

**CENTRO UNIVERSITÁRIO NEWTON PAIVA
FACULDADE DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS – FACISA
CURSO DE DIREITO**

HELENO FLORINDO DA SILVA

**AS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE NAS
LICITAÇÕES PÚBLICAS SEGUNDO A LEI COMPLEMENTAR 123/2006: A
CONCRETIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA.**

BELO HORIZONTE

2010

HELENO FLORINDO DA SILVA

**AS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE NAS
LICITAÇÕES PÚBLICAS SEGUNDO A LEI COMPLEMENTAR 123/2006: A
Concretização do Princípio da Isonomia.**

Monografia apresentada ao Curso de Direito, da Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas, do Centro Universitário Newton Paiva, como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em Direito.

Professor orientador: Frederico Barbosa Gomes.

BELO HORIZONTE

2010

Ao Direito, por ter modificado a minha vida.

AGRADECIMENTOS

A DEUS, acima de tudo, por ter me dado a oportunidade de viver, de ser o que sou e estar onde estou, e de descobrir o quão maravilhoso e importante é a vida humana;

AOS MEUS PAIS, por serem meu chão, minha luz e meu porto seguro;

Ao professor, M.s. Frederico Barbosa Gomes, por ser mais que meu orientador, por ter me ajudado a entender o que sou, por ter sido um verdadeiro mestre;

Aos professores que se dedicaram ao máximo para a construção de meu conhecimento;

Aos amigos, Fábio Rocha, Danilo Boa Sorte, Amanda Soares, Maria das Graças e Grégory Magalhães por serem, dentre muitos, aqueles que, fielmente, me ajudaram a vencer as tribulações e os percalços durante todo o curso;

Aos meus irmãos Juliano, Valdênio e Verônica, pelo incentivo e palavras de afeto nos momentos difíceis;

A minha namorada Suelen Florindo, por ser o anjo que me mostrou a grandeza em amar alguém;

A todos os aqueles que, de alguma forma, trouxeram-me até aqui, pelos bons momentos vividos.

“Porque Deus amou ao mundo de tal maneira que deu o seu Filho unigênito, para que todo o que nele crê não

pereça, mas tenha vida eterna". (João 3:16 – Bíblia Sagrada)

RESUMO

Este trabalho, acerca das licitações em que estejam presentes as Microempresas e as Empresas de Pequeno Porte, tem por objetivo discutir na esfera acadêmica uma questão controvertida, alimentada por várias vertentes, com alto grau de divergência, cuja relevância demanda breve pacificação, a fim de se buscar a imprescindível efetividade da jurisdição, a qual será alcançada, dentre outros, com a conclusão pela importância legal da Lei Complementar 123/2006 para a concretização do princípio da Isonomia aqueles que participam de licitações.

PALAVRAS-CHAVE: Administração Pública; Licitações; Microempresa e Empresa de Pequeno Porte; Princípios; Isonomia.

ABSTRACT

This work, about the bids that are present in the Micro and Small Enterprises, aims to discuss the academic sphere in a matter of controversy, fueled by several aspects, with a high degree of divergence, whose relevance will soon demand peace in order to to seek the essential effectiveness of the court, which will be achieved, among others, with the conclusion by the legal importance of Complementary Law 123/2006 for the implementation of the principle of equality those who participate in bidding.

KEYWORDS: Public Administration Tenders; Micro and Small Businesses; Principles; Isonomy.

LISTA DE ABREVIATURA E SIGLAS

§ - parágrafo;

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade;

ADCT – Ato das Disposições Constitucionais Transitórias;

Art. – Artigo;

CC – Código Civil;

CPC – Código de Processo Civil;

CR/88 – Constituição da República de 1988;

CRFB– Constituição da República Federativa do Brasil;

EC – Emenda Constitucional;

E.P.P. – Empresa de Pequeno Porte;

E.P.P`s – Empresas de Pequeno Porte;

LC – Lei Complementar;

M.E. – Microempresa;

STF – Supremo Tribunal Federal;

STJ – Superior Tribunal de Justiça;

TCU – Tribunal de Contas da União.

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| I. INTRODUÇÃO | 11 |
| II. LICITAÇÕES PÚBLICAS: Uma Exigência Republicana..... | 13 |
| II.1. Conceito | 15 |
| II.2. Fundamentos das Licitações Públicas | 17 |
| II.2.1. <i>Moralidade Administrativa</i> | 18 |
| II.2.2 <i>Igualdade de Oportunidade</i> | 20 |
| II.2.3. <i>Impessoalidade</i> | 22 |
| II.3. Princípios Aplicáveis as Licitações Públicas | 24 |
| II.3.1. <i>Teoria dos Princípios</i> | 25 |
| II.3.2. <i>Princípios em Espécie: os princípios que regem os procedimentos licitatórios</i> ... | 29 |
| III. ASPECTOS GERAIS DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO..... | 33 |
| III.1. Normas Gerais Aplicáveis as Licitações Públicas | 36 |
| III.2. Modalidades das Licitações | 37 |
| III.3. Tipos de Licitação | 42 |
| III.4. Os procedimentos Inerentes às Licitações | 45 |
| IV. LEI COMPLEMENTAR 123/2006 E SEUS ASPECTOS GERAIS: O Atual Tratamento Normativo Dispensado as Microempresas e as Empresas de Pequeno Porte | 53 |
| IV.1. Microempresa e Empresa de Pequeno Porte: conceitos e distinções | 55 |
| IV.2. Aspectos da Política de Imersão Econômica das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte | 58 |

| | |
|---|-----------|
| IV.3. A Eficácia da Lei Complementar 123/2006 no Tocante as Licitações em que Participem as Microempresas e as Empresas de Pequeno Porte..... | 59 |
| IV.4. A Constitucionalidade da Lei Complementar 123/2006 | 66 |
| IV.5. Principais Mudanças Introduzidas pela Lei Complementar 123/2006 nas Licitações | 69 |
| V. AS MICROEMPRESAS E AS EMPRESAS DE PEQUENO PORTE NAS LICITAÇÕES PÚBLICAS SEGUNDO A LEI COMPLEMENTAR 123/2006: A Concretização do Princípio da Isonomia | 75 |
| VI. CONCLUSÃO..... | 83 |
| VII. BIBLIOGRAFIA | 84 |

I – INTRODUÇÃO

O trabalho tem como objetivo desenvolver uma discussão acerca do procedimento licitatório em que estejam presentes a Microempresa (M.E.) e a Empresa de Pequeno Porte (E.P.P.), tendo em vista os princípios que norteiam as licitações e as disposições da Lei Complementar 123/2006 (LC 123/2006), que regulamentou os direitos trazidos pelos artigos 146, III, “d”; 170, IX e 179 da Constituição da República de 1988 (CR/88), bem como os do artigo 47, §1º e 94 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), criando, assim, um “Estatuto” das micro e pequenas empresas.

Há tempos os juristas vinham observando as dificuldades pelas quais passavam a M.E. e a E.P.P. em seu desenvolvimento econômico, haja vista que no Brasil os requisitos formais de constituição das pessoas jurídicas e, principalmente, a elevadíssima carga tributária, impedem que a grande maioria dos pequenos e, até mesmo, dos médios negócios, se desenvolvam, firmando-se no mercado.

Neste desiderato, o procedimento licitatório surge como fonte de oportunidades financeiras aos participantes do certame, pois para elaboração dos contratos administrativos há a necessidade de prévia licitação, conforme se depreende das determinações da Lei 8.666/93, que estatui as etapas e os regramentos das licitações, bem como dos contratos firmados pela Administração.

Desta feita, como as licitações, reguladas em geral pela Lei 8.666/93, e pela Lei 10.520/2002, quando a modalidade adotada for o pregão (presencial ou eletrônico) são obrigatórias à Administração Pública para a realização de seus contratos com particulares, excepcionando-se alguns casos de dispensa e ou inexigibilidade do certame, deverão observar alguns princípios intrínsecos para o regular processamento das discussões, tais como: a igualdade (isonomia) entre os

licitantes, a competitividade, a moralidade e a impessoalidade, dentre outros, estes que funcionarão para apurar a melhor proposta para a Administração Pública.

Nestes termos, focalizando os procedimentos do certame, a LC 123/2006 instituiu algumas prerrogativas às M.E. e E.P.P's, de modo que em certos casos, tratou-as de forma diferente, buscando, assim, facilitar a sua participação nas licitações, conforme determinação da Constituição Federal de 1988, sendo que as discussões acerca da constitucionalidade e da eficácia dos dispositivos da LC 123/2006 que tratam dessas diferenças, serão aviventadas no decorrer deste trabalho.

A priori, ressalta-se que essas prerrogativas formam um dos meios encontrados pelo legislador ordinário para igualar as condições entre as grandes empresas, multinacionais, consórcios empresariais, frente àquelas que se iniciam no mercado competitivo, pois, como dito, o início dos negócios jurídicos no Brasil é muito difícil, haja vista os entraves tributários e burocráticos que ainda atrapalham o desenvolvimento empresarial no país.

Portanto, ao se instituir diferenças às M.E. e E.P.P que participarem de licitações, o legislador infraconstitucional almejou, com o tratamento desigual aos desiguais, propiciar mesmas condições aos vários licitantes, o que, além da igualdade *formal*, representa o tratamento isonômico *material* dos certamistas.

Assim, caberá a Administração Pública, direta ou indireta, em qualquer dos entes da Federação, obrigatoriamente, observar o procedimento licitatório nos momentos de adquirir, contratar, vender, dentre outros, atendo-se neste desiderato, as regras da Lei 8.666/93, aos princípios constitucionais, positivados ou não, da Administração Pública e, por fim, as leis específicas, dentre elas a LC 123/2006, que impõe o regramento a ser observado quando participarem do certame as M.E. e ou E.P.P's.

Portanto, pelas disposições dos artigos 3º, II, e 5º da Carta Política de 1988, que asseguram o desenvolvimento nacional, bem como a igualdade de direitos e condições a todos, e, também, as dos artigos 146, III, “d”; 170, IX e 179 da vigente Constituição da República, e as dos artigos 47, §1º e 94 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), que asseguram tratamento diferenciado as M.E. e E.P.P’s, a obrigatoriedade de observância do procedimento licitatório nas contratações firmadas pela Administração Pública, poderá funcionar, observando-se o disposto nos artigos 42 a 49 da LC 123/2006, como instrumento de efetivação ao princípio da Isonomia entre os licitantes.

Neste desiderato, o presente trabalho irá tratar dos aspectos gerais da Lei Geral das Licitações – Lei 8.666/93, analisando os fundamentos das licitações, os princípios que regem o certame, as modalidades e os tipos de licitações existentes, sendo que, após, demonstrará as principais mudanças introduzidas pela Lei Complementar 123/2006 no procedimento licitatório, quando estiverem concorrendo as Microempresas e as Empresas de Pequeno Porte e, ao fim, a concretização do princípio da isonomia, por meio das diferenças trazidas pela referida legislação complementar.

II – LICITAÇÕES PÚBLICAS: Uma Exigência Republicana.

As licitações públicas, sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, é baluarte da efetivação de alguns princípios que embasam a atuação do Estado frente a *sua* sociedade.

Desta feita, as normas regentes do procedimento licitatório no Brasil, já sofreram muitas alterações em seus fundamentos, pois, como é sabido, em quase duzentos anos de independência, nosso país já foi, em linhas gerais, Império, República, “Estado Novo”, Estado Ditatorial e República novamente, o

que demonstra as grandes transformações que o Direito, principalmente o Direito Público, enfrentou desde o dia 7 de setembro de 1822.

Neste contexto, Hely Lopes Meirelles¹ destaca que:

“A sistemática da licitação sofreu fundamental modificação no Direito brasileiro desde o seu incipiente tratamento no Código da Contabilidade Pública da União, de 1922, até o Decreto-lei 200/67, Lei 5.456/68, Lei 6.946/81 e Decreto-lei 2.300/86, ora revogados e substituídos pela Lei 8.666, de 21.6.1993 (alterada pelas Leis 8.883, de 8.6.94, 9.648, de 27.5.98, 10.973, de 2.12.2004, 11.079, de 30.12.2004, e 11.107, de 6.4.2005), que, embora diga regulamentar o art. 37, XXI, da CF, na verdade estabelece as normas gerais sobre contratos e licitações previstas no artigo 22, XXVII, da mesma CF, aplicáveis à Administração direta, indireta e fundacional da União, Estados e Municípios.”

