EPP) e a diferenciação posta, pois beneficia grande número de empresas que geram emprego e renda a cerca de 67% da mão de obra brasileira, o que fora igualmente constatado no capítulo inicial deste texto – dados do SEBRAE São Paulo.

Ademais, como quarto ponto, a norma prestigia valor disposto na norma Constitucional brasileira, que expressamente traz como Princípio da Ordem Econômica nacional o favorecimento as empresas de pequeno porte, e de outra banda também frisa, o texto Constitucional o dever do tratamento diferenciado, inclusive na área administrativa – artigos 170, IX e 179 da Constituição Federal de 1988.

Por fim, a interpretação que se extrai e se deve extrair da norma favorecedora não está em desencontro com o que a própria norma prevê.

### 5.3 MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE E POLÍTICAS PÚBLICAS

Segundo PEREIRA JUNIOR, a LC nº 123/06 ao favorecer o acesso das micro e pequenas empresas às contratações públicas, “assenta normas gerais de procedimento sempre que essas empresas participem de licitação”. Leciona também que a LC 123/06 está lhes concedendo, destarte, tratamento diferenciado, em “contraste” com um dos princípios constitucionais norteadores das licitações e contratos do Estado, que é o de “assegurar igualdade de condições a todos os concorrentes (CF/88, artigo 37, XXI)<sup>197</sup>”.

Prossegue o autor, afirmando que, por definição, toda licitação objetiva identificar a proposta mais vantajosa para a Administração, e com isto também garantir o acesso igualitário a todos os interessados. Portanto, o certame que deve ser competitivo “não pode, por princípio, ser manejado de sorte a incentivar a participação de determinadas categorias empresariais nos negócios públicos”. E prossegue:

---

<sup>197</sup> PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Políticas Públicas nas Licitações e Contratações Administrativas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p.125.

O Estado não contrata com particulares visando a lucro, mas, sim, à satisfação do interesse público. Os participantes de uma licitação têm a legítima expectativa, com fundamento na Constituição e na legislação de regência, de que lhes serão asseguradas as mesmas oportunidades de contratar com o poder público.<sup>198</sup>

Mas, afirma o autor que o princípio da igualdade, nas licitações, implica o dever “não apenas de tratar isonomicamente todos os que afluírem ao certame, mas, também, o de ensejar oportunidade de disputá-lo a quaisquer interessados”<sup>199</sup>, atendendo eles às condições que o ato convocatório reputou indispensáveis – e estas justificadamente.

A explicitação positivada e concreta do princípio da igualdade está inserido no §1º do artigo 3º da Lei nº 8.666/93. A aludida regra, em sua dicção expressa, proíbe o agente público, no ato convocatório do certame,

admitir, prever, incluir ou tolerar (...) cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato.<sup>200</sup>

Diante do tratamento diferenciado outorgado às microempresas e empresas de pequeno porte, PEREIRA JUNIOR, então, declara que deve ser enfrentado o tema pertinente a argüição de que este tratamento conflita com o princípio da igualdade. E assim, passa a dissertar sobre a questão.

Segundo o autor, a edição da LC 123/2006, que estabeleceu entre seus artigos 42 e 49, o acesso ao mercado, através das compras governamentais, se deu com esteio na norma Constitucional e passou a analisar, então, a razão deste favorecimento constitucional. Este tratamento diferenciado, segundo o publicista, retrata o “cumprimento, pelo Congresso Nacional, de política pública traçada pelo Documento Fundamental da República (...)”<sup>201</sup>.

<sup>198</sup> PEREIRA JUNIOR, Jessé Pereira. DOTTI, Marines Restelatto. *Políticas Públicas nas Licitações e Contratações Administrativas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p.126.

<sup>199</sup> PEREIRA JUNIOR, Jessé Pereira. DOTTI, Marines Restelatto. *Políticas Públicas nas Licitações e Contratações Administrativas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 126.

<sup>200</sup> BRASIL. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm)>. Consultado em: 27 Abr. 2010.

<sup>201</sup> PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei das Licitações e Contratações ds Administração Pública*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, apud PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. DOTTI, Marines

PEREIRA JUNIOR assevera que o tema pertinente a possibilidade de enfrentamento de Políticas Públicas pelo Judiciário, em razão de ação ou de omissão do poder público podem ser apreciadas pelo Judiciário, como restou apreciado e decidido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Medida Cautelar em ADPF – Ação por Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF no. 45 MC-DF/2004, Relator Ministro Celso de Mello.

Veja-se, transcrição do trecho da decisão proferida no aludido processo.

O tema já conta com expresso equacionamento pelo Supremo Tribunal Federal, que, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, ADPF, nº 45 MC – DF/2004, sendo relator o Min. Celso de Mello, desvendou-o de modo a sinalizar caminhos que se devem trilhar na compreensão e na aplicação do Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte, *verbis*:

“O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, oferecendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um *facere* (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação.

**Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional.** Desse *non facere* ou *non praestare* resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público.

A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional – qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental (RTJ 185/794-796, Pleno) (...)

Parte do texto foi enfatizada em negrito, por este trabalho, para destacar o entendimento do Supremo Tribunal brasileiro, quanto a realização dos preceitos da Carta Constitucional.

PEREIRA JUNIOR também assinala, por cabível, que presente nesse contexto – consoante já proclamou a Suprema Corte em outra oportunidade – que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política “não pode converte-

se em promessa constitucional incoseqüente”, sob pena do Poder Público subtrair a vontade da Lei Maior do Estado.

Cabe assinalar, presente esse contexto – consoante já proclamou esta Suprema Corte – que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política “não pode converte-se em promessa constitucional incoseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado” (RTJ 175/1.212-1.213) (...) <sup>202</sup>

Não se desvencilhou, o mesmo autor, de entender a problemática da “reserva do possível” para adimplemento e efetivação das garantias e direitos fundamentais de segunda geração (ou dimensão), quais sejam, os direitos econômicos, sociais, e culturais. Eis que a efetivação de tais direitos, além de exigir uma gradualidade na sua implementação, que não se pode exigí-la abruptamente, diante da limitação material e orçamentária estatal.

(...) de tal modo, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. <sup>203</sup>

Desta forma, na dicção de PEREIRA JUNIOR não será lícito, no entanto, ao Poder Público, mediante indevida manipulação de sua atividade financeira, e político-administrativa, criar óbice ao estabelecimento das condições materiais mínimas de existência. A manipulação da atividade político-administrativa e financeira de modo artificial com o que se revele ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, ou de frustrar e inviabilizar o estabelecimento e a preservação do implemento de tais condições mínimas de existência constituiria ilícito passível de controle.

A meta da Constituição Federal de 1988, como teve-se oportunidade analisar neste trabalho, em capítulos anteriores, é de promover o bem-estar do homem, a dignidade da pessoa humana, além da proteção dos direitos individuais e um projeto de

---

<sup>202</sup> PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei das Licitações e Contratações ds Administração Pública*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, apud PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. DOTTI, Marínes Restelatto. *Políticas Públicas nas Licitações e Contratações Administrativas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 127.

<sup>203</sup> PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei das Licitações e Contratações ds Administração Pública*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, apud PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. DOTTI, Marínes Restelatto. *Políticas Públicas nas Licitações e Contratações Administrativas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 127.

desenvolvimento nacional, enfatizando-se a prioridade de investimento dos gastos públicos com as necessidades individuais. Entende PEREIRA JUNIOR, como possível a conciliação destes objetivos com a reserva do possível.

A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida (...) na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível...<sup>204</sup>

A fixação de políticas públicas é de competência do Poder Executivo, balizado, inclusive por atos típicos do Legislativo, entretanto, na omissão, ou falha da atuação destes últimos, é cabível, até mesmo, a intervenção do Poder Judiciário para não se requeiem ao insucesso as determinações constitucionais, sobretudo no campo dos direitos individuais, econômicos, sociais e culturais.

Neste diapasão, a vigente Constituição Federal traçou inegável Política Pública em relação às micro e pequenas empresas.

A vigente Constituição da República traçou inequívoca política pública em relação às microempresas e empresas de pequeno porte. Basta reler os seus artigos 170, IX (“A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas pelas leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País”) e 179 (“A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei”).<sup>205</sup>

---

<sup>204</sup> PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei das Licitações e Contratações ds Administração Pública*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, apud PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. DOTTI, Marínes Restelatto. *Políticas Públicas nas Licitações e Contratações Administrativas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 128.

<sup>205</sup> PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei das Licitações e Contratações ds Administração Pública*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, apud PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. DOTTI, Marínes Restelatto. *Políticas Públicas nas Licitações e Contratações Administrativas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 128.

BARCELLOS define Política Pública como sendo um conjunto coordenado de meios, à disposição do Estado, harmonizando atividades estatais e privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.

A expressão políticas públicas pode designar, de forma geral, a coordenação dos meios à disposição do Estado, harmonizando as atividades estatais e privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Nesse sentido, trata-se de conceito bastante abrangente, que envolve não apenas a prestação de serviços ou o desenvolvimento de atividades executivas diretamente pelo Estado, como também sua atuação normativa, reguladora e de fomento, nas mais diversas áreas.<sup>206</sup>

As políticas públicas, então, são dispostas pelo Direito, conforme BUCCI<sup>207</sup>, conferindo expressão formal e vinculativa a este propósito, no texto normativo Constitucional, ou legal, ou regulamentar (Decretos e resoluções).

Para PEREIRA JUNIOR, “toda política pública de assento constitucional, na interpretação da Corte guardiã da Constituição, tem prioridade sobre qualquer outra” e o Poder Público tem o mister de implementá-la, relativamente aos direitos econômicos, sociais e culturais.

Assegurar tratamento preferencial às microempresas e às empresas de pequeno porte era e é, destarte, prioritário, na medida em que corresponde a uma política pública traçada pela Constituição, na expectativa de lei complementar que a viesse definir. Tal papel que a LC nº 123/06 veio desempenhar na ordem jurídica brasileira.<sup>208</sup>

PEREIRA JUNIOR ainda destaca qual a justificativa para o sentido de prioridade e premência do favorecimento atribuído pela política pública da Constituição Federal de 1988, em relação às MPE.

Segundo ele, o que reforça ainda os dados levantados no capítulo inicial, as receitas das MPE alcançaram cerca de R\$ 168 bilhões e 200 milhões, respectivamente, em 2001, e que nessa mesma época cerca de 1 milhão e 100 mil destas empresas era empregadora e, que, constituía emprego para, pelo menos uma pessoa a mais, e que

---

<sup>206</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. *Revista de Direito do Estado*, p. 17-54, apud PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. DOTTI, Marines Restelatto. Políticas Públicas nas Licitações e Contratações Administrativas. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 26.

<sup>207</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*, p. 37, apud PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. DOTTI, Marines Restelatto. Políticas Públicas nas Licitações e Contratações Administrativas. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 28.

<sup>208</sup> PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. DOTTI, Marines Restelatto. Políticas Públicas nas Licitações e Contratações Administrativas. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 129.

eram constituídas na maioria das vezes por familiares, o que representaria mais de 926 mil famílias diretamente envolvidas no negócio, destacando-se então a sua elevada relevância como fator de geração de emprego e distribuição de renda.<sup>209</sup>

Para PEREIRA JUNIOR, então, essas são as premissas da compreensão com que se deve recepcionar, para ele, inclusive o disposto nos artigos 47 a 49 da LC nº 123/06. Eis que isto traduziria a “cota de participação da Administração Pública no estímulo ao empreendedorismo”, representado pelas MPE, e, portanto, constitui-se em um dos instrumentos desse estímulo em dispensar-lhes tratamento diferenciado nas licitações e contratações de bens e serviços.

### 5.3.1 O dever de licitar como Política Pública e satisfação do Interesse Público

O artigo 37 da Constituição Republicana Brasileira estabelece, e determina a Administração direta e indireta, em seu inciso XXI, que ressaltados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública. E obrigatoriamente este processo deve assegurar igualdade de condições a todos os concorrentes, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

PEREIRA JUNIOR assevera que, contrapondo-se à liberdade de escolha dos particulares nas relações negociais, a Constituição impõe o processo licitatório.

Contrapondo-se à liberdade de escolha dos particulares nas relações negociais, a Constituição impõe aos poderes constituídos, no desempenho de suas funções administrativas, contratar através de licitação, por meio de processo jurídico-administrativo formal, e observância de procedimentos cuja condução rege-se por meio de normas cogentes, isto é, inafastáveis pela vontade das partes.<sup>210</sup>

---

<sup>209</sup> Nessa linha, Jessé Torres Pereira Junior identifica em sua obra anteriormente referenciada, que foi feita uma pesquisa em 37 países, em 2002, coordenada pela GEM – *Global Entrepreneurship Monitor*, projeto criado pela *London Business School*, da Inglaterra, e pela *Babson School*, nos Estados Unidos, coordenado no Brasil pelo Instituto Brasileiro de Qualidade e Produtividade do Paraná e Sebrae, em que o Brasil se destaca em sétimo lugar no *ranking* dos países com maior nível geral de empreendedorismo. A taxa brasileira da atividade empreendedora total, ou seja, a que indica a proporção de empreendedores na população de 18 a 64 anos de idade, foi de 13,5% estimando-se em 14,4 milhões de empreendedores no país, dos quais 42% são mulheres”.

<sup>210</sup> PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. DOTTI, Marines Restelatto. Políticas Públicas nas Licitações e Contratações Administrativas. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p.30.

E o desrespeito ao princípio do dever de licitar, que corresponde ao processo de licitar – escolher a proposta mais vantajosa – e o procedimento de licitar – atender ao rito legal -, “viola política constitucional, a atrair, se a emenda não houver pela própria Administração (STF, Súmula nº 473<sup>211</sup>), a intervenção do controle externo”, que pode ser exercido pelo Tribunal de Contas competente ou controle judicial.

Em sendo assim, havendo a vinculação da atuação administrativa, ao dever de licitar, deve ser dito também que, na afirmação de PEREIRA JUNIOR, não se pode compreender Estado Democrático de Direito que seja operante sem políticas públicas pré-definidas e funções administrativas sem o balizamento de normas jurídicas. As políticas públicas devem balizar também o interesse das competências discricionárias da administração, visando ao interesse público.

A atividade contratual da Administração Pública, mesmo quando no exercício de competências discricionárias, deve exprimir escolhas ditadas por políticas públicas e implementadas de acordo com normas jurídicas que viabilizem a concretização do interesse público.<sup>212</sup>

Deste modo, a norma constitucional que estabelece o dever de licitar traduz política pública na medida em que pressupõe ser a competição seletiva isonômica, a que consultado o mercado, leva à identificação da proposta mais favorável para a Administração e esta competição reduz o risco da formação de cartéis e superiormente atende aos princípios nomeados na cabeça do artigo 37 da Carta de 1988.

O dever de licitar também significa que o Estado, ao preferir a execução indireta, por terceiros contratados, à execução direta, acredita no potencial racionalizador desta decisão, desde os termos do Decreto-Lei 200/1967, estrategicamente optando pela contratação de empresas no mercado.

E, por fim, a norma constitucional estabelece o dever de licitar também consubstanciando política pública na medida em que distancia a Administração de conflitos políticos-partidários e proporciona gestão técnica, de modo racional e

---

<sup>211</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Súmula 473. A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

<sup>212</sup> PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. DOTTI, Marines Restelatto. Políticas Públicas nas Licitações e Contratações Administrativas. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 31.

previsível, de forma pautada na lei, e em instrumentos de controle jurídicos e da sociedade.

Assim, a estratégia da execução indireta – através da licitação - faz da atividade contratual da Administração o trajeto necessário e natural para viabilizar, sobretudo, as aquisições e contratações de obras e serviços, para as políticas estatais, e por isto, “se introduzem na legislação regente das licitações e contratações normas de estímulo à contratação de objetos relevantes para tal implementação”<sup>213</sup>.

Dentre as normas de estímulo e de fomento encontra-se a Lei complementar 123/2006, no âmbito empresarial das MPE.

Não se poderia deixar de descrever o entendimento de GRAU sobre o tema licitações. Para GRAU, licitação é “um procedimento que visa à satisfação do interesse público, pautando-se pelo princípio da isonomia”<sup>214</sup>.

O fundamento da licitação é então descrito por GRAU encontrado no Princípio Republicano, entendendo este como “forma de governo não pessoal” adotada por CANOTILHO. Do princípio republicano decorre a abolição de privilégios, a garantia da “igualdade de oportunidade de acesso de todos, não só às contratações que pretenda a Administração avançar mas, também, aos cargos e funções públicas”<sup>215</sup>.

Prossegue GRAU lecionando que a licitação, proporciona o duplo objetivo, de um modo a “realização do negócio mais vantajoso”, e de outro, democraticamente, oportunizar a todos a contratação, e assim, há de ser concebida como uma imposição do interesse público.”

E assevera GRAU que “a competição, enquanto pressuposto da licitação, expressa – repito-o - “possibilidade de acesso de todos e quaisquer agentes econômicos” com capacidade para a licitação. Mas frisa e, de forma elucidativa, determina que seja lembrado: “a licitação é um procedimento que visa à satisfação do interesse público, pautando-se pelo princípio da isonomia”<sup>216</sup>.

O interesse público assim entendido como interesse público primário, aquele que busca atender as demandas sociais – pode prevalecer diante da isonomia.

---

<sup>213</sup> PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. DOTTI, Marínes Restelatto. *Políticas Públicas nas Licitações e Contratações Administrativas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p.2.

<sup>214</sup> GRAU, Eros Roberto. *A Licitação e os Princípios do Direito*. Estudos sobre a interpretação da lei. São Paulo: Malheiros, 1995, p.14. Frisou-se igualmente no capítulo segundo.

<sup>215</sup> GRAU, Eros Roberto. *A Licitação e os Princípios do Direito*. Estudos sobre a interpretação da lei. São Paulo: Malheiros, 1995, p.14.

<sup>216</sup> GRAU, Eros Roberto. *A Licitação e os Princípios do Direito*. Estudos sobre a interpretação da lei. São Paulo: Malheiros, 1995, p.15.

Desta feita, verifica-se que o tratamento favorecido às MPE enquadra-se dentro de uma política pública, a política pública de licitar, como atuação do Estado com fim de almejar proposta mais vantajosa, como elemento racionalizados das contratações, compras, obras e realização de serviços, e como aparato para viabilizar contratações para as atividades e políticas estatais, e implementadores dos objetivos dispostos na Constituição.

E, além disto, licitar significa atender ao interesse público, entendido este como atendimento aos reclamos dos interesses públicos primários, interesses da coletividade, ou sociais.

Assim, a oportunização de favorecimento e distinção nas licitações públicas às MPE atende ao princípio da isonomia tanto no tocante a cada elemento descritivo presente na teoria de BANDEIRA DE MELO, quanto no atendimento ao interesse público primário sobre a ela descrita por GRAU, quanto no dever de Política Pública de licitar descrita por PEREIRA JUNIOR.

Neste contexto, imperativo é descrever a necessária justiça igualitária. Na medida em que haja disparidades materiais entre empresas no mercado, a atividade administrativa de fomento (incentivo) pelo Estado – executando a Ordem Constitucional – em benefício de atividades que gerem emprego e distribuição de renda - implementa o objetivo desenvolvimentista da Carta Política brasileira.

As liberdades fundamentais, “na vigência de desigualdades socioeconômicas consideráveis, seriam meramente ‘formais’”<sup>217</sup>.

Há influência da pressão que necessidades básicas exercem sobre o grau de liberdades fundamentais iguais.

(...) conforme as pessoas se tornam livres da pressão que lhes é imposta por necessidades básicas, aumenta o interesse que elas têm em exercer suas liberdades fundamentais iguais.<sup>218</sup>

A busca da implementação de políticas públicas impostas pelo mandamento constitucional do favorecimento, em atendimento à isonomia, gera o dever do fomento da Administração Pública – que se constitui uma dentre as atividades administrativas.

---

<sup>217</sup> VITA, Álvaro de. *A justiça igualitária e seus críticos*. 2ª. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007, p. 201.

<sup>218</sup> VITA, Álvaro de. *A justiça igualitária e seus críticos*. 2ª. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007, p. 207-208.

## 5.4 DO FOMENTO COMO ATIVIDADE ADMINISTRATIVA INESCUSÁVEL

Na lição de ENTERRÍA citado por MELLO, o fomento constitui um grande setor da atuação administrativa. Fomento constituir-se-ia em

um grande setor da atividade administrativa, a chamada atividade de fomento – que, junto com a de polícia e a de serviço público, forma o tripé clássico das formas de ação da Administração – se realiza sem que, ao menos formalmente, apareça o menor indício de poder.<sup>219</sup>

### 5.4.1 O conceito de fomento

A atuação estatal, como leciona MELLO, deve ter sempre como evidentes os “fins públicos gerais de uma comunidade determinada, para manejar adequadamente os mecanismos administrativos de que dispõe dentro do contexto histórico-político”<sup>220</sup> em que esteja situado.

O contexto histórico-político requer a evolução dos meios administrativos empregados, uma vez que os fins públicos se alteram ao longo da história. A interferência do Estado no processo social e econômico pode ser descrito em escala de vários graus.

De um lado pode se impor a atuação estatal de forma negativa e “imperativa de polícia”<sup>221</sup>, típico do Estado Liberal, e de outro em contraponto, pode existir a socialização da economia, pelo Estado que absorve substancialmente as relações econômicas e sociais, impondo planos imperativos.

Entretanto, pode haver uma atuação estatal menos extremada que apóie “iniciativas privadas socialmente relevantes”<sup>222</sup>, mesmo que, pelo menos, em um

<sup>219</sup> ENTERRÍA, Eduardo G. de; FERNANDEZ, Tomaz – R. *Curso de direito administrativo*. Trad. Arnaldo Setti. Colab. Almudena Marin Lopez e Eliane Alves Rodrigues. São Paulo: RT, 1991, apud MELLO, Célia Cunha. *O fomento da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. xi-xii.

<sup>220</sup> MELLO, Célia Cunha. *O fomento da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.35.

<sup>221</sup> MELLO, Célia Cunha. *O fomento da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.35.

<sup>222</sup> MELLO, Célia Cunha. *O fomento da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.35.

primeiro momento inicial, entenda-se como comprometedor do princípio da isonomia (somente de forma aparente).

Existe uma atuação estatal menos radical, por meio da qual o Estado apóia e auxilia determinadas iniciativas privadas socialmente significantes, mesmo que, em princípios, tal conduta comprometa ou perturbe, ao menos aparentemente, a igualdade de todos perante a lei.<sup>223</sup>

Fomento público, é então, definido por MELLO, como sendo

(...) a função estatal incentivadora, positiva e persuasiva, que culmina em imprimir uma verdadeira metamorfose no papel estatal. O Estado, tido como o absentista garantidor dos direitos públicos individuais ou como o socialista repressor da iniciativa privada, passa a assumir uma postura dirigente.<sup>224</sup>

Esta postura dirigente do Estado já se encontra, igualmente, em TAVARES<sup>225</sup> e em BERCOVICI<sup>226</sup>, quando se descreveu no capítulo inicial que a Constituição – regente que é do Estado – e em especial a Constituição econômica - deve ser dirigente.

O Estado brasileiro, desta feita, como caracterizado no texto constitucional como democrático e social de direito, tem o dever de extrapolar a mera função de manter a ordem e a segurança, para implantar positivamente as expectativas sociais.

O Estado brasileiro (...) tem o dever de suplantar a mera função de mantenedor da ordem e da segurança, para interferir positivamente na realização das expectativas sociais traçadas nas normas-objetivo.

A Constituição Federal de 1988 é uma Constituição Desenvolvimentista, na lição de BERCOVICI<sup>227</sup>, e dirigente na busca da concretização deste desenvolvimento. Isto porque, para o mesmo autor, “Constituição Dirigente é um programa de ação para a alteração da sociedade.”<sup>228</sup>

Neste sentido, a Carta Constitucional determina expressamente como programa-objetivo fundamental da República Federativa do Brasil – estabelecidos no

<sup>223</sup> MELLO, Célia Cunha. *O fomento da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.35.

<sup>224</sup> MELLO, Célia Cunha. *O fomento da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 36.

<sup>225</sup> TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional Econômico*. 2ª ed. São Paulo: Método, 2006, p.37.

<sup>226</sup> BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Econômica e Desenvolvimento*. Uma leitura a partir da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005, p.35.

<sup>227</sup> BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Econômica e Desenvolvimento*. Uma leitura a partir da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005, p.67.

<sup>228</sup> BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Econômica e Desenvolvimento*. Uma leitura a partir da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005, p.35.

seu artigo 3º - construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.<sup>229</sup> Sobretudo, destaca-se o objetivo do desenvolvimento nacional. Este é, então, um objetivo da Constituição Federal brasileira.

Desta feita, disserta MELLO, que o Estado vê-se constantemente impedido de implementar as políticas públicas, de um modo geral, que visam ao desenvolvimento sócio-econômico.