Assim, as profundas modificações enfrentadas pelas legislações acerca das licitações, e ressaltadas acima, demonstram que o caminho escolhido pelo Brasil, para regulamentar sua atuação, como pessoa jurídica de direito público no mercado nacional de bens e serviços, se dá pelas vias da licitação.

Escolher sobre a obrigatoriedade² ou não das licitações é escolher pela clarificação ou obscuridade dos atos do poder público, ou seja, é destacar o papel que a Administração Pública possui, de simples “gerente” dos interesses sociais, ou firmá-la como gestora de interesses próprios, que muitas vezes escondem vontades escusas de governantes corruptos.

¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 35ªed. atual. por ALEIXO, Délcio Balestero; AZEVEDO, Eurico de Andrade e FILHO, José Emmanuel Burle. Malheiros: São Paulo, 2009. p. 273.

² Neste desiderato, Toshio Mukai, em obra destinada a comentar a Lei 8.666/93, assevera, acerca da obrigatoriedade da observância das licitações pelos agentes públicos, que: “*Portanto, não só em face do direito positivo, mas também sob o aspecto teórico, não há como deixar de considerar que a regra é o dever de licitar, sendo a exceção a livre eleição do co-contratante pela Administração*”. (MUKAI, Toshio. **Licitações e Contratos Públicos: comentários à Lei 8.666/93, com as alterações da Lei 9.648/98 e análise das licitações e contratos na E.C. 19/98**. 5ªed. atual. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 04.

Desse modo, em passagem sobre o direito administrativo brasileiro e neocolonialismo, Celso Antônio Bandeira de Melo³, ressalta que:

“O substrato político, econômico e social conformador de uma coletividade produz uma certa “cultura”, ou seja, uma dada maneira de ver, compreender e valorar o conjunto de relações sociais que ali se processa, de maneira que é neste contexto que residem os ideais presidentes de sua coesão. Dessarte, assim se dita sua fisionomia axiológica, a qual determina, pois, do modo mais abrangente possível, o que é prezável e o que não é, o que merece acolhida e o que convém seja repellido, de tal sorte que, tanto no plano das idéias, quando no plano das ações fica definido o que “é do bem” e o que “é do mal”.

Portanto, para que o Brasil possa firmar definitivamente como Estado Democrático de Direito, bem como um Estado plural, em que os vários organismos estatais estão entrelaçados para o bem comum, o interesse social, a observância do procedimento licitatório para a realização de obras, serviços, compras ou alienações pela Administração Pública, se faz necessário, sob pena do pacto federativo, da democracia e da moralidade restar perdidos.

II. 1 – Conceito.

O conceito de licitação entre as várias doutrinas do Direito Administrativo parte de alguns pontos em comum, ou seja, em que pesem as divergências conceituais existentes entre os doutrinadores, sempre estarão contidos no conceito de licitação apontamentos sobre o regime jurídico adotado, a necessidade de autorização legal, aspectos objetivos e subjetivos do ato administrativo tomado e a finalidade pela qual se instaura, necessariamente, o procedimento das licitações.

Desse modo, podem-se citar alguns conceitos firmados pela doutrina, que demonstram, apesar de pequenas distinções, os pontos acima delineados.

³ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27ªed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 64, de 4.2.2010. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 1.067.

Assim, para Hely Lopes Meirelles⁴, licitação pode ser conceituada como sendo:

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

Por outro lado, nestas mesmas linhas gerais, entretanto com alguns apontamentos diversos, Celso Antônio Bandeira de Mello⁵ acena no sentido de que, licitação é:

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

Nestes termos, também é doutrina de José dos Santos Carvalho Filho, que assim entende o procedimento das licitações:

“o procedimento administrativo vinculado por meio do qual os entes da Administração Pública e aqueles por ela controlados selecionam a melhor proposta entre as oferecidas pelos vários interessados, com dois objetivos – a celebração de contrato, ou a obtenção do melhor trabalho técnico, artístico ou científico.”

Já Diogenes Gasparini⁶ conceitua licitação como:

“o procedimento administrativo através do qual a pessoa a isso juridicamente obrigada seleciona, em razão de critérios objetivos previamente estabelecidos, de interessados que tenham atendido à sua convocação, a proposta mais vantajosa para o contrato ou o ato de seu interesse.”

⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Ibidem*. p. 274.

⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Ibidem*. p. 526.

⁶ GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 11ªed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 471.

Noutras palavras, Marçal Justen Filho⁷ elabora a conceituação do procedimento licitatório, partindo da mesma base de definição utilizada pelos demais doutrinadores citados, e já vista acima, assim delineando:

“A licitação é um procedimento administrativo disciplinado por lei e por um ato administrativo prévio, que determina critérios objetivos de seleção da proposta de contratação mais vantajosa, com observância do princípio da isonomia, conduzindo por um órgão dotado de competência específica.”

E, por fim, ressalta-se o entendimento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁸, para quem o conceito de licitação é:

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

Desta feita, os elementos básicos para a conceituação de licitação, como se pode perceber dos conceitos trazidos pelos diferentes doutrinadores citados, norteiam-se pelo regime jurídico de direito público atendendo a necessidade de prévia lei que regule o certame, haja vista o princípio da legalidade que embasa os atos da Administração Pública, o aspecto subjetivo de ser, necessariamente, o contratante uma entidade da Administração Direta ou Indireta – bem como dos paraestatais, o aspecto objetivo das normas e procedimentos do certame já estarem previamente definidos e, ao fim, a finalidade das licitações que será a concretização da melhor proposta para o interesse público.

II. 2 – Fundamentos das Licitações Públicas.

⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 309.

⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 18ªed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 309.

O certame licitatório, regulamentado de forma geral pela Lei 8.666/93, é cercado de muitas peculiaridades, tanto no que tange aos procedimentos em si, quanto às normas e princípios que os veiculam.

Dentre tais peculiaridades, citam-se os fundamentos que autorizam a elaboração das normas frente às licitações, que autorizam, *a priori*, a realização dos certames. Os fundamentos das licitações são os meios por meio dos quais a realização do certame torna-se legal, possível e dentro dos limites que devem cercar os atos da Administração Pública.

Desta feita, pode-se eleger três bases – fundamentos – que deverão consubstanciar todos os atos tomados para a realização das licitações, bem como àqueles que se dão no decorrer dos procedimentos, são eles: a moralidade administrativa, a igualdade de oportunidades entre os licitantes e, por fim, a impessoalidade no tratamento administrativo.

II. 2.1 – Moralidade Administrativa.

A moralidade, princípio reitor de toda Administração Pública, esculpido pelo artigo 37, *caput*, da CR/88, é essencial para a realização das licitações, bem como de todos os demais atos da administração, haja vista que se houver ofensa⁹ a moral, a lealdade e a boa-fé na prática do ato administrativo, o mesmo se tornará ilegítimo, ilegal e ilícito, devendo aquele que o praticou, responder pelos prejuízos causados tanto na órbita administrativa, quanto na civil e penal.

⁹ Sobre o que se entende por ofensa a moralidade administrativa, Celso Antônio Bandeira de Mello destaca o que será percebido como ofensivo a moralidade administrativa, dizendo que: “*Quanto a nós, também entendo que não é qualquer ofensa à moral social que se considerará idônea para dizer-se ofensiva ao princípio jurídico da moralidade administrativa, entendemos que este será havido como transgredido quando houver violação a uma norma de moral social que traga consigo menosprezo a um bem juridicamente valorado. Significa, portanto, um reforço ao princípio da legalidade, dando-lhe um âmbito mais compreensivo do que normalmente teria.*” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Ibidem* ‘Curso’. p. 120.

A observância da moralidade administrativa no que tange a realização das licitações proporcionará, no decorrer dos procedimentos, a tomada de preferências entre os participantes do certame, o que se desdobrará na impessoalidade de tratamento entre os licitantes, este, outro princípio e fundamento dos procedimentos licitatórios.

Desse modo, através da necessária observância da moralidade, a Administração Pública formará o contrato de prestação de serviços, realização de obras, compras de bens, ou vendas destes, com aquele particular que ofertar a melhor proposta para o interesse público, evitando assim, que o ato administrativo da licitação seja destinado a fins diversos a real necessidade da administração.

Neste sentido, José dos Santos Carvalho Filho¹⁰, delineando apontamentos acerca da moralidade administrativa como um dos fundamentos das licitações, acrescenta que:

“(...) a moralidade administrativa deve guiar toda a conduta dos administradores. A estes incumbe agir com lealdade e boa-fé no trato com os particulares, procedendo com sinceridade e descartando qualquer conduta astuciosa ou eivada de malícia. A licitação veio prevenir eventuais condutas de improbidade por parte do administrador, algumas vezes curvados a acenos ilegítimos por parte de particulares, outras, levados por sua própria deslealdade para com a Administração e a coletividade que representa.”

Assim, nota-se que a atuação administrativa pautada pelos anseios da moralidade, deve sempre ser aquela tomada pela Administração Pública¹¹, de modo que não haja favorecimentos em troca de “agrados” financeiros ou qualquer outra forma de corrupção da máquina pública em benefícios outros, que não o do melhor interesse social.

¹⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ibidem* 'Manual'. p. 262.

¹¹ Sob o dever da Administração Pública tomar seus atos em observância das diretrizes da moralidade administrativa, Maria Sylvia Zanella Di Pietro destaca que: “O princípio da Moralidade, (...), exige da Administração comportamento não apenas lícito, mas também consoante com a moral, os bons costumes, as regras de boa administração, os princípios de justiça e de equidade, a ideia comum de honestidade.” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Ibidem* 'Direito Administrativo'. p. 316.

Neste desiderato, percebe-se que a moralidade deverá, além de embasar os atos da administração, ser observada também pelos licitantes¹², pois estes, participando do certame, devem atuar no sentido a alcançar o equilíbrio necessário entre sua satisfação financeira na prestação do serviço, obras, vendas ou compras, e a concretização da melhor proposta ao interesse público.

II. 2.2 – Igualdade de Oportunidade.

A igualdade de oportunidade entre aqueles que se interessam em contratar com a Administração Pública, também é um dos fundamentos para a elaboração das normas que veiculam as licitações, bem com para os editais e cartas convite¹³ e, conseqüentemente, para a realização dos procedimentos que cercam o certame licitatório.

O princípio da igualdade, abstraindo-se as discussões entre seus aspectos, formal e material, também conhecido como isonomia, é de grande relevância na realização das licitações, pois será pela igualdade – isonomia – de oportunidades concedidas aos vários e diferentes licitantes, que a Administração Pública assegurará a competitividade entre os interessados, o que é essencial ao bom e correto andamento das licitações.

Sob tais apontamentos acerca da igualdade de oportunidade entre os licitantes, Hely Lopes Meirelles¹⁴, destaca a importância de haver no decorrer dos procedimentos do certame, observância destes fundamentos, delineando que:

¹² Marçal Justen Filho, discorrendo sobre os princípios da moralidade e da probidade administrativa, destaca o papel dos licitantes frente à observância da moralidade dos atos da licitação, asseverando que: “A licitação deve ser norteada pela honestidade e seriedade. Os princípios aplicam-se tanto à conduta do agente da Administração Pública como à dos próprios licitantes.” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Ibidem* ‘Curso’. p. 313). Desse modo, vê-se que a moralidade administrativa na realização do certame deverá ser observada por ambas as partes, para que no final, a sociedade, e não os agentes públicos ou os particulares, saia beneficiada.

¹³ A conceituação e a distinção destes instrumentos convocatórios, será realizada no Capítulo III, sub itens III. 2 e III. 4, deste trabalho.

¹⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Ibidem* ‘Direito Administrativo Brasileiro’. p. 277.

“a igualdade entre os licitantes é princípio impeditivo da discriminação entre os participantes do certame, quer através de cláusulas que, no edital ou convite, favoreçam uns em detrimento de outros, quês mediante julgamento faccioso, que desiguale os iguais ou iguale os desiguais (art. 3º, §1º, da Lei 8.666/93). O desatendimento a esse princípio constitui a forma mais insidiosa de desvio de poder, com que a Administração quebra a isonomia entre os licitantes, razão pela qual o Judiciário tem anulado editais e julgamentos em que se descobre a perseguição ou o favoritismo administrativo, sem nenhum objetivo ou vantagem de interesse público”.

Neste sentido, nota-se que é inerente às licitações, devendo ser protegida ao máximo, a competitividade¹⁵ entre os licitantes, o que proporcionará aos agentes públicos responsáveis pelo certame, a possibilidade de escolha das melhores propostas, o que efetivará os meios de se alcançar o melhor interesse público.

Assim, pode-se perceber que a isonomia de oportunidades entre os licitantes impedirá que se legitimem discriminações¹⁶ entre os licitantes, o que se impede pelo disposto no artigo 5º, I, da CR/88 e, especificamente, no caso das licitações, pelo artigo 3º, §1º, da Lei 8.666/93.

Por fim, há que ressaltar o entendimento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁷, que apontando ensinamentos acerca da igualdade de oportunidades que deverá embasar a tomada dos procedimentos do certame, destaca que:

“O princípio da igualdade constitui um dos alicerces da licitação, na medida em que se visa, não apenas permitir à Administração a escolha da melhor proposta, como também assegurar igualdade de direitos a todos os interessados em contratar.”

¹⁵ Em observância a tal determinação, o legislador ordinário elaborou a Lei Complementar 123/2006, que, regulamentando os artigos 146, III, “d”; 170, IX e 179 da Constituição da República de 1988 (CR/88), bem como os do artigo 47, §1º e 94 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), criou o “Estatuto” das micro e pequenas empresas, assegurando-lhes, no que tange as licitações, algumas prerrogativas em especial, o que demonstra a tentativa de se concretizar ainda mais, a isonomia entre os licitantes. Tais prerrogativas serão melhor delineadas no Capítulo III, *sub* item III. 5.

¹⁶ GASPARINI, Diogenes. *Ibidem*. ‘Direito Administrativo’. p. 473.

¹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Ibidem* ‘Direito Administrativo’. p. 314 e 315.

Entretanto, embora tenha que haver competição entre os participantes do certame, esta não será absoluta, haja vista que para a máxima proteção dos interesses públicos, poder-se-á exigir dos licitantes alguns requisitos objetivos específicos – os requisitos pessoais não podem servir para elaboração de distinções entre os licitantes, sob pena de violar a impessoalidade –, o que afastará da competição, por exemplo, pessoas jurídicas irregulares, ou aquelas que não satisfaçam o requisito da idoneidade técnica ou financeira¹⁸.

Neste mesmo sentido, coloca-se Hely Lopes Meirelles, para quem a observância da igualdade de condições ou oportunidades entre os licitantes, não estaria violada caso, para o melhor interesse público, a Administração elaborasse requisitos mínimos a serem observados por aqueles interessados em participar do certame, de modo que referido autor destaca que:

“(...) não configura atentado ao princípio da igualdade entre os licitantes o estabelecimento de requisitos mínimos de participação no edital ou convite, porque a Administração pode e deve fixá-los sempre que necessários à garantia da execução do contrato, à segurança e perfeição da obra ou serviço, à regularidade do fornecimento ou ao atendimento de qualquer outro interesse público¹⁹.”

Desse modo, a igualdade de oportunidades, fundamento das licitações, será aquela em que a Administração, observando o melhor interesse público, realiza o certame dentro de suas expectativas, sem favorecer esse ou aqueles licitantes, o que desaguará no princípio da impessoalidade, outro fundamento das licitações.

II. 2.3 – Impessoalidade.

A impessoalidade, fundamento das licitações, determinada pelo 37, *caput*, da CR/88, demonstra-se muito mais como um desdobramento da isonomia, do que propriamente um fundamento em si. Ser impessoal, ou seja, não delegar a

¹⁸ *Idem*, p. 315.

¹⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Ibidem* 'Direito Administrativo Brasileiro'. p. 277.

alguns benefícios não concedidos aos demais, exceto aqueles destinados a intensificar e equilibrar a disputa, que é basicamente a determinação da impessoalidade nas licitações, é o efeito do tratamento isonômico imposto ao certame.

Neste sentido, a doutrina, de modo geral, pouco explicita apontamentos em separado para a impessoalidade, de modo que quase sempre esta estará vinculada à moralidade, ou a isonomia²⁰.

Assim, pela impessoalidade a Administração deverá conceder o mesmo tratamento a todos aqueles que participarem do certame, estando esses em igualdade, ou seja, na mesma situação jurídica²¹.

Sob tais fundamentos, Celso Antonio Bandeira de Mello²², descrevendo o princípio da impessoalidade, destaca que a impessoalidade:

“(...) encarece a proscrição de quaisquer favoritismos ou discriminações impertinentes, sublinhando o dever de que, no procedimento licitatório, sejam todos os licitantes tratados com absoluta neutralidade. Tal princípio não é senão uma forma de designar o princípio da igualdade de todos perante a Administração.”

Nestes mesmos termos, Marçal Justen Filho²³, declinando ensinamentos acerca da impessoalidade administrativa na realização das licitações, afirmar que:

“A impessoalidade é a emanção da isonomia, da vinculação à lei e ao ato convocatório e da moralidade. Indica vedação a distinções fundadas em caracteres pessoais dos interessados. Ao menos, os caracteres pessoais devem refletir diferenças efetivas e concretas (que sejam relevantes para os fins da licitação). Exclui o subjetivismo do agente administrativo. a decisão será impessoal quando derivar racionalmente de fatores alheios à vontade psicológica do julgador. A impessoalidade conduz a decisão a independe da identidade do julgador.”

²⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Ibidem* 'Direito Administrativo'. p. 316.

²¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ibidem* 'Manual'. p. 265.

²² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Ibidem* 'Curso'. p. 532.

²³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Ibidem* 'Curso'. p. 312.

Por fim, tem-se que a impessoalidade, como visto, é o resultado da observância dos outros fundamentos das licitações, bem como de outros princípios que regem os certames, tais como a vinculação ao instrumento convocatório, de modo que seu estudo dependerá sempre, e previamente, dos estudos da moralidade e da isonomia, fundamentos das licitações, que servem de alicerces para a conjugação da impessoalidade nos procedimentos licitatórios.

II. 3 – Princípios Aplicáveis as Licitações Públicas.

Com relação aos princípios aplicáveis às licitações, a própria Lei 8.666/93, em seu artigo 3º, *caput*, já destaca quais são os princípios básicos que deverão nortear o procedimento licitatório, determinando 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 lhe são correlatos.”

Nestes termos, serão abordados alguns pontos da teoria dos princípios, sua força normativa, principais expoentes modernos, dentre outros, sendo que para o tratamento dos princípios em espécie nas licitações, será utilizado como base, em que pesem as divergências doutrinárias frente à quantidade, a nomenclatura e a relevância de cada princípio, o entendimento de José dos Santos Carvalho Filho²⁴.

Neste desiderato, citado autor discorre sobre os princípios básicos, que são aqueles esculpidos pela Lei, bem como sobre os princípios correlatos às licitações, ou seja, que não estão discriminados legalmente, mas, que ainda assim, incidem na regulamentação das licitações.

²⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ibidem* 'Manual'. p. 263 a 267.

Assim, pela leitura do citado artigo, nota-se que já estão intrínsecos à própria legislação, quais os princípios básicos ao certame, de modo que sua estrita observância se faz obrigatória. A Lei, entretanto, não excluiu a hipótese de outros princípios, também inerentes à Administração Pública, incidirem nos procedimentos licitatórios, ressalvando assim, a observância de princípios correlatos às licitações.

Contudo, antes de adentrar no estudo de cada um desses princípios inerentes às licitações, faz-se necessário delinear, mesmo que brevemente, alguns apontamentos sobre as teorias modernas acerca da força normativa dos princípios jurídicos, bem como de sua conceituação.

II. 3.1 – Teoria dos Princípios.

A problemática envolvendo os princípios jurídicos não é algo de agora, já há alguns séculos as discussões pelo seu reconhecimento como fonte normativa, ou seu descrédito, atormenta não só a ciência do Direito, como também, a filosofia.

Ressalta-se, a partir disso, com as codificações legais essa discussão ganhou ainda mais realce, haja vista que alguns códigos traziam determinações acerca dos princípios em seu texto, outros simplesmente não dispunham sobre eles e, outros ainda, os renegavam expressamente²⁵.

²⁵ Marcelo Campos Galuppo, em seu artigo **Os Princípios Jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação**, publicado na Revista de Informação Legislativa, Brasília a. 36. p. 191. nº 143 jul/set. 1999, acerca da evolução histórica da problematização envolvendo a normatividade dos princípios, destaca que: “*O problema ganha ainda mais relevo quando o Tribunal Internacional Permanente de Haia assume-os como fonte de suas decisões, afirmando que os princípios gerais de direito reconhecidos pelas “nações civilizadas” constituiria direito positivo a ser aplicado por aquele tribuna*”.

Ademais, além da problemática envolvendo a normatividade dos princípios jurídicos, hoje se discute a natureza dos princípios e, por conseqüência, sua conceituação.

Desta feita, quanto ao conceito de princípio, destaca-se Marcelo Campos Galuppo²⁶, que em artigo publicado na *Revista de Informações Legislativas*, faz referência a definição elaborada na *Metafísica* de Aristóteles, para definir o que são os princípios, de modo que:

“Chama-se princípio, em primeiro lugar, (a) ao ponto de uma coisa desde onde alguém pode começar a mover-se; por exemplo, o princípio da longitude e do caminho será, por esta parte, leste, e pela contrária, oeste. Em segundo lugar, se chama também princípio (b) ao ponto desde onde cada coisa pode fazer-se do melhor modo; por exemplo, a instrução não deve às vezes principiar-se desde o primeiro e desde o princípio da coisa, mas desde onde com mais facilidade pode aprender o discípulo. Em terceiro lugar, se chama princípio (c) aquele desde o qual, sendo intrínseco à coisa, esta começa a se fazer; por exemplo, de uma nave, a quilha, e de uma casa, a argamassa [...]. Em quarto lugar, (d) aquilo desde o que, sem ser intrínseco à coisa, esta começa a fazer-se e desde onde principiam naturalmente o movimento e a mudança; por exemplo, o filho, desde o pai e a mãe, e a luta, desde a injúria. Em quinto lugar (e) aquilo cujo desígnio faz que se movam as coisas que se movem e mudem as que se mudam, como nos Estados os magistrados, as potestades, os reinos e as tiranias se chamam princípios [...]. Ademais (f) o ponto desde onde uma coisa chega a ser cognoscível também se chama princípio da coisa; por exemplo, as demonstrações, as premissas. [...] *A todos os princípios é comum ser o primeiro desde o qual algo é ou se faz ou se conhece.* E destes (princípios) uns são intrínsecos e outros extrínsecos.”

Desse modo, para solucionar a problemática envolvendo o reconhecimento, ou não, da normatividade dos princípios jurídicos, a sua natureza e conceituação, surgem inúmeras teorias acerca de tais discussões, dentre as quais se destacam, contemporaneamente, as teorias de *Norberto Bobbio*, *Robert Alexy*, *Ronald Dworkin* e *Jürgen Habermas*, cada qual expoente de determinado posicionamento acerca dos princípios.

Assim, na tentativa de solucionar os mencionados impasses destacam-se três teorias, por meio da qual a primeira entende os princípios como

²⁶ GALUPPO, Marcelo Campos. **Os Princípios Jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação.** ____ in *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a.36. p. 192. n. 143 jul/set. 1999. nota 40.

normas gerais de um sistema normativo, aplicando-se integralmente em qualquer situação; a segunda, por outro lado, não enxerga nos princípios essa potencialidade, de modo que sendo normas, são aquelas que dizem que algo deverá ser realizado na maior medida possível e, por fim, a terceira, que percebe nos princípios, normas cujas condições de aplicação, não estão previamente determinadas.

Neste contexto, surge nova problemática acerca dos princípios, pois se são normas, e as regras também o são, em que os princípios se diferenciam das regras? Para responder tal questionamento, as teorias acima referidas elaboraram seus fundamentos, divergentes entre si, mas que são importantíssimos na construção da concepção principiológica de hoje.

Desta feita, na construção das distinções entre as regras e os princípios, a primeira teoria supracitada, cujo um dos maiores expoentes foi Norberto Bobbio²⁷, entendia que a diferença básica entre eles, estaria na abrangência de seus efeitos, pois os princípios seriam normas gerais, enquanto as regras, normas de aplicação específica.