O Estado, na promoção do desenvolvimento socioeconômico, vê-se, frequentemente, impedido de implementar sozinho as políticas públicas, oportunidade que torna bem-vinda a colaboração dos particulares.<sup>230</sup>

Então, diante disto, e além disto, independentemente de condições financeiras escassas ou avolumadas, MELLO identifica como uma forma utilizada para concretizar os objetivos idealizados pelo Estado – no cumprimento do dever constitucional – é a sua função promocional, através de incentivos, dentro de condutas descritas pelo próprio Estado.

A fórmula utilizada para concretizar os objetivos idealizados pelo Estado pode ser alcançada com a função promocional, ou seja, por meio de mecanismos que prescrevem a aplicação de incentivos (sanção premial), no caso de cumprimento, pelos particulares, de condutas almeçadas pelo ente estatal.<sup>231</sup>

Distingue-se das outras atividades administrativas – de polícia e de serviços públicos, pois o fomento pretende “melhorar os níveis de vida da sociedade, sem utilizar o poder de autoridade”<sup>232</sup>.

O fomento distingue-se de outras formas de atuação administrativa estatal, como a polícia, o serviço público e a exploração econômica direta. De uma parte, pretende melhorar os níveis de vida da sociedade, sem utilizar o poder de autoridade. De outra, a polícia objetiva disciplinar os comportamentos dos particulares, nos termos e para os fins da lei, com imperatividade; o serviço público visa proporcionar uma comodidade fruível pelos administrados; a exploração econômica estatal busca substituir a iniciativa privada.<sup>233</sup>

<sup>229</sup> BRASIL, Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988.

<sup>230</sup> MELLO, Célia Cunha. *O fomento da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.36.

<sup>231</sup> MELLO, Célia Cunha. *O fomento da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.38.

<sup>232</sup> MELLO, Célia Cunha. *O fomento da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.38.

<sup>233</sup> MELLO, Célia Cunha. *O fomento da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.38.

A Administração fomentadora, então, representa um complexo de atividades concretas e indiretas que o Estado desempenha, não no exercício de sua atribuição de autoridade, mas cujo esforço consiste em “promover e/ou incentivar atividades e regiões, visando melhorar os níveis de vida da sociedade”<sup>234</sup>.

(...) podemos conceituar a administração fomentadora como um complexo de atividades concretas e indiretas que o Estado desempenha despojado do poder de autoridade, cujo labor se limita a promover e/ou incentivar atividades e regiões, visando melhorar os níveis de vida da sociedade<sup>235</sup>.

Sendo assim, verifica-se que a atuação administrativa do Estado brasileiro também deve voltar-se para o fomento como atividade administrativa fundamental do Estado, mas também como forma de implementar o desenvolvimento nacional, preconizado pelo texto da Carta Constitucional.

E assim sendo, como função - função promocional - não pode ser entendido como benevolência do Estado ou “mera liberalidade, favor ou graça”, apresentando-se “como poderoso mecanismo de apoio, promoção e auxílio das iniciativas socialmente significantes e voltadas ao desenvolvimento sócio-econômico”<sup>236</sup>.

(...) o fomento público introduz no mundo jurídico a solução ideal para uma parte significativa dos problemas da administração pública, na medida em que constitui instrumento administrativo apto a viabilizar o desenvolvimento socioeconômico do Estado, adotando técnicas jurídicas que viabilizam planos, programas, estímulos e prestações efetivas, destinados a promover o bem-estar social, conjugando esforços particulares com interesses públicos<sup>237</sup>.

E como já asseverado por JUSTEN FILHO<sup>238</sup>, o exercício do favorecimento às MPE nas licitações também consiste em atividade de fomento pela Administração brasileira. Por tal razão, entende-se que o favorecimento deve ser mantido e ampliado, como política de desenvolvimento.

---

<sup>234</sup> MELLO, Célia Cunha. *O fomento da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.38.

<sup>235</sup> MELLO, Célia Cunha. *O fomento da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.38.

<sup>236</sup> MELLO, Célia Cunha. *O fomento da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.36.

<sup>237</sup> MELLO, Célia Cunha. *O fomento da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.187.

<sup>238</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos administrativos*. 13ª ed. São Paulo: Dialética, 2009, p.12.

## 5.5 POLÍTICA DE DESENVOLVIMENTO

Como pode ser conceituado desenvolvimento e em que elementos são extraídos objetivamente a medida do desenvolvimento de um País deve ser ponderado.

Estes são questionamentos que não podem fugir ao trabalho e constitui-se elemento impulsionador da temática correlacionada ao tratamento favorecido às MPE nas licitações.

Neste contexto, analisa-se a vertente do desenvolvimento estudada por SEN, o professor de Harvard, Estados Unidos. Aqui o objetivo não foi privilegiar o entendimento e estudo de um doutrinador, a despeito de outras teorias acerca do desenvolvimento, mas somente enfocar a questão sob o mesmo ponto de vista.

### 5.5.1 O conceito de desenvolvimento

Existe uma tendência a correlacionar o avolumar de riqueza à uma melhor qualidade de vida. Entretanto, esta regra nem sempre é verdadeira.

Níveis de renda elevados podem, sim, contribuir para uma melhor qualidade de vida, mas isto pode depender e variar conforme outras circunstâncias.

Há justificadas razões para se buscar mais dinheiro e riqueza, mas isto terá relevo a depender do ponto de vista.

Como esclarece PETTER,

O crescimento econômico não é um fim em si mesmo. Ele tem de estar relacionado, sobretudo, com a melhoria da qualidade de vida das pessoas e com as liberdades que elas podem desfrutar.<sup>239</sup>

Pois, prossegue o mesmo autor, o crescimento econômico, sobretudo, “quando medido por grandezas matemáticas atinentes à simples produção econômica, não pode ser considerado um fim em si mesmo”<sup>240</sup>.

---

<sup>239</sup> PETTER, Lafayette Josué. *Princípios Constitucionais da Ordem Econômica*. O significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p.88.

<sup>240</sup> PETTER, Lafayette Josué. *Princípios Constitucionais da Ordem Econômica*. O significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p.88.

O capitalismo proporciona o crescimento econômico, mas o desenvolvimento deve ser auferido através da qualidade de vida das pessoas, e deve ser implementado através da busca da justiça social.

MILONE citado por PETTER assevera que desenvolvimento é caracterizado pela constatação de um crescimento do bem-estar econômico, e este, por sua vez, pode ser medido por uma série de fatores.

(...) o desenvolvimento econômico pela constatação de um crescimento do bem-estar econômico, medido por meio dos indicadores de natureza econômica, v.g., produto nacional e renda *per capita*, mas que inclui, em seu conceito de desenvolvimento, a verificação da diminuição dos níveis de pobreza, do desemprego, da desigualdade, das condições de saúde, nutrição, educação, moradia, e transportes.<sup>241</sup>

Acresce, ainda MILONE citado pelo mesmo autor, ser de extrema importância este aspecto conceitual acima descrito, pois “existem evidências de que é possível um país crescer sem desenvolver-se”<sup>242</sup>.

Então, a visão de desenvolvimento, com perspectiva na liberdade, preocupe-se com a qualidade de vida e “como as pessoas vivem e nas escolhas que podem fazer, e não apenas em recursos financeiros”<sup>243</sup>.

Neste sentido, SEN entende pobreza como uma “privação de capacidade”<sup>244</sup> e não apenas no aspecto material – no critério da escassez de renda<sup>245</sup>, exclusivamente.

PETTER demonstra o estudo seniano, onde a expansão da liberdade é considerada a finalidade primordial e o principal meio do desenvolvimento. Segundo PETTER, o estudo de SEN demonstra que a liberdade imprime dois enfoques: o enfoque constitutivo da liberdade no desenvolvimento (“desenvolvimento é ter

<sup>241</sup> MILONE, Paulo César. Crescimento e Desenvolvimento econômico: teoria e evidências empíricas. *Manual de economia da equipe de professores da USP*. 3 ed.. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 511-530, apud PETTER, Lafayette Josué. *Princípios Constitucionais da Ordem Econômica*. O significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p.88.

<sup>242</sup> PETTER, Lafayette Josué. *Princípios Constitucionais da Ordem Econômica*. O significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p.88.

<sup>243</sup> PETTER, Lafayette Josué. *Princípios Constitucionais da Ordem Econômica*. O significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p.91.

<sup>244</sup> PETTER, Lafayette Josué. *Princípios Constitucionais da Ordem Econômica*. O significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p.89.

<sup>245</sup> PETTER evidencia ainda, na mesma obra, e na dicção ora transcrita, neste aspecto, que não se refuta que o baixo nível de renda não esteja correlacionado à privatização de capacidades individuais. Ao contrário, baixa renda pode ser razão fundamental para a ocorrência do analfabetismo e más condições de saúde, além de fome e subnutrição. E, também segundo ele, expressamente é dito que, de outra parte, melhor saúde e educação ajudam a auferir mais renda. Mas a relação não é só esta, pois inclui outras variáveis.

liberdade”), e o enfoque instrumental da liberdade no desenvolvimento (“a liberdade conduz ao desenvolvimento”).

Quanto a isto, segundo PETTER, quando se examina a Constituição Federal, em sua totalidade, interpreta-se com a conexão de inteireza, por isto mesmo “tópico-sistemática, sendo, assim, racional, dialógica e sistêmica”, e por isto, denota-se que “parece ser extraível uma aproximação semântica nos conceitos de desenvolvimento econômico, qualidade de vida e bem-estar, dignidade da pessoa humana e justiça social”<sup>246</sup>

Com isto, para PETTER, abordagens, somente aparentemente díspares, podem se conciliar, a exemplo, da isonomia e do tratamento favorecido as MPE.

Esta abordagem mais panorâmica permite conciliar institutos aparentemente díspares, tais como: propriedade privada e função social da propriedade; liberdade de iniciativa e iniciativa suplementar do Estado; liberdade de empresa e função social da empresa; liberdade de lucro e abuso do poder econômico; liberdade de contratação e valorização do trabalho e harmonia e solidariedade entre as categorias sociais de produção; igualdade de tratamento e tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte.<sup>247</sup>

Na visão de SEN, fundamental, então, é a **liberdade substancial** proporcionada ao indivíduo, na coletividade, como elemento muito importante para o desenvolvimento.

Ver o desenvolvimento a partir das liberdades substantivas das pessoas tem implicações muito abrangentes para nossa compreensão do processo de desenvolvimento e também para os modos e meios de promovê-lo.

(...)

Na perspectiva avaliatória, isso envolve a necessidade de aquilatar os requisitos de desenvolvimento com base na remoção das privações de liberdade que podem afligir os membros da sociedade. O processo de desenvolvimento, nessa visão, não difere em essência da história do triunfo sobre essas privações de liberdade.<sup>248</sup>

Quando a liberdade é vista na sua função instrumental, identificam-se pelo menos cinco (05) liberdades diferentes, quais sejam, as liberdades políticas, as facilidades econômicas, as oportunidades sociais, as garantias de transparência e segurança, e a segurança protetora.

<sup>246</sup> PETTER, Lafayete Josué. *Princípios Constitucionais da Ordem Econômica*. O significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p.91.

<sup>247</sup> PETTER, Lafayete Josué. *Princípios Constitucionais da Ordem Econômica*. O significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p.91.

<sup>248</sup> SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p.49-50.

Quando a liberdade é vista na sua função instrumental, podem ser identificados pelo menos cinco tipos diferentes de liberdade: liberdades políticas, facilidades econômicas, oportunidades sociais, garantias de transparência e segurança protetora. Estas liberdades influenciam diretamente as capacidades das pessoas, mas é necessário verificar que se suplementam mutuamente e podem se reforçar umas as outras. Assim, a criação de oportunidades sociais por meios de serviços de educação e saúde pode contribuir para o desenvolvimento, como ocorreu no histórico exemplo do Japão.

Segundo SEN<sup>249</sup>, as liberdades políticas dizem respeito às oportunidades que as pessoas possuem de escolha de seus governantes, com base em que normas, e também a fiscalização, a crítica e a capacidade de diálogo e dissensão política (construtiva) que podem ser observadas na sociedade.

Quanto às facilidades econômicas, para SEN, estas “constituem as oportunidades que os indivíduos têm para utilizar recursos econômicos com propósitos de consumo, produção ou troca”<sup>250</sup>.

E as oportunidades sociais, por meios de serviços de saúde, e educação, por exemplo, igualmente contribuem para o desenvolvimento econômico, citando o caso do Japão, país que obteve grande desenvolvimento após implementar políticas públicas nestas áreas, declaradas prioritárias.

O impacto do crescimento econômico depende do modo pelo qual seus frutos são aproveitados. SEN afirma que já ficou comprovada a correlação positiva entre expectativa de vida e PNB *per capita*, mas que esta relação funciona quando o impacto do PNB sobre as rendas dos mais pobres e os gastos com serviços de saúde. Por isto, a adoção única do critério de Renda *per capita* é falha, carecendo de outros enfoques.

O impacto do crescimento econômico sobre a sociedade em geral depende muito do modo seus frutos são aproveitados. Por exemplo, já ficou constatado que a expectativa de vida tem correlação positiva com o PNB *per capita*, mas esta relação funciona, sobretudo, por meio do impacto do PNB sobre as rendas dos pobres e os gastos públicos com serviços de saúde. Apesar dos níveis de renda baixíssimos verificados em estados indianos pobres, seus habitantes apresentam níveis de expectativa de vida imensamente mais elevado do que as populações comparativamente muito mais rica, do próprio Brasil, da África do Sul, da Namíbia e até do Gabão. Certo é que a medição do processo de desenvolvimento, ordinariamente calcado na renda *per capita* precisa do

---

<sup>249</sup> SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p.55.

<sup>250</sup> SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p.21.

aporte de outras variáveis para que possa refletir a real significação que se lhe deve atribuir.

Outrossim, estudando a qualidade de vida europeia, verifica o mesmo autor, que também não se pode atender a necessidades públicas somente com transferência de renda do Estado para o indivíduo. Assim, demonstra que o padrão de vida europeu é elevado, a despeito de haver cerca de 10 a 12% da população desempregada – referentes ao ano de 1999. Estes percentuais sobre a população europeia são assegurados por programas sociais, como seguro-desemprego, entretanto, os níveis de satisfação não são, por tal parcela populacional satisfatórios. Além do que a própria manutenção destes programas sociais já gera, em si, um custo muito elevado para todos o sistema e aqueles que contribuem gerando, em si também problemas. Isto demonstra que o estabelecimento de uma média de padrão de vida ou de renda, por de ser falho em relação ao índice de satisfação e de desenvolvimento.

(...) o desemprego não é meramente uma deficiência de renda que pode ser compensada por transferência do Estado (a um pesado custo fiscal que pode ser, ele próprio, um ônus gravíssimo); é também uma fonte de efeitos debilitadores muito abrangentes sobre a liberdade, a iniciativa e as habilidades dos indivíduos.<sup>251</sup>

Nos Estados Unidos, segundo SEN<sup>252</sup>, país mais rico, a expectativa de vida de afro-americanos é menor do que a verificada nas populações de países cujas economias são inferiores economicamente, como na China e no Estado indiano de Kerala, do Sri Lanka, Costa Rica, Jamaica, o que também confirma que somente o critério de renda *per capita* não é suficiente para aquilatar o desenvolvimento.

PETTER enfatiza, destarte, por pertinentes serem narradas no momento, a existência de antigas idéias de que somente após crescer podem os Países distribuir renda e benefícios sociais, o que, para ele, retrata, outrossim, entendimento equivocado. Enfatiza este autor o acertamento de política governamental federal para buscar implementar estas políticas públicas, sobretudo na área da educação – o que não deixa de ter seus críticos - em consonância com o objetivo constitucional de redução de

---

<sup>251</sup> SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p.117.

<sup>252</sup> SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p.37.

desigualdades regionais e sociais. E que, para isto, deve-se implementar “soluções aplicáveis a cada seguimento social destinatário das políticas públicas”<sup>253</sup>.

Um outro detalhe que merece ser referido diz respeito ao velho dilema de que é preciso primeiro crescer para depois investir em educação, quando, de fato, dadas as diferenças decorrentes de economias de custos relativos entre regiões mais pobres e mais ricas, os custos relativos são mais baratos para os primeiros. Esta constatação tem enorme relevo no acertamento de políticas governamentais levadas a cabo pelo governo federal, eis que, não bastasse o território nacional ter dimensão continental, somem-se a este aspecto as enormes diferenças culturais e de níveis de renda e custo observáveis no cotejo de comparações regionais. Então, se, de um lado, as políticas públicas na seara econômica haverão de pautar-se para a redução das desigualdades regionais e sociais (inc.VII do art. 17 da Constituição Federal), em função mesmo destas diferenças, deverão ter soluções aplicáveis a cada segmento social destinatário destas mesmas políticas para que as chances de sucesso sejam maiores<sup>254</sup>.

Como assevera SEN, neste sentido, um País não precisa esperar até ficar rico para lançar-se a programas de melhor qualidade de vida, superando o crescimento em busca desta qualidade de vida. E a participação pública em determinadas áreas conduz a uma rápida realização da qualidade de vida.

(...) o sucesso do processo conduzido pelo custeio público realmente indica que um País não precisa esperar até vir a ser muito rico (durante o que pode ser um longo período de crescimento econômico) antes de lançar-se na rápida expansão da educação básica e dos serviços de saúde. A qualidade de vida pode ser em muito melhorada, a despeito dos baixos níveis de renda, mediante um programa adequado de serviços sociais. O fato de a educação e os serviços de saúde também serem produtivos para o aumento do crescimento econômico corrobora o argumento em favor de dar-se mais ênfase a essas disposições sociais nas economias pobres, sem ter de esperar “ficar rico” primeiro.

O processo conduzido pelo custeio público é uma receita para a rápida realização de uma qualidade de vida melhor, e isso tem grande importância para as políticas, mas permanece um excelente argumento para passar-se daí a realizações mais amplas que incluem o crescimento econômico e a elevação das características da qualidade de vida.

Por fim, busca PETTER investigar qual a correlação do conceito econômico de desenvolvimento – numa acepção mais ampla, normativa – com desenvolvimento como conceito da ordem jurídica – finalidade da ordem econômica: existência digna e justiça social.

---

<sup>253</sup> PETTER, Lafayette Josué. *Princípios Constitucionais da Ordem Econômica*. O significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p.95.

<sup>254</sup> PETTER, Lafayette Josué. *Princípios Constitucionais da Ordem Econômica*. O significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p.95.

E afirma ele, contextualizando SEN, que subdesenvolvimento é visto, então, como privação de liberdade e desenvolvimento é visto como um processo de eliminação de privações de liberdades e de ampliação das liberdades substantivas que diversas pessoas devam valorizar.

Identificar o problema como privação de capacidades, tem, então, as seguintes vantagens lecionadas por SEN:

- a) a abordagem concentra-se nas privações que são intrinsecamente importantes, ao invés de concentrar-se em rendas que são apenas *instrumentalmente* importantes;
- b) existem outras influências sobre a privação de capacidades e, portanto, sobre a pobreza real, além do baixo nível de renda; e
- c) a relação instrumental entre baixa renda e baixa capacidade é variável entre comunidades e até mesmo entre famílias e indivíduos, o que é importante quando examinam questões relativas a políticas públicas destinadas a reduzir a pobreza.<sup>255</sup>

Por isto, a resposta a indagação que busca saber qual a correlação entre desenvolvimento como entendido pela Economia e desenvolvimento como conceito jurídico –e Constitucional – é que deve-se atribuir à liberdade, na ótica seniana – substancialista e integral – um caráter avaliatório do desenvolvimento e uma condição de eficácia deste mesmo desenvolvimento – na atribuição de maior liberdade de oportunidade (menor privação de capacidades) e não fundada apenas no fator renda *per capita*.

E conclui-se este capítulo com a assertiva de PETTER, que assevera expressamente que “uma economia saudável tem na aparição e desenvolvimento de micro e pequenas empresas um de seus mais fortes sustentáculos”. E que a mesma constatação de aparição e desenvolvimento de micro e pequenas empresas

é forte indício de que a liberdade de iniciativa econômica ali de fato encontrou o substancial substrato fático-jurídico-econômico, cujo indício de liberdade, como visto no capítulo 1, é mesmo razão avaliatória e instrumental de mais desenvolvimento, até numa concepção não econométrica do termo.<sup>256</sup>

<sup>255</sup> PETTER, Lafayette Josué. *Princípios Constitucionais da Ordem Econômica*. O significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p.96-97.

<sup>256</sup> PETTER, Lafayette Josué. *Princípios Constitucionais da Ordem Econômica*. O significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p.304.

A liberdade de iniciativa estabelecida, igualmente, na Constituição Federal brasileira de 1988, garante a livre concorrência como forma de alcançar um equilíbrio entre os grupos e o direito de estar no mercado também das empresas de porte reduzido.

(...) a Constituição Federal estabeleceu a liberdade de iniciativa econômica, garantindo a participação de todos no mercado, garante-se a liberdade de concorrência como forma de alcançar um equilíbrio entre os grandes grupos e um direito de estar no mercado também para as pequenas empresas. Não há aqui nenhuma espécie de preconceito quanto às empresas maiores, em muitas situações reflexo de trabalho e de dedicação ao longo de uma vida inteira.

Não se está diante de combate a grandes médias empresas, geradoras que são também de grande número de emprego, renda e receitas para o Estado, mas somente a ponderação valorativa tendente ao favorecimento das MPE, no mercado, sobretudo no acesso as contratações públicas, como fator de desenvolvimento, por representarem expressivo e relevante interesse social.

Retomando-se o que foi descrito no início deste capítulo do trabalho, evidencia-se, assim, o sentido legítimo de que o tratamento favorecido e diferenciado às ME e EPP não fere o princípio isonômico por todos os motivos expostos acima. E, por conseguinte, não viola o Princípio Republicano, pois este tratamento está enquadrado, outrossim, em atividade administrativa de fomento, e em necessária política pública de desenvolvimento, por ampliar substancialmente a liberdade, no interesse público, daqueles agentes econômicos basilares de uma economia equilibrada que está voltada a defender estas mesmas liberdades substanciais.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tratamento constitucional favorecido e diferenciado dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte, especialmente nas licitações públicas, foi o objeto de estudo deste trabalho.

É importante denotar que as empresas que compõem este segmento empresarial respondem por cerca de 69,9% dos empregos formais no Brasil, conforme dados do recente Anuário do SEBRAE nacional publicado em 2008.

As microempresas apresentaram crescimento de 44,9%, entre 1996 e 2002, no número de pessoas ocupadas. E as empresas de pequeno porte obtiveram o índice de 42,8% deste mesmo aumento, em igual período. E entre 2002 e 2006, houve entre as ME/EPP um acréscimo de mais 20,88% no número de empregados.

Existindo uma proporção tão expressiva de trabalho neste segmento empresarial, relevante também deve ser a importância que o ordenamento jurídico deve conferir a ele, levando-se em consideração o potencial dinamizador na economia, especialmente no emprego, e respectivamente na renda.

As compras governamentais são realizadas em patamares de valores elevados para satisfazer as contratações administrativas. Estima-se que, considerando as três esferas governamentais, a participação percentual das MPE nas compras governamentais é estimada em cerca de 17% dos gastos públicos, ou cerca de R\$ 44 bilhões de reais, segundo dados do SEBRAE São Paulo, divulgados no primeiro capítulo do texto, em um universo de cerca de 259 bilhões utilizados pelo Poder Público para licitar obras, compras e serviços. Mas a expectativa das instituições de apoio as MPE é que tal percentual possa ser ainda mais significativo, em razão de sua relevância econômica e social.

Com o fomento normativo e administrativo, é que tal participação poderia atingir 30% do volume das contratações, o que majoraria a participação total das MPE para cerca de R\$ 78 bilhões por ano, segundo dados do próprio SEBRAE São Paulo divulgados no capítulo inicial.

O direito comparado, ao cabo do capítulo inaugural, demonstra a importância e a relevância com que o tema é tratado. No Japão, o estudo histórico demonstrou, que a política governamental é também exercida fortemente para beneficiar o setor que representa geração de emprego, estabilização e desenvolvimento social e

econômico. Nos Estados Unidos, a legislação igualmente foi estabelecida à longos anos protegendo a empresa nacional. E mesmo com a abertura para o comércio internacional, em razão de Tratados e Acordos de comércio permanecem sendo, legitimamente, protegidas as empresas de menor porte.

A pesquisa demonstrou que os Estados Unidos da América têm uma das mais avançadas legislações de proteção às empresas de porte reduzido, tanto nas licitações quanto em diversas áreas, tais como, o fomento à exportação, o incentivo à competitividade contra as importações e às ações afirmativas para negócios conduzidos por pessoas em alguma desvantagem econômica.

Quanto às compras governamentais, a pesquisa igualmente demonstrou que média das contratações atinge o percentual de 23%, e no ano de 2007, atingiu 31% das contratações administrativas.

O regulamento norte-americano (FAR) é no sentido de que as aquisições de bens e serviços de valor estabelecido entre U\$\$ 2.500,00 e U\$\$ 100.000,00 são destinadas, em regra, para as empresas de porte reduzido, em todas as denominadas agências do governo. Acima deste valor, as agências, podem ainda por decisão fundamentada, também destinar as contratações exclusivamente para empresas do segmento, e caso, não tenham as empresas de porte reduzido condições de executar a contratação, têm reservado parte da contratação.