A referida doutrina não expõe critérios suficientes para a distinção querida, pois não é pela abrangência que os princípios se distinguem das regras e, também, pelo fato de se entender os princípios como normas generalíssimas, aplicando-se a todos os casos, pois havendo dois princípios diversos entre si, com soluções diferentes, mas inerentes ao caso, a aplicação principiológica, pela citada teoria, levaria ao intérprete do direito a soluções diversas, o que dificultaria a solução do conflito.

²⁷ GALUPPO, Marcelo Campos. *Ibidem* "Os Princípios Jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação". p. 192.

Por outro lado, a segunda teoria, cujo maior expoente é Robert Alexy²⁸, também é conhecida como jurisprudência dos valores²⁹, haja vista que é pela noção de *valor* – os princípios seriam valores, e não, necessariamente, normas – que se produz a distinção entre regras e princípios.

Para essa teoria, os princípios seriam *mandados de otimização*, no sentido de que podem ser cumpridos em diferentes graus, dependendo sua aplicação, no caso concreto, de possibilidade jurídica, haja vista que um princípio, por representar um valor maior, poderá excluir a incidência dos demais. Já as regras, dentro desta concepção, não teriam essa maleabilidade, pois seriam ou não aplicadas.

Neste contexto, essa teoria ressalta que duas regras, diferentes, não poderiam ser válidas dentro de um ordenamento jurídico, devendo, pelos critérios da força normativa, posterioridade ou especialidade, uma excluir a vigência da outra. Tal fato não ocorreria com os princípios, haja vista que havendo conflitos entre os princípios na solução de um determinado caso, não deixariam de ser válidos, haja vista que por seu caráter valorativo, o princípio de maior valor para o caso concreto, excluiria a incidência do outro, sendo que em outro caso, poderia ocorrer o inverso.

Essa teoria também não preenche satisfatoriamente os problemas com a conceituação, a normatização e a distinção dos princípios e as regras. Ao conceber os princípios como sendo um mandado de otimização – em que pesem o caráter deontológico dos princípios e o axiológico dos valores – essa teoria minimiza o caráter normativo dos princípios, o que se contrapõe a noção de deontologia – *dever ser* – defendida por Alexy³⁰.

²⁸ GALUPPO, *Idem*, p. 192.

²⁹ MEYER, Emílio Peluso Neder. **O Caráter Normativo dos Princípios Jurídicos**. In ____ Revista de Informações Legislativas. V. 42. n. 167. p. 250. jul/set. 2005.

³⁰ Emílio Peluso Neder Meyer, em artigo intitulado **O Caráter Normativo dos Princípios Jurídicos**, publicado na Revista de Informações Legislativas. v. 42. n. 167. p. 250. jul/set. 2005, destaca crítica a teoria exposta por Robert Alexy, asseverando que: “A proposta de Robert Alexy

Ademais, a terceira teoria, cujo principal expoente é Jürgen Habermas³¹, vem criticar a teoria adotada por Robert Alexy, a partir da construção de Ronald Dworkin.

Assim, *Habermas* dispõe que os princípios não podem ser assimilados aos valores, haja vista que cada valor pode ser percebido tão particularmente quanto qualquer outro, enquanto as normas validam-se através de um teste de universalização.

Desse modo, a terceira teoria entende que as normas possuem um código binário, ou seja, normas são a conjugação das regras com os princípios, sendo que as primeiras aplicam-se ou não ao caso, já os outros, comportam exceções em sua incidência, não por meio de uma ponderação de valores como querido por *Alexy* – hierarquização, mas sim, por excepcionarem-se, entre si, nos casos concretos.

Portanto, a terceira teoria dos princípios é a que melhor explicita a real normatividade inerente aos princípios, reconhecendo-os como espécies de normas, o que possibilita sua aplicação aos casos concretos como se *leis* fossem.

II. 3.2 – Princípios em Espécie: os princípios que regem os procedimentos licitatórios.

relativiza o código binário do direito ao assimilar princípios a valores e não a normas, por sua teorização acerca dos mandados de otimização. Além disso, fica muito difícil sustentar a racionalidade das jurisprudências dos valores mediante um método, o princípio da proporcionalidade, levando em conta o giro proporcionado pela transição da filosofia do sujeito para a filosofia da linguagem.”

³¹ Jürgen Habermas criticará a teorização adotada por Alexy, sendo que para sua construção racional, utiliza-se da obra de Ronald Dworkin, que constrói sua teoria a partir do entendimento de que todos os casos possuem uma resposta correta, o que embasa a integridade normativa do ordenamento, sendo que essa ideia de integridade entrelaça-se com a origem das normas jurídicas, conectando-se assim, com as noções de igualdade, imparcialidade e de justiça.

O procedimento das licitações, como descrito no artigo 3º, da Lei 8.666/93, descrito acima, deverá ser pautado pela observância de inúmeros princípios básicos, ou correlatos ao certame.

Neste desiderato, são princípios básicos das licitações além da isonomia, a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade, a probidade administrativa, a vinculação ao instrumento convocatório, e o julgamento objetivo das propostas, sendo que além desses, há alguns princípios correlatos, aos atos da Administração Pública, que também incidem nas licitações, tais como: sigilo das propostas, inalterabilidade das propostas, da obrigatoriedade do procedimento licitatório, dentre outros.

No que tange ao princípio da legalidade, esculpido de forma geral pelo art. 5º, II, da CR/88, tem-se que a licitação deverá ser autorizada e regulada previamente por lei, ou seja, *no campo das licitações, o princípio da legalidade impõe, principalmente, que o administrador observe as regras que a lei traçou para o procedimento*³².

Noutro modo, a Lei 8.666/93 previu inúmeras formas onde os particulares, que não participem do certame, poderão controlar a observância da legalidade, conforme se percebe pelos artigos 4º, 41, §1º, 101 e 113, §1º, todos da citada legislação, bem como definiu como crimes à licitação, ofensas a legalidade, conforme se depreende dos artigos 89 a 99 da Lei Geral das Licitações e Contratos Administrativos³³.

Já quanto ao princípio da impessoalidade (delineado acima, como um dos fundamentos das licitações), visualiza-se de seu estudo, que se trata de um desdobramento do princípio da moralidade e do tratamento isonômico entre os licitantes, de modo que se destaca por ser a emanção da isonomia, indicando

³² CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ibidem* 'Manual'. p. 264.

³³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Ibidem* 'Direito Administrativo'. p. 316.

vedação ao tratamento discriminatório entre os participantes do certame, tendo por base, apenas caracteres pessoais dos mesmos.³⁴

Nestes termos, o princípio da moralidade³⁵ (a moralidade foi descrita acima como sendo também, um dos fundamentos das licitações) também será observado em todo o certame, pois é dever do administrador ater-se pela honestidade em suas escolhas, elaborando todos os procedimentos da licitação, sob a égide da ética e dos bons costumes, haja vista que o direito condena aquelas condutas que estão na contramão dos valores éticos, jurídicos e morais.

Quanto ao princípio da publicidade³⁶, deve-se destacar que os atos da licitação serão, obrigatoriamente, públicos, sendo que qualquer pessoa, participante ou não do certame, tem direito aos autos do processo licitatório.

No entanto, alguns atos necessitam de sigredo, como por exemplo, as propostas dadas pelos participantes, que ficarão em sigilo – princípio do sigilo das propostas – até que se proceda à abertura de seus envelopes (as modalidades, os tipos e os procedimentos das licitações serão descritos no Capítulo III, sub itens III. 2, III. 3, III. 4, respectivamente).

Ainda no que tange a publicidade da licitação, cita-se os artigos 21, 23, §4º e 39, da Lei 8.666/93 que tratam, respectivamente, da publicação do instrumento convocatório, da possibilidade da Administração adotar regime de publicidade de maior rigor, mesmo nos casos onde este não é exigido e, por fim, da necessidade de audiência pública para as licitações de grandes vultos.

A probidade administrativa é dever inerente a administração pública, sob pena de se responder nos termos da Lei 8.429/92 (Lei da Improbidade

³⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Ibidem* 'Curso'. p. 312.

³⁵ MUKAI, Toshio. *Ibidem* "Licitações e Contratos Públicos". p. 17.

³⁶ O art. 3º, §3º, da Lei 8.666/93 estabelece que: "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".

Administrativa). Ser probo no exercício da administração pública e, conseqüentemente, na realização dos certames, é atuar com honestidade em face dos licitantes, de modo que a atividade esteja sempre voltada para o interesse administrativo – escolha da melhor proposta dentre aquelas que cumprem com os requisitos estabelecidos no instrumento convocatório.

O instrumento convocatório – edital ou carta convite – dado a modalidade adotada para o certame será o meio pelo qual a Administração divulgará o certame, dispondo, objetivamente, acerca do objeto da licitação, dos requisitos para participar, do prazo para a habilitação, dentre outros.

Após a divulgação do edital ou da carta convite, a Administração estará vinculada³⁷ ao que foi determinado para a realização da licitação³⁸, sendo que posteriores alterações serão possíveis, desde que não mudem o objeto a ser contratado, ou alterem demasiadamente os requisitos a serem preenchidos pelos participantes, devendo tais alterações, obedecer aos requisitos da divulgação do instrumento convocatório.

Ao fim, o último dos princípios expressamente determinados pela legislação, é aquele acerca do julgamento objetivo das propostas. Tal princípio se destaca no momento de análise de cada uma das propostas elaboradas no certame.

Assim, o julgamento objetivo das propostas³⁹ tenta evitar algum tipo de benefício a um dos licitantes em face dos demais. Liga-se ao sentido da

³⁷ O artigo 41 da Lei 8.666/93 dispõe que: “A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada”.

³⁸ Celso Antônio Bandeira de Mello, acerca do citado princípio, destaca: “O princípio da vinculação ao instrumento convocatório obriga a Administração a respeitar estritamente as regras que haja previamente estabelecido para disciplinar o certame,(...)”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Ibidem* ‘Curso’. p. 535.

³⁹ Sobre a necessidade do julgamento objetivo das propostas, o artigo 45, da Lei 8.666/93, assevera que: “O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios

impessoalidade quando evita tratamento desigual entre os licitantes, sendo que para isso, o agente público deverá descartar de seus atos, qualquer subjetivismo que lhe possa interferir na análise da melhor proposta para a Administração⁴⁰.

Portanto, vistos os princípios expressos no artigo 3º, da Lei 8.666/93, a doutrina, elabora uma série de princípios que são correlatos a Administração na realização das licitações, sendo que neste sentido, devem-se ressaltar três princípios correlatos às licitações, são eles: o sigilo das propostas, a inalterabilidade das propostas e a obrigatoriedade do procedimento licitatório.

Quanto ao primeiro, tem-se que as propostas efetivadas pelos licitantes deverão ficar em segredo, até o momento em que for designada a abertura dos envelopes, não podendo nenhum dos participantes ter acesso ao conteúdo das propostas, antes deste momento.

Já o segundo, está ligado à possibilidade de se alterar as propostas dadas. Elaborada a proposta, e encaminhada à apreciação da Administração, os licitantes está vinculado ao valor proposto, não havendo possibilidade de se alterar, posteriormente, o que se propôs.

E, por fim, o terceiro princípio correlato, refere-se à obrigatoriedade da observância do procedimento da licitação sempre que a Administração contratar algum serviço ou obra, ou for adquirir ou alienar bens. O referido princípio aparece positivado no artigo 37, XXI, da CR/88. Com isso, tenta-se evitar que os agentes públicos possam desviar os recursos da Administração, para fins

previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle”.

⁴⁰ Em que se refere ao julgamento objetivo das propostas, Celso Antônio B. de Mello, ensina que: “Cumpra reconhecer, entretanto, que objetividade absoluta só se pode garantir previamente nos certames decididos unicamente pelo preço. Quando entram em causa de qualidade, técnica, rendimento – muitas vezes indispensáveis para a aferição das propostas –, nem sempre será possível atingir-se o ideal da objetividade extrema, pois, quando os bens ou serviços são fortemente aparentados nestes atributos, a primazia de um ou de outro depende de apreciações irredutíveis a um plano excludente de opiniões pessoais”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Ibdem* ‘Curso’. p. 536.

diversos àqueles do interesse público, haja vista que pelos procedimentos da licitação, a fiscalização frente ao emprego correto dos valores, torna-se menos complicada.

III – ASPECTOS GERAIS DO PROCESSO LICITATÓRIO.