Há ainda o estabelecimento de percentuais em grandes contratações, acima de 500 mil ou 1 milhão de dólares para pequenas empresas, tendo a empresa de maior porte que se submeter a disputa, obrigação de indicar e subcontratar empresas menores; Há aprovação do plano de fiscalização determinado pela Lei de pequenos negócios e esta fiscalização de seu cumprimento detém razoáveis multas para os infratores e há incentivos monetários se as participantes ultrapassarem o limite mínimo de tais subcontratações exigidas.

Ainda há a adoção de medidas de desigualização para assegurar a igualdade de oportunidades. Este é o quadro geral da legislação norte-americana, diante da relevante importância que se tem na conjuntura e ordem econômica às pequenas empresas. Tal legislação do direito comparado influenciou a normatização brasileira, de forma significativa, podendo, ainda haver ajustes, ao final sugeridos.

A par disto, o trabalho buscou enfatizar a vigente legislação brasileira acerca do tema. Trata-se da Lei complementar 123/06, que trata do Estatuto da microempresa e da empresa de pequeno porte. O Estatuto estabelece normas em diversas áreas de

interesse jurídico, a exemplo das áreas tributária, administrativa, creditícia, trabalhista, processual, previdenciária e outras.

O trabalho concentrou-se, então, na área administrativa, especialmente, no tocante ao acesso ao mercado, por meio das aquisições públicas.

As licitações, destarte foram tratadas. O tratamento favorecido conferido, então, as MPE foi analisado, buscando descrever a riqueza de detalhes que permeia a matéria. E do referido estudo se verificou que realmente a Constituição política e constituição econômica se interrelacionam e se integram

Resumidamente, são benefícios que a lei confere as MPE nos processos licitatórios os dispostos entre os artigos 42 e 49, à exclusão do disposto no artigo 46, que trata de questão relativa ao crédito.

O benefício da prova diferida da regularidade fiscal demonstrou que correlaciona-se a evidente benefício administrativo concedido as MPE para que as mesmas possam participar dos certames, mesmo com alguma restrição de natureza fiscal, o que não é possível a outros segmentos empresariais e, em caso, de êxito na licitação, terão de demonstrar a regularidade até o decurso do prazo legalmente concedido de 2(dois) dias úteis, prorrogáveis por até mais 2(dois), o que é disciplinado pelo artigo 42 e 43 da LC 123/06.

O benefício de preferência na contratação diz respeito ao legal critério de empate ficto estabelecido, e o correspondente desempate. A pesquisa verificou que a maior parte dos certames licitatórios ocorre com êxito entre as propostas que divergem cerca de 10% da vencedora. E diante de quadro de desvantagem a que estavam submetidas as MPE, a lei também estabeleceu que se estas não fossem a vencedora e apresentassem proposta em valor até 10% superior ao valor da melhor classificada nos procedimentos regidos pela Lei geral das licitações ou de 5% no procedimentos de pregão, teriam a possibilidade do exercício do direito de preferência, oportunizando ofertar nova proposta, mais vantajosa e que se sobrepujasse a proposta da empresa não enquadrada como ME ou EPP. Tais regras estão dispostas entre os artigos 44 e 45 da Lei complementar aludida.

Outrossim, a lei brasileira estabelece também licitações diferenciadas para micro e pequenas empresas com a) licitações exclusivas para ME ou EPP de valores até R\$ 80.000,00, b) licitações com exigências de subcontratações de até 30% do total licitado de MPE, ou c) licitações em que se estabeleça cota de até 25% do objeto para micro e pequenas empresas, em certames de natureza divisível; disciplinando que o

valor licitado através desta denominadas licitações diferenciadas para MPE não podem superar o percentual de 25% dos valores empregados em cada ano civil. E determina que tais regras entre seus artigos 47 e 49, estabelecendo que as esferas governamentais regularão o disposto neste artigo em suas legislações próprias, objetivando a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica.

A doutrina diverge, quanto a este último tratamento diferenciado presente entre os artigos 47 e 49 da lei complementar, alegando inclusive inconstitucionalidade do dispositivo diante do ferimento ao princípio da isonomia e ao princípio republicano. Quanto a este último a doutrina descontente entende ser este tratamento prejudicial aos cofres públicos e, portanto, ao princípio Republicano. Os dois argumentos, decerto, são utilizados, em menor escala para atacar a todo o favorecimento administrativo da LC 123/06 nas licitações.

No Brasil, existe dentro da ordem constitucional a previsão da definição de pequeno valor para as Fazendas Públicas, Federal, Estadual e Municipal, no disposto pelo artigo 100 da CF/88 e artigo 87 do ADCT, em 60 salários mínimos vigentes para a União, 40 para os Estados e 30 para os Municípios. Em razão de realidade brasileira, e de favorecer a aplicação mais eficaz - mesmo sabendo-se que delongas não deveriam ocorrer -, da norma, poder-se-ia estabelecer, a título de implementação legislativa sugerida a manutenção do estabelecido para as licitações diferenciadas exclusivas, alterando-se apenas o seu valor para, reduzindo-o ao respectivo valor atribuído à Fazenda Pública como pequeno valor, estimular a sua prática constatação na Administração Pública, e ainda garantir favoráveis procedimentos licitatórios para as MPE.

O sistema jurídico brasileiro já detém inúmeros instrumentos de controle administrativo, e os abusos porventura cometidos podem ser apurados e punidos, do modo que o sistema já definiu para o controle da Administração Pública. Sugestão se faz, então, é a realização de alteração legislativa, suprimindo-se ou alterando-se, com a devida adequação, o disposto no § 2º do artigo 48, e dos incisos I e III do art. 49, além de sugerir a devida busca estatal, das três esferas federativas e de todos aqueles que têm o dever de licitar, pela implementação da lei complementar quanto ao tratamento favorecido nas licitações tanto dos benefícios dos artigos 42 a 45, quanto das licitações diferenciadas descritas nos artigos 47 e 48.

O entendimento de inconstitucionalidade da LC 123/06 quanto ao disposto nos artigos 47 a 49 não é o entendimento encontrado neste trabalho. Em razão da insurgência buscou-se uma pesquisa de campo e a doutrina, no que foi infirmado, diminuída a eficácia, deste entendimento.

A pesquisa de campo analisou licitações no âmbito administrativo do SEBRAE, no Estado da Paraíba, e após coleta e análise dos dados, foram extraídas assertivas. Das licitações realizadas, durante o ano de 2009, do SEBRAE, Paraíba, foram realizadas 07 licitações na modalidade que representa valores mais elevados, a concorrência, e 17, na modalidade convite, igualmente com valores consideráveis tendo em vista os valores dispostos regulamento próprio do SEBRAE constante dos Anexos deste trabalho.

Sendo assim, nas licitações da modalidade concorrência em que participaram ME e/ou EPP e outras empresas, as empresas enquadradas conseguiu vitória com propostas mais vantajosas em 75% dos certames.

E nos convites, o mesmo quadro se repetiu, no percentual de 70%, sobre os itens de licitações em que participaram MPE. O que demonstra excelente vantagem oferecida de forma econômica na participação destas empresas nas aquisições pelas licitações e por outro lado, obtiveram também razoável participação no contexto de todas as licitações realizadas pelo SEBRAE, tomado apenas como objeto de uma pesquisa de campo.

Acaso houver, o que se reputa mínima ocorrência, a teor de futura conformação, problemas nas execuções contratuais, em especial em algumas contratações de obras públicas, e o que merece mais aprofundamento do estudo do tema pela doutrina, trata-se de problema não de ordem da licitação, mas de cumprimento e controle do contrato administrativo realizado e vigente, impondo-se a fiscalização, e imposição das sanções previstas na lei e nos instrumentos convocatórios, mas que por isto não se pode deixar de afirmar a elevada qualidade de um modo geral das participações e das contratações de MPE e sua função social e desenvolvimentista no contexto brasileiro e internacional.

Por outro lado, o princípio isonômico foi estudado. A isonomia além de tratar do tratamento igual para os iguais, e desigual para os desiguais, afirmação esta já muito conhecida, também expressa conteúdo jurídico relevante a ser estudado.

A pesquisa, então, demonstrou que há ofensa ao princípio da isonomia se a norma impõe um destinatário individualizado único, determinado, sem que haja

possibilidade de reprodução da hipótese, se a norma adotada com critérios de desequiparação não tem este critério baseado exclusivamente nas pessoas, fatos, e situações, mas adota outros fatores impossíveis de serem por si tomados como critérios legítimos de diferenciação, como, por exemplo o “tempo”; se a norma não guarda relação de pertinência, ou de conexão, dentre o fator de *discrímen* e a disparidade de regimes; se a norma contém conexão entre os dois fatores (de *discrímen* e de diferenciação), mas não atendem aos valores constitucionais existentes; e se a interpretação da norma extrai dela *discrímens* e desequiparações extravagantes ao que a própria norma se propôs expressamente.

Como visto, as normas que atribuem o favorecimento e tratamento diferenciado às MPE não são individualizadoras, não se destinam apenas a um indivíduo ou pequeno grupo de indivíduos, mas a um contexto de empresas, que representam cerca de 99% das empresas da indústria, comércio e serviços no País segundo os dados fornecidos por pesquisa do SEBRAE São Paulo, já transcrita acima. Tais normas além, disto, não conduzirem a uma só empresa, também seu tratamento é reproduzível a quaisquer ações-tipo, de forma abstrata, e as normas referidas têm seu foco nas próprias micro e pequenas empresas. Ademais, pode ser descrito que a norma favorecedora guarda correlação de conexão entre o fator de *discrímen* (ser ME ou EPP) e a diferenciação posta, pois beneficia grande número de empresas que geram emprego e renda a cerca de 69,9% da mão de obra formalmente empregada brasileira, o que fora igualmente constatado. E, por fim, a norma prestigia, expressamente, valor disposto na norma Constitucional brasileira. E não se fazendo interpretação extensiva da norma favorecedora em desencontro com o que a própria norma prevê.

A liberdade substancial aplicada as microempresas e empresas de pequeno porte deve ser assegurada, garantindo-se maior ou mais justa participação destas no largo mercado das contratações públicas. Isto porque o direcionamento e favorecimentos dos gastos públicos, que impreterivelmente já fossem necessários serem dependidos pelo Estado, devem obrigatoriamente empreender o interesse público primário, qual seja, o próprio interesse social na sua utilização imediata.

Dentro deste contexto, estará sendo realizado o interesse público primário pela maior contratação de microempresas e empresas de pequeno porte, que, em termos gerais, além de mostrar-se um fator vantajoso economicamente, socialmente tem maior relevância reconhecida. Diante dos números relacionados ao emprego apresentados pelas MPE e diante da busca da concretização da valorização do trabalho humano, da

dignidade e da justiça social a ser implementada pela ordem econômica estatal, aponta-se o favorecimento as MPE como política pública. O Estado, sem contratar diretamente para seus quadros, gera na relevante valorização da isonomia e da liberdade de iniciativa o estímulo à distribuição de trabalho, renda e dinamização econômica e social privada.

Subdesenvolvimento, de acordo com a pesquisa, é visto, como privação de liberdade e desenvolvimento é visto como um processo de eliminação de privações de liberdades e de ampliação das liberdades substantivas que pessoas devam valorizar.

O favorecimento administrativo nas licitações, portanto, constitui-se em atividade administrativa de fomento, e de priorização do desenvolvimento, por ampliar substancialmente a liberdade, no interesse público, daqueles agentes econômicos basilares de uma economia equilibrada que está voltada a defender estas mesmas liberdades substanciais da sociedade, e constitui necessária política pública de desenvolvimento, a ser ainda mais implementada no Brasil.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008.

ÁVILLA, Humberto. Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. O conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

\_\_\_\_\_, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BERCOVICI, Gilberto, Constituição Econômica e Desenvolvimento. São Paulo: Malheiros, 2005.p. 09.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Consultado em: 14 Mar. 2010.

\_\_\_\_\_. Constituição (1937). Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm)>. Consultado em 14 Mar.2010.

\_\_\_\_\_. Constituição (1946). Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm)>. Consultado em 14 Mar.2010.

\_\_\_\_\_. Constituição (1967). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm)>. Consultado em 14 Mar.2010.

\_\_\_\_\_. Emenda Constitucional 01 (1969). Emenda Constitucional 01. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc\\_antecedente1988/emc01-69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_antecedente1988/emc01-69.htm)>. Consultado em 14 Mar.2010.

\_\_\_\_\_. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm)>. Consultado em: 27 Abr. 2010.

\_\_\_\_\_. Lei Complementar 123/06. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/LCP/Lcp123.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp123.htm)>. Consultado em: 27 Abr. 2010.

\_\_\_\_\_, Decreto no. 6.204 de 5 de setembro de 2007. Regulamenta o tratamento favorecido, diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte nas contratações públicas de bens, serviços e obras, no âmbito da administração pública federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6204.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6204.htm)>. Consultado em: 27 Abr. 2010.

\_\_\_\_\_. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm)>. Consultado em: 27 Abr. 2010.

BERCOVICI, Gilberto. Constituição Econômica e Desenvolvimento. Uma leitura a partir da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005.

BONFIM, Thiago Rodrigues de Pontes. Os Princípios Constitucionais e sua força normativa. Análise da prática jurisprudencial. Salvador: JusPodium, 2008.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Direito Econômico. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005

GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GIDDENS, Anthony. A Terceira via. Rio de Janeiro: Record, 1999. p. 24.

GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988, 9ª ed., Malheiros Editores, São Paulo, 2007.

\_\_\_\_\_, Eros Roberto. Licitação e Contrato administrativo. Estudos sobre a interpretação da Lei. São Paulo: Malheiros, 1995

IIDA, Itiro. Pequena e Média Empresa no Japão. Rio de Janeiro: Brasiliense, Brasília: CNPq, 1984.

JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos administrativos. 13ª ed. São Paulo: Dialética, 2009.

\_\_\_\_\_, Marçal. O Estatuto da microempresa e as licitações públicas. 2ª ed. São Paulo: Dialética, 2009.

MAMEDE, Gladson, SEGUNDO, Hugo de Brito Machado, NOHARA, Irene Patrícia e MARTINS, Sergio Pinto. Comentários ao Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte. São Paulo: Atlas, 2007.

MELLO, Célia Cunha. O fomento da Administração Pública. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2003

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. Eficácia nas Licitações e Contratos. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. Políticas Públicas nas Licitações e Contratações Administrativas. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

PETTER, Lafayete Josué. *Princípios Constitucionais da Ordem Econômica: o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SANTANA, Jair e GUIMARÃES, Edgar. *Licitações e o novo estatuto da pequena e microempresa: reflexos práticos da LC no. 123/06*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

SANTOS, José Anacleto Abduch. *Licitações e o Estatuto da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte*. Curitiba: Juruá, 2008.

SEBRAE/Nacional, DIEESE, Anuário da micro e pequena empresa. 2008 Disponível em: [http://www.biblioteca.sebrae.com.br/bds/BDS.nsf/572C3CE47D9997DC83257486004E858E/\\$File/NT00038B0A.pdf](http://www.biblioteca.sebrae.com.br/bds/BDS.nsf/572C3CE47D9997DC83257486004E858E/$File/NT00038B0A.pdf).

\_\_\_\_\_, São Paulo. Disponível em: [http://leigeral.sp.sebrae.com.br/publicacoes/apresentacao\\_lei\\_geral\\_supersimples.pdf](http://leigeral.sp.sebrae.com.br/publicacoes/apresentacao_lei_geral_supersimples.pdf).

\_\_\_\_\_, Resolução no. 54, de 18 de outubro de 2001 constituiu-se no regulamento de Licitações e Contratos do Sistema SEBRAE de âmbito nacional.

\_\_\_\_\_, Resolução no. 138, de 31 de março de 2006.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000

SILVA, Américo Luís Martins da. *A Ordem Constitucional Econômica*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras Linhas de Direito Econômico*. 4ª ed. São Paulo: LTr, 1999.

SOUTO, Marcos Juruena Villela, *Direito Administrativo da Economia*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

TAVARES, André Ramos. Direito constitucional econômico. 2ª ed. São Paulo: Método, 2006.

VENANCIO FILHO, Alberto. A Intervenção do Estado no Domínio Econômico: o direito público econômico no Brasil. Ed. Fac-similar. Rio de Janeiro: Renovar, 1998

VITA, Álvaro de. A justiça igualitária e seus críticos. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

## **ANEXOS**

**ANEXO A.**

**TABELAS DO ANUÁRIO DA MICRO E PEQUENA EMPRESA 2008  
– SEBRAE NACIONAL**

**ANEXO A.**

Tabelas Informadas pelo SEBRAE Nacional – Parte integrante do Anuário da Micro e Pequena Empresa 2008.

T01.

Evolução da distribuição dos estabelecimentos, por porte Brasil, 2002-2006 (em %)							
Ano	Micro Pequena			Média	Grande	Total	Total (n° absolutos)
	Micro	Pequena	Total				
2002	84,4	13,2	97,6	1,5	0,9	100,0	1.905.912
2003	84,3	13,3	97,6	1,5	0,9	100,0	1.963.674
2004	83,9	13,6	97,6	1,5	0,9	100,0	2.054.841
2005	83,7	13,8	97,5	1,6	0,9	100,0	2.148.906
2006	83,6	13,9	97,5	1,6	0,9	100,0	2.241.071

Fonte: MTE. Rais

Elaboração: DIEESE

Obs.: Inclui apenas os estabelecimentos com empregados

T02.

Numero de estabelecimentos com ou sem empregados, por setor de atividade- Brasil e Grandes Regiões-2006						
Brasil e Grandes Regiões	COMÉRCIO			SERVIÇOS		
	Com empregados	Sem empregados	Total	Com empregados	Sem empregados	Total
Norte	38.846	72.660	111.506	25.559	47.138	72.697
Nordeste	163.423	331.259	494.502	119.360	226.703	346.063
Sudeste	501.508	858.363	1.359.871	482.928	861.304	1.344.232
Sul	216.757	439.948	656.705	184.051	361.578	545.629
Centro-Oeste	79.851	131.161	211.012	64.712	95.694	160.406
BRASIL	1.000.205	1.833.391	2.833.596	876.610	1.592.417	2.469.027

	INDÚSTRIA			CONSTRUÇÃO		
Norte	8.756	11.005	19.761	3.393	4.482	7.875
Nordeste	35.140	42.870	78.010	12.406	14.509	26.915
Sudeste	143.785	151.420	295.205	37.886	39.974	77.860
Sul	82.120	92.393	174.513	16.964	21.964	38.928
Centro-Oeste	18.158	22.444	40.602	5.648	5.116	10.764
BRASIL	287959	320.132	608.091	76297	86.045	162.342

T03.

Distribuição do saldo anual de empregos no mercado formal de trabalho por setor de atividade, segundo porte do estabelecimento – Brasil 2007							
Setor	Micro e Pequena			Média	Grande	Total	
	Micro	Pequena	Total			%	N° absoluto
Comércio	83,1	2,1	85,2	5,0	9,8	100,0	405.091
Serviços	56,7	6,1	62,8	5,2	32,0	100,0	587.103
Indústria	43,2	11,2	54,4	17,9	27,7	100,0	412.098
Construção	86,8	8,1	94,9	2,4	2,7	100,0	176.755
TOTAL	63,3	6,6	69,9	8,1	21,9	100,0	1.581.047

Fonte: MTE. Caged

Elaboração: DIEESE

**ANEXO B.**

**INSTRUMENTOS CONVOCATÓRIOS DE CONCORRÊNCIA E DE CONVITE  
DO SEBRAE - PARAÍBA**

**ANEXO C.**

**RESOLUÇÃO SEBRAE Nº 54, 18 DE OUTUBRO DE 2001.**

## ANEXO C.

### RESOLUÇÃO Nº 54, 18 DE OUTUBRO DE 2001.



#### REGULAMENTO DE LICITAÇÕES E CONTRATOS DO SISTEMA SEBRAE SERVIÇO BRASILEIRO DE APOIO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS - SEBRAE

RESOLUÇÃO CDN N.º 54, DE 18 DE OUTUBRO DE 2001

Aprova alterações no Regulamento de Licitações e de Contratos do Sistema SEBRAE e dá outras providências.

O Presidente do Conselho Deliberativo Nacional do Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas - SEBRAE, no uso das atribuições que lhe são conferidas pelo art. 23, inciso II, do Estatuto Social, considerando a proposta apresentada pela Diretoria Executiva; considerando a deliberação unânime do órgão na reunião de 18 de outubro de 2001,

Considerando que, mediante Comunicação ao Plenário do Tribunal de Contas da União (TCU), em Sessão 11.06.97, o eminente Ministro daquela Corte, Adhemar Paladini Ghisi abriu ao "Sistema S" (SESI, SENAI, SENAC, SESC, SEST, SENAT, SENAR E SEBRAE) a oportunidade de entendimentos buscando tratamento adequado às questões surgidas na relação fiscalizador (TCU) e fiscalizado ("Sistema S"), uma vez reconhecida a atipicidade e relevante função dos serviços sociais autônomos;

Considerando que, em Sessão Plenária de 22.10.97 o ilustre Ministro Lincoln Magalhães da Rocha comunicou àquele Tribunal que em Reunião realizada no dia 10 do mesmo mês com representantes do "Sistema S", das CISETs do Ministério da Indústria, Comércio e Turismo e do Ministério do Trabalho, havia sido firmado o entendimento de que seria constituído um Grupo do "Sistema S" com o propósito de apresentar um regulamento comum de licitações e contratos a ser oportunamente submetido ao Plenário do Tribunal de Contas da União;

Considerando que o Egrégio Tribunal de Contas da União, através da Decisão n.º 907/97-Plenário, em 11.12.97 (D.O.U. de 26.12.97), firmou o entendimento de que os serviços sociais autônomos não estão sujeitos aos estritos procedimentos da Lei n.º 8.666/93 e sim aos seus regulamentos próprios devidamente publicados;

Considerando que em Sessão de 23.03.98 o Exmo.Sr. Ministro Lincoln Magalhães da Rocha comunicou ao Tribunal que havia recebido a minuta do regulamento elaborado pelo "Sistema S" e que o estava submetendo a um Grupo de Trabalho formado por servidores daquele Tribunal, lotados na 6ª SECEX, 7ª SECEX e SAUDI;

Considerando que, feitas as adequações sugeridas pelo Grupo de Trabalho do TCU, "ocorreu nova reunião, com a participação de integrantes do "Sistema S", onde consolidou-se uma Minuta de Regulamento de Licitações", conforme registrado pelo Sr. Ministro Lincoln Magalhães da Rocha no item 5 do seu VOTO referente à Decisão a seguir mencionada;

Considerando que a minuta de Regulamento de Licitações e Contratos foi submetida àquela Colenda Corte de Contas, em Sessão de 22.07.98 (Decisão n.º 461/98-TCU-Plenário), através do processo TC-001.620/98-3, relatado pelo Sr. Ministro Lincoln Magalhães de Rocha, tendo o Tribunal "recebido a minuta de regulamento", integralmente transcrita no Relatório daquele

eminente Ministro, publicado no D.O.U de 07.08.98, e ratificado o entendimento objeto da citada Decisão n.º 907/97;

Considerando que as 02 (duas) sugestões oferecidas pelo eminente Relator do Processo TC-001.620/98-3, constantes de seu Voto, foram inseridas de imediato no Regulamento, aperfeiçoando-o;

Considerando, ainda, os recentes aprimoramentos sugeridos pelo Grupo de Trabalho do "Sistema S", em especial os referentes à nova modalidade de licitação denominada pregão, bem como os decorrentes de orientações emanadas do TCU; e

Considerando finalmente que o Regulamento, com os referidos aperfeiçoamentos, foi objeto de comunicação feita ao Plenário do TCU, pelo Sr. Ministro Lincoln Magalhães da Rocha, em Sessão realizada em 01.08.2001 (D.O.U de 13.08.2001);

RESOLVE:

1. Aprovar o novo texto com as alterações do Regulamento de Licitações e Contratos do Sistema SEBRAE;
2. Determinar à Diretoria Executiva do SEBRAE que providencie a publicação integral do Regulamento no Diário Oficial da União;
3. Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário, em especial a Resolução CDN n.º 39, de 27 de agosto de 1998.

Brasília - DF, 18 de outubro de 2001

CARLOS EDUARDO MOREIRA FERREIRA  
Presidente do Conselho Deliberativo Nacional

**CONSELHO DELIBERATIVO NACIONAL**  
**REGULAMENTO DE LICITAÇÕES E DE CONTRATOS DO SISTEMA SEBRAE**  
(RESOLUÇÃO CDN N.º 69, DE 22 DE AGOSTO DE 2002)

Aprova alterações no Regulamento de Licitações e de Contratos do Sistema SEBRAE e dá outras providências.