O procedimento licitatório, de forma geral, regulado pela Lei 8.666 de 21 de junho de 1993, deverá ser observado, obrigatoriamente, sempre que a Administração Pública Direta⁴¹ ou Indireta⁴² for realizar obras, adquirir bens ou serviços ou realizar alienações, ressalvado os casos de dispensa e de inexigibilidade de licitação, dispostos, de forma taxativa nos primeiros, e exemplificativa nos demais, nos artigos 24 e 25 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos – Lei 8.666/93⁴³.

Ainda sobre a obrigatoriedade das licitações, frente as Sociedades de Economia Mista e as Empresas Públicas, pela edição da Emenda Constitucional 19/98, conhecida como a reforma administrativa, o artigo 173, §1º, III, da CR/88, determina a observância do procedimento licitatório sempre que

⁴¹ A própria legislação acerca dos certames licitatórios dispõe em seus artigos 117 e 118 que as obras, serviços, compras e alienações realizadas pelos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário, bem como pelo Tribunal de Contas, reger-se-ão pelo disposto na citada legislação, em que pese ser realizada em algum dos entes da federação, sendo que caberão aos Estados, Municípios, Distrito Federal e entidades da Administração Pública Indireta, adaptar suas normas regentes ao disposto pela Lei Geral das Licitações e Contratos Administrativos.

⁴² No tocante as entidades da Administração Pública Indireta, alvo da Descentralização Administrativa, a Constituição da República de 1988, estatuiu em seu artigo 37, *caput*, os princípios reitores da Administração Pública em geral – ressalta-se que existem outros, entretanto estes são os princípios positivados pela Carta Política (Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade dos Atos e Eficiência na prestação dos serviços). Ademais, no inciso XXI, do referido dispositivo Constitucional, bem como pelo disposto artigo 22, XXVII, daquela, está claro que as licitações também serão obrigatórias às obras, serviços, compras e alienações feitas pelas entidades da Administração Pública Indireta.

⁴³ No tocante a dispensa e a inexigibilidade das licitações, há que ressaltar o disposto no artigo 17 da Lei 8.666/93, que, eivado de equívoco terminológico trata de casos onde a licitação é dispensada, sendo que, o rol trazido pelo artigo, representa casos onde licitar é impossível, o que demonstra o caráter de inexigibilidade dos casos onde o legislador imputou dispensa. Sob tais apontamentos, ver BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo**. 2ªed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 114/115.

forem realizar obras, serviços, compras ou alienações, o que ratifica a incidência obrigatória das licitações tanto no tocante a administração pública direta quanto a indireta⁴⁴.

Ademais, cabe ressaltar que pela junção dos artigos 37, XXI e 173, §1º da CR/88, com o disposto no artigo 1º, parágrafo único da Lei 8.666/93, o procedimento licitatório também será de observância obrigatória às entidades paraestatais⁴⁵, quando realizarem obras, serviços, compras ou alienações⁴⁶.

Noutros termos, no tocante a competência para legislar de forma geral sobre as licitações e os contratos administrativos, a CR/88 determinou em seu artigo 22, XXVII, que:

Art. 22 – Compete privativamente a União legislar sobre:

(...);

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

(...).

Assim, como a competência para legislar da União é privativa, e não exclusiva, sendo que aos demais sujeitos da federação será possível, especialmente, legislarem sobre suas licitações.

⁴⁴ A obrigatoriedade da observância do procedimento licitatório pelas Sociedades de Economia Mista e pelas Empresas Públicas incidirá independentemente do serviço que prestarem, haja vista que pelo fato da legislação não ter excepcionado, não caberá ao intérprete fazê-lo. Assim, por entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ), no Resp 80.061, originário do Estado do Paraná, 2ª Turma, de relatoria do Ministro CASTRO MEIRA, julgado em 24/08/2004, será obrigatório a licitação, mesmo “em relação a sociedade de economia mista voltada a atividade econômica”.

⁴⁵ As entidades paraestatais, de forma geral, são aquelas pessoas jurídicas que, gerindo direito público, instituídas normalmente por lei e obrigadas a prestar contas ao Tribunal de Contas da união, Estados ou Municípios, onde houver, estão sobre o controle direto ou indireto das pessoas federativas.

⁴⁶ Nestes termos o Supremo Tribunal Federal (STF), em julgamento da ADIN-MC 1668, de relatoria do eminente Ministro Marco Aurélio de Mello, julgada em 28/08/1998, afastou a aplicação da Lei 8.666/93, no tocante as licitações efetivadas pelas paraestatais prestadoras de serviço de telecomunicações, aplicando-lhes o disposto na Lei 9.472, de 17 de julho de 1997 (Lei Geral das Telecomunicações).

Entretanto, tal possibilidade estará adstrita a observância de certos limites, haja vista que os Estados, Municípios e Distrito Federal não poderão legislar sobre licitações objetivando ampliar os casos de dispensa e inexigibilidade do certame, alterar os valores de cada modalidade, reduzir os prazos de publicidades dos atos ou dos recursos, dentre outras.

Desta feita, o procedimento licitatório, de competência legislativa da União, será obrigatório a todos os entes federados, bem como as suas respectivas administrações públicas diretas e indiretas, inclusive nos casos das paraestatais, ressalvados os casos onde a própria Lei 8.666/93 dispensa ou inexige o certame, bem como pelos entendimentos de nossos Tribunais Superiores.

III. 1 – Normas Gerais Aplicáveis as Licitações Públicas.

As normas gerais aplicáveis às licitações e aos contratos administrativos são, além da Lei Geral de Licitações e Contratos 8.666/93, as leis que regulam de forma especial algumas modalidades, prerrogativas, ou regimes de prestação de serviços.

Nestes termos, serão observadas, dentre outras, em consonância com a Lei Geral das Licitações, a Lei 10.520/2002, que instituiu a modalidade de licitação intitulada pregão – tanto presencial, quanto o eletrônico; a Lei 8.987/95 que trata, de forma geral, sobre o regime das Concessões e Permissões Administrativas dos serviços públicos; a Lei 11.079/2004 que dispõe sobre Concessões Especiais – o regime de parceria público privada – e, por fim, a Lei Complementar 123/2006 – em seus artigos 42 a 49 – que estatui o regime geral das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte (M.E. e E.P.P.).

Desse modo, em todos os casos acima descritos, onde a Lei Geral das Licitações atuará subsidiariamente, os princípios reitores da Administração Pública deverão embasar o certame, sendo que, havendo alguma violação aos seus fundamentos, caberá a qualquer cidadão provocar a iniciativa do Ministério Público⁴⁷ para que este tome as devidas providências ou a qualquer licitante, por recurso ou impugnação administrativos⁴⁸ ou por ação judicial própria⁴⁹, reclamar sobre ofensa aos princípios que regulamenta todos os atos administrativos.

III. 2 – Modalidades das Licitações.

As licitações, como visto nos tópicos anteriores, é de obrigatória observância pela Administração, ressalvados os casos excepcionais de licitação dispensada, dispensável ou inexigível, sendo que para a observância desse dever legal, a Lei 8.666/93, estatuiu uma série de modalidades das licitações, de modo que dependendo do valor, ou do objeto a ser contratado, a Administração poderá optar por essa ou aquela modalidade, ou, em determinados casos, estará atrelada a uma única forma.

Desta feita, são cinco as modalidades de licitações trazidas pela Lei 8.666/93⁵⁰, sendo que a sexta modalidade – pregão – foi criada pela Lei 10.520/2002, legislação que estatuiu o pregão, em suas modalidades: eletrônico e presencial.

Assim, sem aprofundar nas discussões apontadas pela doutrina frente à observância estrita das modalidades de licitações, faz-se necessário declinar breves apontamentos acerca de cada uma dessas modalidades de licitação, de modo que se possa perceber suas hipóteses e suas distinções.

⁴⁷ Artigo 101 da Lei 8.666/93.

⁴⁸ Artigo 109 da Lei 8.666/93.

⁴⁹ Artigo 5º, XXXV, da Constituição da República de 1988.

⁵⁰ O artigo 22, incisos I a V, da Lei 8.666/93 estabelece que: “São modalidades de licitação: (I) concorrência; (II) tomada de preços; (III) convite; (IV) concurso e (V) leilão”.

Desse modo, a primeira é a concorrência, que é aquela modalidade própria para contratos de grande vulto econômico, por onde quaisquer interessados que preencham os requisitos mínimos para licitar, estabelecidos no edital, poderão fazer suas propostas.

Ressalta-se, que há casos em que pelos limites de valores adotados pelo legislador a concorrência será obrigatória⁵¹, sendo que, nas alienações de bens imóveis⁵², adquiridos pela Administração por dação em pagamento ou outro procedimento judicial⁵³, uma das modalidades legais para a realização das licitações, será a concorrência. Também se utilizará a concorrência em substituição das demais modalidades de licitação⁵⁴, como pode ser percebido pela redação do artigo 23, §4º, da Lei 8.666/93.

Por outro lado, a modalidade de licitação tomada de preços é aquela destinada a certames que envolvam um vulto médio de recursos da Administração, sendo que para ser licitante nesta modalidade, deverá o interessado objetivar seu cadastro administrativo⁵⁵ de licitações.

⁵¹ Em face dos limites de valores estabelecidos pela Lei 8.666/93 para distinção das modalidades de licitação, no que se refere à concorrência, ver artigos 23, I e II, §3º; e 120 da Lei 8.666/93.

⁵² A modalidade de licitação obrigatória para a alienação de bens imóveis pela Administração Pública é a concorrência, nos termos dos artigos 17, I, e 23, §3º, ambos da Lei 8.666/93, ressalvados os casos estabelecidos pelo artigo 19 da referida legislação.

⁵³ O artigo 19, III, da Lei 8.666/93, acerca das alienações de bens imóveis pela Administração Pública, assevera que: “Os bens imóveis da Administração Pública, cuja aquisição haja derivado de procedimentos judiciais ou de dação em pagamento, poderão ser alienados por ato da autoridade competente, observadas as seguintes regras: (...); III – adoção do procedimento licitatório, sob a modalidade de concorrência ou leilão”.

⁵⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. 14ªed. 2ª tiragem. atual. por AZEVEDO, Eurico de Andrade; MONTEIRO, Vera. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 79.

⁵⁵ Os cadastros administrativos necessários para que os licitantes sejam habilitados na modalidade tomada de preços, estão regulamentados nos artigos 34 a 37 da Lei 8.666/93, tratando-se basicamente de um registro de fornecedores de bens, serviços ou obras, que já participam de licitações, o que agilizará o procedimento de habilitação à análise das propostas.

Entretanto, aqueles que, preenchendo todos os requisitos do cadastramento, e até o terceiro dia anterior ao termo para o recebimento as propostas, requerendo neste sentido, também poderão participar do certame⁵⁶.

Quanto aos diplomas legais que regulam a tomada de preço, têm-se, quanto à observância de seu prazo, os artigos 21, §2º, I, “b”, e III, da Lei 8.666/93, e, por outro lado, quanto à impugnação de cadastramento negado, o artigo 109, §2º, da referida legislação.

A terceira modalidade de licitação trazida pela Lei 8.666/93 é o convite, a mais simples das modalidades comuns de licitações. Aqui, a Administração escolherá⁵⁷, pelo objeto a ser contratado, independentemente de estarem ou não cadastrados, os participantes da licitação, enviando-lhes carta convite, o instrumento convocatório específico dessa modalidade de licitação.

Por ser um procedimento menos complexo⁵⁸, com menos formalidades que as demais modalidades de licitação, o artigo 23 da Lei 8.666/93, que regula as hipóteses de cada uma das modalidades de licitação, determinou que, a critério da Administração Pública, as licitações para a realização de obras e serviços de engenharia, com valor inferior a R\$ 150.000,00 (Cento e Cinquenta Mil Reais) e aqueles de valor inferior a R\$ 80.000,00 (Oitenta Mil Reais), para as demais situações, poderão se dar mediante convite.

Ainda sobre o convite, cabe ressaltar que pela parte final do §3º, do artigo 22 da Lei Geral das Licitações e Contratos Administrativos, percebe-se que os interessados que forem cadastrados nos termos do cadastro administrativo da

⁵⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Ibidem* 'Curso'. p. 558.

⁵⁷ No tocante ao convite e a escolha dos interessados pela Administração, o artigo 22, §3º, da Lei 8.666/93, determina que: “Convite é a modalidade de licitação entre interessados do ramo pertinente ao seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de três pela unidade administrativa, a qual afixará, em local apropriado, cópia do instrumento convocatório e o estenderá aos demais cadastrados na correspondente especialidade que manifestarem seu interesse com antecedência de até 24 (vinte e quatro) horas da apresentação das propostas”.