O PRESIDENTE DO CONSELHO DELIBERATIVO NACIONAL DO SERVIÇO BRASILEIRO DE APOIO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS - SEBRAE, no uso das atribuições que lhe são conferidas pelo art. 23, inciso II, do Estatuto Social, considerando a proposta da Diretoria Executiva, objeto da Resolução DIREX nº 2306/02, o disposto no art. 36 do Regulamento de Licitações e de Contratos do Sistema SEBRAE, o voto do Conselheiro Relator, Dr. Roberto Nogueira Ferreira (CNC), e a deliberação unânime do órgão na reunião de 22 de agosto de 2002;

Considerando que a dinâmica dos processos administrativos de compra de bens e contratações de serviços requer constantes aperfeiçoamentos na busca de maior eficiência e eficácia dos procedimentos;

Considerando o consenso das entidades integrantes do Sistema "S" em inserir modificações no Regulamento de Licitações e de Contratos, que visem atualizar os valores limites definidores das várias modalidades de licitação e dispensa que foram fixados há quatro anos e se permaneceram inalterados neste período,

RESOLVE:

1. Aprovar a alteração dos incisos I, II e III do art. 6º do Regulamento de Licitações e de Contratos do Sistema SEBRAE, que passam a ter a seguinte redação:

"Art. 6º ...

I - para obras e serviços de engenharia:

- a) Dispensa - até R\$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil reais);
- b) Convite - até R\$ 600.000,00 (seiscentos mil reais);
- c) Concorrência - acima de R\$ 600.000,00 (seiscentos mil reais);

II - para compras e demais serviços:

- a) Dispensa – até R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais);
- b) Convite – até R\$ 225.000,00 (duzentos e vinte e cinco mil reais);
- c) Concorrência –acima de R\$ 225.000,00 (duzentos e vinte e cinco mil reais);

III - para as alienações de bens, sempre precedidas de avaliação:

- a) Dispensa – até 25.000,00 (vinte e cinco mil reais);
- b) Leilão ou Concorrência – dispensável nesta, a fase de habilitação – acima de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais)".

2. Determinar à Diretoria Executiva que providencie sua publicação no Diário Oficial da União.

3. Determinar que esta Resolução entre em vigor em 2 de setembro de 2002.

Brasília-DF, 22 de agosto de 2002

CARLOS EDUARDO MOREIRA FERREIRA  
Presidente do Conselho Deliberativo Nacional

## REGULAMENTO DE LICITAÇÕES E DE CONTRATOS DO SISTEMA SEBRAE

Resolução CDN nº 54, de 18 de outubro de 2001. Publicada do D. O. U. de nº 206 – Seção 3, sexta-feira, 26 de outubro de 2001, alterada pela Resolução CDN nº 69/2002, de 22 de agosto de 2002, publicada no D. O. U. de nº 170, terça-feira, 3 de setembro de 2002.

### CAPÍTULO I DOS PRINCÍPIOS

Art. 1º. As contratações de obras, serviços, compras e alienações do sistema SEBRAE serão necessariamente precedidas de licitação, obedecidas as disposições deste Regulamento.

Art. 2º. A licitação destina-se a selecionar a proposta mais vantajosa para o sistema SEBRAE e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhe são correlatos, inadmitindo-se critérios que frustrem seu caráter competitivo.

Art. 3º. A licitação não será sigilosa, sendo acessíveis ao público os atos de seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo das propostas até a respectiva abertura.

### CAPÍTULO II DAS DEFINIÇÕES

Art. 4º. Para os fins deste Regulamento, considera-se:

I) **OBRA E SERVIÇO DE ENGENHARIA** – toda construção, reforma, recuperação, ampliação e demais atividades que envolvam as atribuições privativas dos profissionais das áreas de engenharia e arquitetura;

II) **DEMAIS SERVIÇOS** – aqueles não compreendidos no inciso I deste artigo;

III) **COMPRA** – toda aquisição remunerada de bem para fornecimento de uma só vez ou parceladamente;

IV) **COMISSÃO DE LICITAÇÃO** – colegiado permanente ou especial, composto de pelo menos 3 (três) integrantes formalmente designados, com a função, dentre outras, de receber, examinar e julgar todos os documentos e procedimentos relativos às licitações;

V) **HOMOLOGAÇÃO** – o ato pelo qual a autoridade competente, após verificar a regularidade dos atos praticados pela comissão, ratifica o resultado da licitação;

VI) **ADJUDICAÇÃO** – o ato pelo qual a autoridade competente atribui ao interessado o direito de executar o objeto a ser contratado.

### CAPÍTULO III DAS MODALIDADES, LIMITES E TIPOS

Art. 5º. São modalidades de licitação:

I) **CONCORRÊNCIA** – modalidade de licitação na qual será admitida a participação de qualquer interessado que, na fase de habilitação, comprove possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no instrumento convocatório para execução de seu objeto;

II) **CONVITE** – modalidade de licitação entre interessados do ramo pertinente ao seu objeto, escolhidos e convidados em número mínimo de 5 (cinco), com antecedência mínima de 2 (dois) dias úteis, cujo instrumento convocatório será afixado em local apropriado, com a finalidade de possibilitar a participação de outros interessados;

III) **CONCURSO** – modalidade de licitação entre quaisquer interessados para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores;

IV) **LEILÃO** – modalidade de licitação entre quaisquer interessados, para a venda de bens, a quem oferecer maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação.

V) **PREGÃO** – modalidade de licitação para aquisição de bens e serviços, qualquer que seja o valor estimado da contratação, em que a disputa pelo fornecimento é feita por meio de

propostas escritas e lances verbais em sessão pública, vedada sua utilização para a contratação de obras e serviços de engenharia.

§ 1º. As modalidades de que tratam os incisos I, III, IV e V, terão os avisos contendo os resumos dos instrumentos convocatórios e indicação do local onde os interessados poderão ler e obter os textos integrais, publicados em jornal diário de grande circulação local e/ou nacional ou na imprensa oficial da União, de modo a ampliar a área de competição, com antecedência mínima de 15 (quinze) dias, para as modalidades previstas nos incisos I, III e IV e de 8 (oito) dias para a modalidade prevista no inciso V, ficando a critério do Sistema "S" estender este prazo quando a complexidade do objeto assim o exigir.

§ 2º. A validade da licitação não ficará comprometida nos seguintes casos:

I) na modalidade de convite:

- a) pela não apresentação de no mínimo 5 (cinco) propostas;
- b) pela impossibilidade de convidar o número mínimo previsto para a modalidade em face da inexistência de possíveis interessados na praça.

II) na modalidade por pregão, se inviabilizada a fase de lances verbais, em razão da apresentação e/ou classificação de apenas uma proposta escrita.

§ 3º. As hipóteses dos incisos I e II do parágrafo anterior, deverão, para ter validade, ser justificadas pela comissão de licitação, inclusive quanto ao preço, e ser ratificadas pela autoridade competente.

Art. 6º. São limites para as dispensas e para as modalidades de licitação:

I) para obras e serviços de engenharia:

- a) **DISPENSA** – até R\$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil reais);
- b) **CONVITE** – até R\$ 600.000,00 (seiscentos mil reais);
- c) **CONCORRÊNCIA** – acima de R\$ 600.000,00 (seiscentos mil reais).

II) para compras e demais serviços:

- a) **DISPENSA** – até R\$ até R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais);
- b) **CONVITE** – até R\$ 225.000,00 (duzentos e vinte e cinco mil reais);
- c) **CONCORRÊNCIA** – acima de R\$ 225.000,00 (duzentos e vinte e cinco mil reais).

III) para as alienações de bens, sempre precedidas de avaliação:

- a) **DISPENSA** – até 25.000,00 (vinte e cinco mil reais);
- b) **LEILÃO OU CONCORRÊNCIA**, dispensável nesta, a fase de habilitação – acima de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais).

Art. 7º. O parcelamento de obras, serviços e compras não ensejará a dispensa de licitação por valor, exceto quando o somatório das parcelas não ultrapassar o limite estabelecido nos incisos I "a" e II, alínea "a" do artigo precedente, nem descaracterizará a modalidade de licitação pertinente.

Art. 8º. Constituem tipos de licitação, exceto na modalidade de concurso:

I) a de menor preço;

II) a de técnica e preço;

III) a de maior lance ou oferta, nas hipóteses do inciso III, alínea "b" do art. 6º.

§ 1º. O tipo de licitação de técnica e preço será utilizado preferencialmente para contratações que envolvam natureza intelectual ou nas quais o fator preço não seja exclusivamente relevante, e, neste caso, desde que justificado tecnicamente.

§ 2º. Nas licitações de técnica e preço a classificação dos proponentes será feita de acordo com a média ponderada das valorizações das propostas técnicas e de preço, de acordo com os pesos estabelecidos no instrumento convocatório, que serão objetivos.

§ 3º. Nas licitações na modalidade Pregão só será admitido o tipo menor preço.

#### **CAPÍTULO IV DOS CASOS DE DISPENSA E INEXIGIBILIDADE**

Art. 9º. A licitação poderá ser dispensada:

- I) nas contratações até os valores previstos nos incisos I, alínea "a" e II, alínea "a" do art. 6º;
- II) nas alienações de bens até o valor previsto no inciso III, alínea "a" do art. 6º;
- III) quando não acudirem interessados à licitação, e esta não puder ser repetida sem prejuízo para o Sistema SEBRAE, mantidas, neste caso, as condições preestabelecidas;
- IV) nos casos de calamidade pública ou grave perturbação da ordem pública;

V) nos casos de emergência, quando caracterizada a necessidade de atendimento a situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens;

VI) na aquisição, locação ou arrendamento de imóveis, sempre precedida de avaliação;

VII) na aquisição de gêneros alimentícios perecíveis, com base no preço do dia;

VIII) na contratação de entidade incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, científico ou tecnológico, desde que sem fins lucrativos;

IX) na contratação, com serviços Sociais Autônomos e com órgãos e entidades integrantes da Administração Pública, quando o objeto do contrato for compatível com as atividades finalísticas do contratado;

X) na aquisição de componentes ou peças necessários à manutenção de equipamentos durante o período de garantia técnica, junto a fornecedor original desses equipamentos, quando tal condição for indispensável para a vigência da garantia;

XI) nos casos de urgência para o atendimento de situações comprovadamente imprevistas ou imprevisíveis em tempo hábil para se realizar a licitação;

XII) na contratação de pessoas físicas ou jurídicas para ministrar cursos ou prestar serviços de instrutoria vinculados às atividades finalísticas do Sistema SEBRAE;

XIII) na contratação de serviços de manutenção em que seja pré-condição indispensável para a realização da proposta a desmontagem do equipamento;

XIV) na contratação de cursos abertos, destinados a treinamento e aperfeiçoamento dos empregados do Sistema SEBRAE;

XV) na venda de ações, que poderão ser negociadas em bolsas;

XVI) para aquisição ou restauração de obras de arte e objetos históricos, de autenticidade certificada, desde que compatíveis ou inerentes às finalidades da entidade;

XVII) na contratação de remanescente de obra, serviço ou fornecimento em consequência de rescisão contratual desde que atendida a ordem de classificação da licitação anterior e aceitas as mesmas condições oferecidas pelo licitante vencedor, inclusive quanto ao preço, devidamente corrigido.

Art. 10. A licitação será inexigível quando houver inviabilidade de competição, em especial:

I) na aquisição de materiais, equipamentos ou gêneros diretamente de produtor ou fornecedor exclusivo;

II) na contratação de serviços com empresa ou profissional de notória especialização, assim entendido aqueles cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica ou outros requisitos relacionados com sua atividade, permita inferir que o seu trabalho é o mais adequado à plena satisfação do objeto a ser contratado;

III) na contratação de profissional de qualquer setor artístico;

IV) na permuta ou dação em pagamento de bens, observada a avaliação atualizada;

V) na doação de bens;

VI) para a participação do Sistema SEBRAE em feiras, exposições, congressos, seminários e eventos em geral, relacionados com a sua atividade-fim.

Art. 11. As dispensas, salvo os casos previstos nos incisos I e II do art. 9º, ou as situações de inexigibilidade, serão circunstanciadamente justificadas pelo órgão responsável, inclusive quanto ao preço e ratificadas pela autoridade competente.

## **CAPÍTULO V DA HABILITAÇÃO**

Art. 12. Para a habilitação nas licitações poderá ser exigida dos interessados, no todo ou em parte, conforme se estabelecer no instrumento convocatório, documentação relativa a:

I) habilitação jurídica:

a) cédula de identidade;

b) registro comercial, no caso de empresa individual;

c) ato constitutivo, estatuto ou contrato social em vigor, devidamente registrado, em se tratando de sociedades comerciais, e, no caso de sociedades por ações, acompanhado de documentos de eleição de seus administradores;

d) inscrição do ato constitutivo, no caso de sociedades civis, acompanhada de prova de diretoria em exercício.