⁵⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Ibidem* 'Curso'. p. 322.

tomada de preços poderão, em até 24 (vinte e quatro) horas antes da data designada para abertura das propostas, pleitearem sua habilitação, e respectiva análise de proposta.

A quarta modalidade de licitação é o concurso, que será destinado a escolha, especificamente, de trabalhos artísticos, científicos ou técnicos, mediante estipulação de prêmio ou remuneração ao (s) vencedor (es).

É o que está disposto no §4º, do artigo 22, da Lei 8.666/93, que assim disciplina:

“Concurso é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para a escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, conforme critérios constantes de edital publicado na imprensa oficial com antecedência mínima de 45 (quarenta e cinco) dias”.

Nestes termos, Maria Sylvia Z. Di Pietro, acerca da modalidade de licitação concurso, quando realizada para obtenção de projetos, e da possibilidade de utilização da ideia vencedora pela Administração, entende que “de acordo com o artigo 52, §2º, em se tratando de projeto, o vencedor deverá autorizar a Administração a executá-lo quando julgar conveniente, devendo ser observada também a norma do artigo 111, da Lei 8.666/93⁵⁹.”

Por fim, a última modalidade de licitação estabelecida no rol do artigo 22, da Lei 8.666/93, é o leilão, regulado pelas disposições do §5º, do artigo 23 desta Lei.

O leilão é utilizado pela Administração Pública sempre que ser efetivar a venda de bens móveis, inservíveis ao seu interesse, bem como nos casos de alienações de bens adquiridos pela Administração por dação em

⁵⁹DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Ibidem* 'Direito Administrativo'. p. 340.

pagamento, ou qualquer outro procedimento judicial, nos termos do artigo 19, III, da citada legislação.

Ressalta-se que, aos bens semoventes⁶⁰ que por ventura a Administração detenha e queira alienar, a Lei 8.666/93, nada diz, sendo que nestes casos, por se considerarem uma espécie de bens móveis, a Administração poderá utilizar-se da modalidade leilão, para realizar a licitação desses bens.

Assim, a última modalidade de licitação é o pregão, instituído pela Lei 10.520, de 17 de julho de 2002, adveio na tentativa de acelerar o procedimento licitatório. Não é de observância obrigatória⁶¹, trata-se de uma discricionariedade da Administração adotar, ou não o pregão.

Ressalta-se que, quanto à obrigatoriedade ou não do pregão, o Decreto 5.450, de 31 de maio de 2005, por onde a União, no âmbito de suas licitações, observando a vontade da Lei em acelerar os procedimentos licitatórios, tornou obrigatória a observância da modalidade leilão.

O pregão poderá ser efetivado de duas formas: presencial ou eletronicamente. O referido Decreto da União excepcionou algumas matérias, não possibilitando que seja objeto de leilão eletrônico, o que está determinado em seu artigo 6º⁶².

Portanto, o pregão, regra geral, será facultativo à Administração, recaindo nos casos onde a licitação tratar-se de aquisição, ou contratação de bens ou serviços de natureza comum, definidos pelo parágrafo único, do artigo 1º, da Lei 10.520/2002, como sendo aqueles *cujos padrões de desempenho e qualidade*

⁶⁰ Semoventes, são os bens móveis que possuem movimentação própria, nos termos do artigo 82, do Código Civil Brasileiro de 2002, podendo ser animais selvagens, domésticos ou domesticados. Por exemplo, são semoventes os cavalos da guarda montada das polícias militares dos Estados.

⁶¹ O artigo 1º, da Lei 10.520/2002, dispõe que, para a aquisição de bens ou serviços comuns, a Administração *podrá* adotar como modalidade da licitação, o pregão.

⁶² Não podem ser objeto de pregão eletrônico, no âmbito da União, as licitações envolvendo obras de engenharia e as locações imobiliárias, bem como as alienações de modo geral.

*possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meios de especificações usuais de mercado.*⁶³

III. 3 – Tipos de Licitação.

A Lei 8.666/93 tratou também dos tipos de licitação⁶⁴, ou seja, da forma pela qual os agentes públicos, responsáveis pelo certame, encontram a melhor proposta para a Administração, qual seja, aquela mais vantajosa⁶⁵ aos interesses do serviço público, de modo que se determinou quatro tipos de licitação, conforme se depreende da leitura do artigo 45 e seu §1º, da citada Lei, que determinam:

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

§1º - Para os efeitos deste artigo, constituem tipos de licitação, exceto na modalidade concurso:

I – a de menos preço - quando o critério de seleção da proposta mais vantajosa para Administração determinar que será vencedor o licitante que apresentar a proposta de acordo com as especificações do edital ou convite e ofertar o menor preço;

⁶³ Para estudos mais claros acerca da modalidade de licitação pregão, *vide* CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 23ªed. rev., ampl. e atual.. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2010. Capítulo VI, *sub* item XVII. p. 327 a 346.

⁶⁴ O professor Celso Antônio Bandeira de Mello, analisando a terminologia “tipos de licitação”, utilizada pelo legislador para exprimir os critérios utilizados pelos agentes públicos para a classificação das propostas nas licitações, assim entende: “Esclareça-se que a Lei denomina “tipos de licitação” ao que na, verdade, são os distintos critérios fundamentais de julgamento por ela estabelecidos para obras, serviços e compras (não para concurso e leilão), vedada a criação de outros (art. 45, §5º)”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Ibidem* ‘Curso’. p. 601. Este também é o entendimento de Hely Lopes Meirelles, *vide* MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. 14ªed. 2ª tiragem. atual. por AZEVEDO, Eurico de Andrade; MONTEIRO, Vera. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 163.

⁶⁵ Neste sentido, o eminente administrativista Hely Lopes de Meirelles, acerca da visualização da proposta mais vantajosa para a Administração Pública, entende que: “Proposta mais vantajosa é a que melhor atende aos interesses do serviço público. Nem sempre será a de menor preço, pois este fator, que já fora decisivo no sistema anterior, cedeu lugar para as vantagens da técnica. A proposta mais vantajosa será, portanto, aquela que melhor servir aos objetivos da Administração, dentro do critério de julgamento preestabelecido no edital.” (MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. 14ªed. 2ª tiragem. atual. por AZEVEDO, Eurico de Andrade; MONTEIRO, Vera. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 159).

- II – a de melhor técnica;
- III – a de técnica e preço;
- IV – a de maior lance ou oferta – nos casos de alienação de bens ou concessão de direito real de uso.”

Desta feita, no *tipo de licitação* menor preço a proposta deverá estar de acordo com as especificações do edital ou convite, sendo vencedor, aquele que, dentre os vários habilitados, ofertar o *menor preço*. Não há análise de custo benefício, os examinadores pautar-se-ão simplesmente, pelo preço ofertado, bem como pela observância dos critérios estipulados no edital.

Ressalta-se que em caso de empate entre as propostas, após serem aplicados, infrutiferamente, os critérios de habilitação do edital, serão os estipulados no artigo 3º, §2º, da Lei 8.666/93⁶⁶, sendo que, permanecendo o empate, será efetuado sorteio⁶⁷ entre os licitantes, obedecendo a publicidade dos atos administrativos, em especial, aqueles inerentes aos certames.

Por outro lado, enquanto o menor preço, utilizado para a contratação de obras ou serviços de qualquer natureza, o *tipo de licitação* melhor técnica, é aquele utilizado para os serviços de natureza predominantemente intelectual⁶⁸, em especial na contratação de serviços destinados a elaboração de projetos, cálculos, fiscalização, supervisão e gerenciamento e de consultoria em serviços de engenharia em geral.

⁶⁶ O Art. 3º, §2º, da Lei 8.666/93, determina que: “*Em igualdade de condições, como critério de desempate, será assegurada a preferência, sucessivamente, aos bens e serviços: (I) – produzidos ou prestados por empresas brasileiras de capital nacional; (II) – produzidos no País; (III) – produzidos ou prestados por empresas brasileiras; (IV) – produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País*”. Ressalta-se que o disposto no inciso I não tem mais aplicação, porque o conceito de empresa brasileira de capital nacional desapareceu com a revogação do artigo 171 da CR/88, pela Emenda à Constituição n. 6/95.

⁶⁷ Frente à obrigatoriedade do sorteio em caso de permanência do empate entre os licitantes, após a observação das preferências do art. 3º, §2º, da Lei 8.666/93, o artigo 45, §2º, da citada legislação, dispõe que: “*No caso de empate entre 2 (duas) ou mais propostas, e após obedecido o disposto no §2º do art. 3º desta Lei, a classificação se fará, obrigatoriamente, por sorteio, em ato público, para o qual todos os licitantes serão convocados, vedado qualquer outro processo.*”

⁶⁸ MUKAI, Toshio. *Ibidem* “*Licitações e Contratos Públicos*”. p. 73.

Destaca-se que o critério de classificação da melhor técnica será definido pelo próprio edital de convocação, sendo que para isso, utilizar-se-á, critérios estritamente objetivos de classificação.

A classificação da melhor técnica se dará pela observância, além da técnica, de seu preço, ou seja, em um primeiro plano, serão classificadas, em ordem decrescente, as melhores técnicas, sendo que após, serão observados os preços de cada uma destas técnicas, vencendo aquele que se observar a técnica mínima exigida pela Administração, bem como o preço mais barato⁶⁹.

No que tange ao *tipo de licitação* técnica e preço, o vencedor do certame será definido após a realização de uma média ponderada entre a técnica apresentada e o preço do produto ou serviço oferecido, sendo que caberá ao edital ou a carta convite, elaborar os requisitos para aferição desta média ponderada, lembrando que estes, devem ser obrigatoriamente, objetivos.

Assim, Toshio Mukai, analisando o tipo de licitação em destaque, ressalta que *na licitação de técnica e preço, para a aferição da melhor proposta, será feita avaliação e valorização das propostas de preços, e a classificação dos proponentes far-se-á de acordo com a média ponderada das valorizações das propostas técnicas e de preço*⁷⁰.

Sob tais apontamentos, destaca-se também o entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem:

“Nas licitações de técnica e preço (III), as quais são reguladas no §2º, do art. 46, o critério de seleção da melhor proposta é o que resulta da média ponderada das notas atribuídas aos fatores técnica e preço, valorados na conformidade dos pesos

⁶⁹ Imagine a seguinte situação: classificaram-se na ordem de melhor técnica A, B e C, sendo que na ordem de menor preço, a classificação foi C, A e B. Assim, A, como classificou-se na técnica em primeiro, terá preferência em fazer, pelo mesmo preço de C, o serviço licitado, sendo que se não fizer, passa-se para B, nos mesmos termos da preferência de A, sendo que se este também não se manifestar, C será o vencedor, pois possui o mínimo de técnica exigido pela Administração, bem como, o menor preço.

⁷⁰ MUKAI, Toshio. *Ibidem* “*Licitações e Contratos Públicos*”. p. 74.

e critérios estabelecidos no ato convocatório. Dele deverão constar, tal como na licitação de melhor técnica, critérios claros e objetivos para identificação de todos os fatores pertinentes que serão considerados para avaliação da proposta técnica.”

Finalmente, no *tipo de licitação* maior lance será vencedor aquele licitante que ofertar o maior lance ou oferta pelo produto que é alvo de alienação pela Administração.

Neste sentido, há que ressaltar o entendimento de Hely Lopes Meirelles, que, explicando o tipo de licitação maior lance ou oferta, determinado pelo art. 45, IV, da Lei 8.666/93, assevera:

“(…) na licitação de maior lance ou oferta, nos casos de alienação de bens ou concessão de direito real de uso, a proposta mais vantajosa é aquela que maior numerário carrear para os cofres públicos, na razão inversa da licitação de menor preço.”

Portanto, a Administração Pública ao analisar qual das propostas, nas diferentes modalidades de licitação, é a mais vantajosa para os interesses públicos, deverá pautar-se por um desses critérios de julgamento de proposta – tipos de licitação – não podendo, inclusive, criar outros diversos, conforme determinado pelo artigo 45, §5º, da Lei 8.666/93.