II) qualificação técnica:

- a) registro ou inscrição na entidade profissional competente;
- b) documentos comprobatórios de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação;
- c) comprovação de que recebeu os documentos e de que tomou conhecimento de todas as condições do instrumento convocatório;
- d) prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso.

III) qualificação econômica-financeira:

- a) balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, ou balanço de abertura no caso de empresa recém-constituída, que comprovem a situação financeira da empresa, através do cálculo de índices contábeis previstos no instrumento convocatório;
- b) certidão negativa de falência expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física;
- c) garantia de proposta, nas mesmas modalidades e critérios previstos no art. 26 deste Regulamento, que para o licitante vencedor será devolvida quando da assinatura do contrato;
- d) capital mínimo ou patrimônio líquido mínimo.

IV) regularidade fiscal:

- a) prova de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (CNPJ);
- b) prova de inscrição no cadastro de contribuintes estadual ou municipal, se houver, relativo ao domicílio ou sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual;
- c) prova de regularidade para com a fazenda federal, estadual e municipal do domicílio ou sede do licitante, na forma da lei;
- d) prova de regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, no cumprimento dos encargos instituídos por lei.

Parágrafo único. Para a habilitação nas licitações sob a modalidade de concorrência e na de pregão, nesta quando os valores estimados para a aquisição de bens e serviços forem iguais ou superiores àquele previsto art. 6 II, c, será sempre exigida a documentação a que se refere o inciso IV deste artigo.

## **CAPÍTULO VI DO PROCEDIMENTO, DA IMPUGNAÇÃO DO JULGAMENTO DAS PROPOSTAS E DOS RECURSOS**

Art. 13. O procedimento da licitação será iniciado com a solicitação formal da contratação, na qual serão definidos o objeto, a estimativa de seu valor e os recursos para atender à despesa, com conseqüente autorização e à qual serão juntados oportunamente todos os documentos pertinentes, a partir do instrumento convocatório, até o ato final de adjudicação.

§ 1º. Na definição do objeto não será admitida a indicação de características e especificações exclusivas ou marcas, salvo se justificada e ratificada pela autoridade competente.

§ 2º. O ato convocatório poderá ser impugnado, no todo ou em parte, até 2 (dois) dias úteis antes da data fixada para o recebimento das propostas. Não impugnado o ato convocatório, preclui toda matéria nele constante.

Art. 14. O procedimento licitatório será afeto a uma comissão de licitação, observando-se na modalidade Pregão o disposto nos arts. 20 a 23, e nas demais modalidades as seguintes fases:

- I) abertura, em dia e hora previamente designados, dos envelopes que contenham a documentação relativa à habilitação dos licitantes, com devolução aos inabilitados, de suas propostas fechadas de maneira inviolável, desde que não tenha havido recurso ou após sua denegação;
- II) abertura, em dia e hora previamente designados, dos envelopes contendo as propostas dos licitantes habilitados, verificando-se sua conformidade com os requisitos do edital, desclassificando-se aquelas que não os tenham atendido;
- III) julgamento das propostas classificadas, com a escolha daquela mais vantajosa para o Sistema SEBRAE, segundo os critérios estabelecidos no instrumento convocatório;
- IV) encaminhamento das conclusões da comissão de licitação à autoridade a que competir a homologação do resultado do julgamento e adjudicação do objeto ao licitante vencedor;
- V) comunicação do resultado conforme estabelecido no instrumento convocatório.

Art. 15. Dos resultados da fase de habilitação e do julgamento da licitação caberão recursos fundamentados, dirigidos à autoridade competente indicada no instrumento convocatório, por intermédio da comissão de licitação, por escrito, no prazo de 5 (cinco) dias úteis e, no caso de convite e pregão de 2 (dois) dias úteis, pelo licitante que se julgar prejudicado.

Art. 16. Os recursos serão julgados no prazo de até 10 (dez) dias, contados da data final para sua interposição, pela autoridade competente ou por quem esta delegar competência.

Art. 17. Os recursos terão efeito suspensivo, sendo que na modalidade de pregão somente aquele interposto contra a decisão que declarar o licitante vencedor.

Parágrafo único. O provimento de recursos pela autoridade competente importará na invalidação apenas dos atos insuscetíveis de aproveitamento.

Art. 18. As decisões referentes à habilitação, aos julgamentos e aos recursos serão comunicadas diretamente aos licitantes e lavradas em ata, se presentes seus prepostos no ato em que for adotada a decisão, ou por publicação numa das formas previstas no § 1º do art. 5º, ou ainda por outro meio formal.

Art. 19. Será facultado à comissão de licitação, desde que previsto no instrumento convocatório, inverter o procedimento, abrindo primeiramente as propostas, classificando os proponentes, e só então abrindo o envelope de habilitação do licitante classificado em primeiro lugar.

Parágrafo único. Se o licitante classificado em primeiro lugar for inabilitado e após julgados eventuais recursos interpostos, proceder-se-á a abertura dos envelopes de habilitação dos licitantes remanescentes, na ordem de classificação, obedecido o procedimento previsto neste artigo, para que o seguinte classificado que preencha as condições de habilitação seja declarado vencedor, nas condições de sua proposta.

Art. 20. O pregoeiro, na modalidade de pregão, será formalmente designado e integrará a comissão de licitação, se já não for um de seus membros.

Art. 21. No julgamento do pregão será adotado, exclusivamente, o critério de menor preço, observadas as demais condições definidas no instrumento convocatório.

Art. 22. O julgamento do pregão observará o seguinte procedimento:

I) abertura e verificação pela comissão de licitação da documentação relativa à habilitação dos licitantes;

II) abertura dos envelopes contendo as propostas dos licitantes habilitados, dentro dos quais deverá constar a prova de representação do proponente ou instrumento de procuração que autorize seu preposto a participar do pregão, desclassificando-se aquelas que não atendam as demais condições definidas no instrumento convocatório;

III) classificação para a fase de lances verbais da proposta de menor preço e daquelas que não excedam a quinze por cento de seu valor;

IV) quando não forem classificadas, no mínimo, três propostas na forma definida no inciso anterior, serão classificadas, sempre que atendam as demais condições definidas no instrumento convocatório, a de menor preço e as duas melhores propostas de preço subsequentes;

V) A classificação de apenas duas propostas escritas de preço não inviabilizará a realização da fase de lances verbais;

VI) As propostas que, em razão dos critérios definidos nos incisos III e IV, não integrarem a lista de classificadas para a fase de lances verbais, serão consideradas automaticamente desclassificadas do certame;

VII) Realizada a classificação das propostas escritas pela comissão de licitação, terá início a fase de apresentação de lances verbais, observando-se, salvo alterações constantes do instrumento convocatório:

a) o pregoeiro fará uma rodada de lances, convidando o autor da proposta escrita de maior preço classificada a fazer o seu lance e, em seguida, os demais classificados na ordem decrescente de preço;

b) havendo lance, o pregoeiro realizará uma nova rodada, começando pelo autor da última proposta de maior preço, e, assim sucessivamente, até que, numa rodada completa, não haja mais lance e se obtenha, em definitivo, a proposta de menor preço;

c) só serão considerados os lances inferiores ao último menor preço obtido;

d) o licitante que não apresentar lance numa rodada não ficará impedido de participar de nova rodada, caso ocorra;

e) não havendo lances verbais na primeira rodada, serão consideradas as propostas escritas de preço classificadas para esta fase;

VIII) o pregoeiro, após declarar encerrada a fase de lances verbais, ordenará as propostas em ordem crescente de preço e a comissão de licitação declarará vencedora aquela de menor preço, encaminhando o processo à autoridade superior para a homologação e adjudicação.

Art. 23. Caso a comissão de licitação tenha realizado a inversão do procedimento prevista no art. 19, examinará, antes de declarar o vencedor, a documentação de habilitação do licitante que, na ordenação feita pelo pregoeiro, apresentou a proposta de menor preço.

Parágrafo único. Ocorrendo a inabilitação do autor da proposta de menor preço, proceder-se-á a imediata abertura do envelope de habilitação do licitante que, na ordem crescente de preço, lhe seguir, até que um deles preencha as condições de habilitação exigidas.

## **CAPÍTULO VII DOS CONTRATOS**

Art. 24. O instrumento de contrato é obrigatório no caso de concorrência, salvo quando se tratar de bens para entrega imediata e facultativo nas demais modalidades de licitação, caso em que poderá ser substituído por outro documento, como proposta com aceite, carta contrato, autorização de fornecimento ou documento equivalente.

Parágrafo único. Nos casos de dispensas e inexigibilidades o documento que substituir o contrato a que se refere o caput deste artigo, deverá conter os requisitos mínimos do objeto e os direitos e obrigações básicas das partes.

Art. 25. Os contratos serão escritos, suas cláusulas indicarão necessariamente o seu objeto, com a especificação da obra, serviço ou fornecimento, conforme o caso, o preço ajustado, o prazo de execução, as garantias e penalidades, além de outras condições previamente estabelecidas no instrumento convocatório.

Parágrafo único. Os contratos terão prazo determinado não podendo ultrapassar, inclusive com suas eventuais alterações, o limite máximo de 60 meses.

Art. 26. A prestação de garantia, quando prevista no instrumento convocatório, limitada a 10% (dez por cento) do valor do contrato, e à escolha do prestador, constará de:

I ) Caução em dinheiro;

II ) Fiança bancária;

III ) Seguro-garantia.

Parágrafo único. Nos casos de obras e serviços de engenharia o instrumento convocatório poderá fixar o tipo de garantia dentre os elencados nos incisos deste artigo.

Art. 27. O contratado poderá subcontratar partes do objeto contratual, se admitido no instrumento convocatório e no respectivo contrato e desde que mantida sua responsabilidade perante o contratante, sendo vedada a subcontratação com licitante que tenha participado do procedimento licitatório .

Art. 28. As alterações contratuais por acordo entre as partes, desde que justificadas, e as decorrentes de necessidade de prorrogação, constarão de termos aditivos.

Art. 29. Os contratos poderão ser aditados nas hipóteses de complementação ou acréscimo que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial e de até 50% (cinquenta por cento), para reforma de edifício ou equipamento, ambos atualizados.

Art. 30. A recusa injustificada em assinar o contrato ou retirar o instrumento equivalente, dentro do prazo fixado, caracterizará o descumprimento total da obrigação assumida e poderá acarretar ao licitante as seguintes penalidades, previstas no instrumento convocatório:

I) perda do direito à contratação;

II) perda da caução em dinheiro ou execução das demais garantias de propostas oferecidas, sem prejuízo de outras penalidades previstas no instrumento convocatório;

III) suspensão do direito de licitar ou contratar com o sistema SEBRAE, por prazo não superior a 2 (dois) anos.

Art. 31. O inadimplemento total ou parcial das obrigações contratuais assumidas, dará ao contratante o direito de rescindir unilateralmente o contrato, sem prejuízo de outras penalidades previstas no instrumento convocatório ou no contrato, inclusive a de suspensão do direito de licitar ou contratar com o Sistema SEBRAE por prazo não superior a 2 (dois) anos.

### **CAPÍTULO VIII DAS DIPOSIÇÕES FINAIS**

Art. 32. Para a implantação de serviços próprios de suas finalidades institucionais, quando houver pluralidade de prestadores interessados, o Sistema SEBRAE poderá proceder às contratações mediante a utilização do procedimento de cadastramento e credenciamento de pessoas físicas ou jurídicas, observados os princípios da publicidade e da igualdade, bem como o que prescrever o respectivo regulamento.

Art. 33. Não poderão participar das licitações nem contratar com o Sistema SEBRAE dirigente ou empregado da entidade.

Art. 34. Os instrumentos convocatórios deverão assegurar ao Sistema SEBRAE o direito de cancelar a licitação, antes de assinado o contrato, desde que justificado.

Art. 35. Na contagem dos prazos estabelecidos no presente regulamento, excluir-se-á o dia do início e incluir-se-á o do vencimento, e considerar-se-ão os dias consecutivos, exceto quando for explicitamente disposto em contrário.

Parágrafo único. Só se iniciam e vencem os prazos referidos neste Regulamento em dia de funcionamento do Sistema SEBRAE.

Art. 36. As disposições deste Regulamento, inclusive no tocante a valores monetários, poderão ser modificadas pelo Conselho Deliberativo Nacional – CDN mediante proposta fundamentada apresentada por grupo técnico composto por representantes dos serviços sociais autônomos integrantes do Sistema "S" .

Art. 37. O presente Regulamento entrará em vigor na data de sua publicação na imprensa oficial da União, revogadas as disposições em contrário, em especial a Resolução CDN n.º 39, de 27 de agosto de 1998.