III. 4 – Os Procedimentos Inerentes às Licitações.

As licitações são compostas de vários atos, estes que representam uma série de procedimentos⁷¹. Tais procedimentos são diversos, em atendimento às várias hipóteses possíveis de licitações, pois para cada modalidade de licitação, existirá um procedimento específico a ser observado pelos licitantes e, principalmente, pela Administração Pública.

⁷¹ Acerca da análise e do julgamento das propostas das Licitações, destacam-se o disposto no artigo 43, da Lei 8.666/93, que delimita quais os procedimentos deverão ser observados neste desiderato.

Desta feita, para melhor análise dos procedimentos das licitações, serão utilizados neste tópico, os entendimentos adotados por Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁷², haja vista que pela clareza de suas explicações e a propriedade de sua doutrina, a explicação dos diferentes procedimentos, inerentes às licitações, será facilitado.

Desse modo, em um apanhado geral acerca dos responsáveis por analisar e executar os procedimentos de cada modalidade de licitação, estes que devem ser, obrigatoriamente seguidos pela Administração e pelos licitantes, a citada autora, destaca que:

“O procedimento da licitação fica a cargo de uma Comissão, permanente ou especial, composta de, pelo menos, três membros (art. 51, da Lei 8.666/93), sendo pelo menos dois deles servidores qualificados pertencentes aos quadros permanentes dos órgãos da Administração responsáveis pela licitação; apenas no caso de convite, a comissão poderá ser substituída por servidor formalmente designado pela autoridade competente, desde que se trate de pequena unidade administrativa em que a exiguidade de pessoal disponível justifique a medida (§1º); e, no caso de pregão, a licitação é realizada por um pregoeiro, que é um servidor do órgão promotor do procedimento, escolhido e designado pela autoridade competente, ficando a seu cargo a análise da aceitabilidade das propostas e lances, a classificação, a habilitação e a adjudicação do objeto do certame ao licitante vencedor (art. 3º, IV, da Lei 10.520/2002). (...). No caso de concurso, o julgamento deverá ser feito por comissão especial integrada por pessoas de reputação libada e reconhecido conhecimento da matéria, não havendo a necessidade de serem servidores públicos (art. 51, §5º); (...).”

Nestes termos, os primeiros procedimentos a serem analisados, são os inerentes à modalidade de licitação concorrência. A concorrência, dentre as várias modalidades de licitação, é aquela com maior abrangência, haja vista que seus procedimentos atuam subsidiariamente às demais modalidades de licitação, quando essas, em suas diretrizes, não regulam satisfatoriamente o certame.

Assim, destacam-se na concorrência as seguintes fases: elaboração do edital, exigência de observância aos requisitos objetivos para a habilitação,

⁷² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 18ªed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 342 a 358.

classificação das propostas, a homologação da proposta vencedora e a adjudicação do vencedor ao objeto do contrato.

O edital, “a lei da licitação e do contrato administrativo”, é o instrumento pela qual a Administração Pública, na concorrência, chama os interessados para participarem do certame, informando-lhes os requisitos inerentes a habilitação, o objeto a ser contratado, os requisitos técnicos e financeiros que os licitantes deverão comprovar, dentre uma série de outras exigências, cada qual com sua objetividade obrigatória. Em síntese, o edital é o meio pelo qual a Administração Pública faz sua oferta de contratação àqueles interessados que obedecem às exigências nele determinadas.

Ainda sobre a importância do edital para a concorrência e, conseqüentemente, para as licitações, destaca-se o disposto no artigo 41, da Lei 8.666/93, que assim dispõe que “*A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.*” Tal disposição, representa o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, delineado no Capítulo II, subitem II.3.2 acima.

Ademais, será o artigo 40, seus incisos e parágrafos, da supracitada legislação, que regulamentará pormenorizadamente, como será redigido o edital das licitações. Devem-se observar, em especial, as exigências do *caput* do citado dispositivo acerca do preâmbulo do edital, pois este deverá conter além do nome da repartição interessada, *a modalidade, o regime de execução e o tipo de licitação, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes*, dentre outras exigências.

A habilitação por sua vez, é a segunda fase da licitação. Será na habilitação que se dará a abertura dos envelopes, ou seja, da análise acerca da documentação dos licitantes, se estão ou não conforme o disposto no instrumento convocatório.

Com relação à documentação – essa poderá ser apresentada em original ou em qualquer modelo de cópia autenticada (art. 32, da Lei 8.666/93) – exigida pela Lei Geral das Licitações e Contratos Administrativos para que possam participar efetivamente de um certame, destacam-se o determinado pelo artigo 27, da mencionada Lei, de onde se pode aferir que:

“Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa à: (I) – habilitação jurídica; (II) – qualificação técnica; (III) – qualificação econômico financeira; (IV) – regularidade fiscal; (V) – cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.”

Em análise constitucional deste dispositivo, pode-se concluir que nos termos do artigo 37, XXI, da Carta Constitucional de 1988, somente serão exigíveis a documentação referente à qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do efetivo cumprimento do objeto da licitação⁷³.

Nestes termos, resumidamente, na habilitação será efetivada a abertura pública dos envelopes da documentação, que deverá ser rubricada pelos licitantes e pelos agentes públicos responsáveis pelo certame (§§1º e 2º, do artigo 43 da Lei 8.666/93), sendo devidamente habilitados, os licitantes que estiverem com seus documentos dentro daquilo exigido pelo edital, sendo que conclusa a fase de habilitação, não será mais possível desclassificar o licitante por motivos inerentes à habilitação (§5º, do artigo 43).

⁷³ Nestes termos, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, destaca que: “O que não parece mais exigível, a partir da Constituição de 1988, é a documentação relativa à regularidade jurídico fiscal, ou seja, prova de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Geral de Contribuintes (CGC), prova de inscrição no cadastro de contribuintes estadual ou municipal e prova da regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal, pois isto exorbita do que está previsto na Constituição; além disso, não se pode dar à licitação – procedimento já bastante complexo – o papel de instrumento de controle de regularidade fiscal, quando a lei prevê outras formas de controle voltadas para essa finalidade. A única exigência que tem fundamento constitucional, dentre as contidas no artigo 29, é a do inciso IV, referente à regularidade perante a seguridade social, exigida pelo artigo 195, §3º, da Constituição, em cujos termos ‘a pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o Poder Público nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais os créditos.’”(DI PIETRO, *Ibidem*. “Direito Administrativo”. p. 345 e 346.

Por fim, deve se destacar o trazido pelo artigo 114 da Lei 8.666/93, que prevê, quando a modalidade de licitação for à concorrência, uma *pré-qualificação*, ou seja, um tipo de habilitação prévia, que poderá ocorrer, a critério da Administração, sempre que, pelo objeto licitado, for necessária uma análise mais detida dos requisitos técnicos dos interessados, necessários para a sua habilitação.

Outro procedimento que deverá ser observado no decorrer das licitações será a classificação das propostas, que ocorrerá observando-se os diferentes *tipos de licitação* a serem escolhidos pela Administração. A classificação das propostas é a fase onde se julgam as propostas, ordenando-as por preferência, observados os critérios objetivos de julgamento delineados obrigatoriamente no instrumento convocatório do certame.

Assim, na classificação das propostas, se todas essas forem desclassificadas, a Administração, a seu critério, poderá conceder aos licitantes, prazo de oito dias úteis, nos termos do artigo 48, §3º, da Lei 8.666/93, para apresentação de outras, sendo que no caso da modalidade convite, esse prazo poderá ser reduzido há três dias úteis.

Deve-se destacar que tal possibilidade visa garantir ao certame o menor gasto possível, pois a instauração de novo certame, nos casos onde a contratação direta não se faz possível, onerará ainda mais, os valores dos procedimentos.

Adiante, o quarto procedimento na concorrência a ser observado, é a fase de homologação conforme determinado pelo artigo 43, VI, da Lei 8.666/93. A citada legislação prevê a homologação como sendo um dos atos finais do procedimento licitatório, haja vista que este consiste na homologação e, posteriormente, na adjudicação da proposta vencedora.

A homologação, bem como a adjudicação, não está dentro dos atos tomados pela comissão de licitação, pois são de competência da autoridade superior.

Neste desiderato, *a homologação se equivale à aprovação do procedimento*⁷⁴, ou seja, proposta vencedora observando todos os requisitos instituídos pelo edital, autoridade superior aprovará o certame⁷⁵.

Por fim, o último procedimento na modalidade concorrência, é o referente à adjudicação do objeto a ser licitado pelo vencedor do certame. A adjudicação caberá a mesma autoridade responsável pela homologação.

A adjudicação é ato declaratório pelo qual a Administração proclama o direito do licitante vencedor, de contratar, em preferência aos demais, o objeto da licitação, haja vista que a adjudicação não gera direito adquirido, mas apenas a expectativa de contratação pelo vencedor do certame.

Entretanto, Hely Lopes Meirelles⁷⁶ destaca alguns efeitos jurídicos inerentes à adjudicação, asseverando que:

“São efeitos jurídicos da Adjudicação: a) a aquisição do direito de contratar com a Administração nos termos em que o adjudicatário venceu a licitação; b) a vinculação do adjudicatário a todos os encargos estabelecidos no edital e aos prometidos na sua proposta; c) a sujeição do adjudicatário às penalidades previstas no edital e à perda de eventuais garantias oferecidas, se não assinar o contrato no prazo e condições estabelecidos; d) o impedimento de a Administração contratar o objeto licitado com qualquer outro que não seja o adjudicatário; e) a liberação dos licitantes vencidos dos encargos da licitação.”

Assim, pela adjudicação encerram-se os procedimentos inerentes à modalidade de licitação concorrência, sendo que, no tocante as demais

⁷⁴ DI PIETRO, *Ibidem* “Direito Administrativo”. p. 353.

⁷⁵ Caso a autoridade superior, responsável pela homologação do certame, decida, por motivos de interesse público, devidamente demonstrados, a homologação poderá dar lugar a revogação do ato, conforme se depreende pela análise do enunciado 473 da Súmula do STF.

⁷⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Ibidem* “Licitação e Contrato Administrativo”. p. 174.

modalidades, que subsidiariamente observam os procedimentos descritos acima, devem ser destacados alguns pontos específicos a cada uma delas.

Desse modo, os procedimentos nas licitações que utilizarem a modalidade tomada de preços, se distinguem basicamente daqueles esculpido pela concorrência, pela diferença no prazo de publicação do edital de convocação (artigo 21, §2º, III, da Lei 8.666/93) e pela inversão de fases quando a habilitação será feita antes mesmo do início da licitação, nos casos de registros cadastrais dos licitantes (artigo 22, §2º, da Lei 8.666/93).

No que tange ao procedimento da modalidade de licitação convite, se vê que a legislação optou pela simplicidade, pois a carta convite será destinada a três interessados, com cinco dias úteis de antecedência, sendo que, qualquer servidor designado pela autoridade administrativa poderá efetivar tais atos (artigo 51, §1º, da Lei 8.666/93). Ressalta-se que, após serem recebidos os envelopes de propostas, as demais fases serão: a classificação, a adjudicação e a homologação, invertendo-se a ordem dessas duas, em comparação aos procedimentos da modalidade concorrência.

No concurso os critérios de julgamento das propostas previsto no artigo 45 da Lei 8.666/93, não serão observados, sendo que a referida legislação não estabelece expressamente o procedimento a ser adotado no concurso, delegando a cada licitação, sua regulação específica.

Desta feita, no concurso não existirá qualquer equivalência entre a remuneração ou o prêmio pago ao trabalho vencedor, com a sua qualidade, pois será vencedor do concurso, os trabalhos técnico, científico ou artístico que forem tidos como sendo os melhores, no entendimento de banca examinadora, remunerando-se pelo que estiver estipulado no edital, e não por sê-lo melhor ou pior do que outros.

Por fim, quanto ao leilão, última modalidade de licitação prevista na Lei 8.666/93, seus procedimentos serão regulamentados por legislação própria, conforme determinado pelo artigo 53, da citada Lei.

Entretanto, destaca-se que o leilão poderá ser efetivado por leiloeiro oficial, ou outro servidor para esse fim designado, sua realização deverá ser amplamente divulgada (artigo 53, §4º), os bens deverão ser pagos à vista, ou em percentual estabelecido no edital ou, ainda, em percentual nunca inferior a 5% do valor da arrematação, sendo que após a assinatura da ata da realização do ato, os bens serão entregues ao arrematante.

Vistos todos os procedimentos trazidos por cada modalidade de licitação estatuída pela Lei 8.666/93, cabe agora destacar os procedimentos da modalidade pregão, inaugurada pela Lei 10.520/2002.

Dentre os vários procedimentos do pregão, destacam-se aqueles de maior importância, tais como: a publicação do edital de convocação, o julgamento das propostas e sua respectiva classificação, que se darão pelo *tipo de licitação* menor preço, a habilitação do licitante que efetivar a melhor proposta, a adjudicação desta proposta e sua respectiva homologação – observa-se que aqui também houve uma inversão de etapas, em relação ao disposto para a modalidade de licitação concorrência – todas essas etapas descritas no artigo 4º, da Lei 10.520/2002.

Assim, as maiores peculiaridades envolvendo o pregão, estão contidas no julgamento e classificação das propostas, haja vista que para isso, os envelopes serão entregues abertos, e em sessão de julgamento, por onde os licitantes poderão efetivar lances orais, dentre outras peculiaridades.

Para melhor explanação de tais pontos, destaca-se a doutrina de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que expõe acerca do julgamento e da classificação das propostas no pregão⁷⁷:

“Essa fase apresenta alguma peculiaridade em relação às demais modalidades de licitação, porque combina proposta escrita com lances verbais; os envelopes contendo as propostas são entregues e abertos na sessão pública supra referida; haverá um exame prévio da conformidade das propostas em os requisitos estabelecidos no edital. Embora a lei não diga, se não forem atendidos os requisitos do edital pertinentes à proposta, a consequência inevitável é a desclassificação das que não estejam de acordo com as exigências, conforme artigo 48 da Lei 8.666/93, de aplicação subsidiária. O autor da oferta de valor mais baixo e os das ofertas até 10% superiores àquela poderão fazer novos lances verbais e sucessivos, até a proclamação do vencedor (inciso VIII); embora a lei não o diga expressamente, é evidente que os demais ficam fora do certame. No entanto, se não houver pelo menos três ofertas nas condições definidas no inciso VIII, os autores das três melhores propostas poderão oferecer novos lances verbais e sucessivos, quaisquer que sejam os preços oferecidos (inciso IX).”

Portanto, os procedimentos, das diferentes modalidades de licitação, serão designados e observados nos casos concretos. Devem os instrumentos convocatórios do certame delimita-los ao máximo, de modo que o certame esteja totalmente vinculado, não cabendo assim, discricionariedade ou quaisquer atos que objetivem a constituição de preferências que ensejem a nulidade do procedimento, fato que ocasionaria ônus a Administração Pública contrário ao melhor interesse público.

IV – LEI COMPLEMENTAR 123/2006 E SEUS ASPÉCTOS GERAIS: O Atual Tratamento Normativo Dispensado às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte.

As microempresas (M.E.) e as empresas de pequeno porte (E.P.P.), constituídas hoje por comandos normativos, formalidades, parâmetros e regulamentos próprios, concretizando-se assim como pessoas jurídicas de direito

⁷⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Ibidem* “Direito Administrativo”. p. 357.

privado interno⁷⁸, durante a evolução da sociedade brasileira, não foram regulamentadas a partir de preceitos normativos próprios.

Desta feita, após o Código Comercial de 1850, que regulava as atividades comerciais no país, e do Código Civil de 1916 que tratava do direito civil adstrito às relações comerciais, existiram várias leis separadas dessas codificações que regulamentavam as atividades das M.E. e E.P.P., ou seja, haviam normas esparsas para disciplinar o direito *do pequeno comércio*.

Nestes termos, a primeira legislação a tratar de vários assuntos a respeito das pequenas empresas, foi a Lei 7.256 de 27 de novembro de 1984. Esta legislação foi conhecida como Estatuto da Microempresa, pois, diversamente das demais leis até então existentes, regulava vários assuntos atinentes a microempresa.

Com a edição da referida lei, foram resguardados às microempresas privilégios, estes que se refletiram no atual regramento trazido pela Lei Complementar 123 de 14 de dezembro de 2006. A Lei 7.256/84 impôs um tratamento diferenciado, simplificado e favorecido às microempresas em diversas áreas, tais como: tributária, administrativa, trabalhista, previdenciária, de incentivo ao seu desenvolvimento empresarial e, por fim, creditícia com a facilitação de acesso ao crédito.

Neste desiderato, com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil em 5 de outubro de 1988, que trouxe em seu amálgama normativo, inúmeros direitos e deveres inerentes a União, aos Estados, aos Municípios, ao Distrito Federal e a Sociedade em geral, dentre os quais cita-se a proteção das microempresas e empresas de pequeno porte, conforme disposto

⁷⁸ O presente trabalho restringe-se ao estudo das microempresas e empresas de pequeno porte a partir da publicação da Lei Complementar 123/2006 no âmbito do direito privado interno, ou seja, as discussões levantadas, os pontos debatidos, e as conclusões alcançadas, restringir-se-ão às normas do direito pátrio conforme determinado pelo inciso IX, do artigo 170 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

pelos artigos 170, IX e 179 da Carta Cidadã, as M.E. e E.P.P. ganharam ainda mais respaldo normativo em seu desenvolvimento.

Desse modo, o então vigente Estatuto das Microempresas (Lei 7256/84), com a promulgação do novo texto constitucional, sofreu mudanças em suas disposições, essas que foram se introduzindo com a publicação de sucessivas legislações, dentre as quais se ressalta as Leis 8.864 de 24 de março de 1994, 9.317 de 5 de dezembro de 1996, conhecida como Lei do Simples, que revogou a parte tributária do referido Estatuto das Microempresas e, por fim, a Lei 9.841 de 5 de outubro de 1999, que passou a ser conhecida como o novo Estatuto das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte.

Desta feita, foram essas as leis, dentre outras, as de maior importância na consolidação dos direitos das M.E e E.P.P. após a promulgação da Constituição Federal de 1988. Ressalta-se que as supracitadas leis vigoraram no país até a publicação da Lei Complementar 123/2006, que revogou referidas disposições, estatuinto um novo diploma legal acerca das M.E e E.P.P.

Assim, o atual regramento disciplinado às M.E. e E.P.P. é o exposto na Lei Complementar 123/2006. Legislação complementar ao texto constitucional que regulamenta os direitos trazidos pelos artigos 146, III, “d”; 170, IX e 179 da Constituição da República de 1988 (CR/88), bem como os do artigo 47, §1º e 94 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT).

IV. 1 – Microempresa e Empresa de Pequeno Porte: *Conceitos e Distinções.*

As microempresas (M.E.) e empresas de pequeno porte (E.P.P.), disciplinadas pela Lei Complementar 123 de 14 de dezembro de 2006 (LC 123/2006), tratam-se de pessoas jurídicas com tratamento diferenciado, conforme

determinado pelos artigos 146, III, "d"; 170, IX e 179 da CR/88, bem como os do artigo 47, §1º e 94 do ADCT, que dispõem respectivamente:

Art. 146 – Cabe à lei complementar:

(...);

III – estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

(...);

"d" – definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, inclusive regimes especiais ou simplificados no caso do imposto previsto no art. 155, II, das contribuições previstas no art. 195, I e §§ 12 e 13, e da contribuição a que se refere o art. 239.

(...).

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

(...);

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

(...).

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

Art. 47 – (...).

§ 1º - Consideram-se, para efeito deste artigo, microempresas as pessoas jurídicas e as firmas individuais com receitas anuais de até dez mil Obrigações do Tesouro Nacional, e pequenas empresas as pessoas jurídicas e as firmas individuais com receita anual de até vinte e cinco mil Obrigações do Tesouro Nacional.

Art. 94. Os regimes especiais de tributação para microempresas e empresas de pequeno porte próprios da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios cessarão a partir da entrada em vigor do regime previsto no art. 146, III, d, da Constituição.

Como visto, a CR/88, antevendo a necessidade de proteção dos pequenos negócios, resguardou proteção às M.E e E.P.P., possibilitando que os primeiros trabalhos das empresas, que em geral começam pequenos, enquadrando-se nos termos da LC 123/2006, possam ser protegidos, de modo a compatibilizar as oportunidades das empresas, em especial no tocante as licitações administrativas.

Desse modo, a LC 123/2006 em seu Capítulo II, traz a definição de M.E e E.P.P., conforme exposto no artigo 3º, as microempresas e empresas de pequeno porte são:

Art. 3º - Para 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 artigo 966 da Lei 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 igual ou inferior a R\$ 2.400.000,00 (dois milhões e quatrocentos mil reais).

Assim, o conceito e a diferença entre as M.E e as E.P.P., consideradas as demais pessoas reguladas pelo *caput* do artigo supracitado, serão percebidos através da receita bruta auferida pela pessoa, em cada ano calendário de suas negociações.

Nestes termos, caso a pessoa jurídica aufera receita bruta até R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais) em cada ano calendário, será tida como microempresa, por outro lado, se auferir valor superior a este, mas igual ou inferior a R\$ 2.400.000,00 (dois milhões e quatrocentos mil reais), será considerada empresa de pequeno porte.

Desta feita, para a definição das pessoas jurídicas que se enquadram como M.E. e E.P.P., a LC 123/2006 considera o fator receita bruta, ou seja, os produtos das vendas de bens e serviços nas operações de conta própria, bem como o preço dos serviços prestados e resultados das operações em conta alheia, sendo, para tanto, excluídas as vendas canceladas e os descontos incondicionais concedidos, conforme se depreende na leitura do §1º, do artigo 3º da LC 123/2006.

IV. 2 – Aspectos da Política de Imersão Econômica das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte.

O pequeno empreendedor, o microempresário e as empresas de pequeno porte, dentre outros de pouca expressão econômica para o mercado, em um país em desenvolvimento socioeconômico como o Brasil, representam a segurança da circulação da renda produzida pelos brasileiros, pois os grandes aglomerados industriais, as multinacionais, as transnacionais, as grandes empresas, estão longe da realidade do povo brasileiro, acostumado com pequenas mercearias, bares, padarias, essas, ao contrário daquelas, fazem parte do cotidiano do brasileiro.

O povo brasileiro, conhecido pelo mundo por ser amigo, hospitaleiro, de “bem com a vida”, conquistou esse *statu*, muito em decorrência de situações que demonstram a proximidade dos pequenos negócios com a realidade das pessoas, tais como: as rodas de samba de fim de semana nos bares de esquina das pequenas, médias e grandes cidades, com as conversas no café da manhã nas padarias, com as *prosas* das costureiras, das lavadeiras, das quitandeiras, dentre outros, negócios que movimentam a economia do país, e fortalecem, expressivamente, a distribuição da renda entre as várias camadas sócias.

Percebendo esses fatos, o legislador, visando concretizar as prerrogativas esculpidas na CR/88 no que tange as M.E. e E.P.P., bem como a proteger essas pessoas jurídicas em seu nascedouro, possibilitando que venham a se enraizar na sociedade, aprovou a LC 123/2006, garantindo, assim, a possibilidade efetiva de realizarem seu papel na construção de uma sociedade mais justa e isonômica.

Desse modo, com a proteção das M.E. e E.P.P. frente aos entraves burocráticos na criação e manutenção das pessoas jurídicas, a exorbitante carga tributária, bem como com a facilitação do acesso às licitações, determinando,

como visto nos tópicos anteriores, inúmeras prerrogativas às M.E. e E.P.P. em face dos demais licitantes, a LC 123/2006 corrobora a visão da sociedade e, conseqüentemente, dos legisladores, na imersão dos pequenos negócios na economia do país, haja vista sua importância na geração de riquezas e distribuição de renda.

Portanto, o tratamento diferenciado e favorecido trazido a realidade das M.E. e E.P.P., principalmente no que tange às licitações, demonstram que a política implementada com a publicação da LC 123/2006, possui a intenção de fomentar a formação e o desenvolvimento das atividades empresariais de pequeno vulto, destinando-se a amenizar as dificuldades pelas quais possivelmente passariam, essas justamente em razão da pequena magnitude do negócio.

IV. 3 – A Eficácia da Lei Complementar 123/2006 no Tocante as Licitações em que Participem as Microempresas e Empresas de Pequeno Porte.

A LC 123/2006 tracejou em seu contexto normativo, diversos regramentos legais sobre situações jurídicas que envolvam as M.E. e E.P.P., tais como: a conceituação dessas pessoas jurídicas, os efeitos tributários que enfrentaram, o acesso aos mercados econômicos, a sua participação nas licitações, a simplificação das relações de trabalho, dentre outros.

Nestes termos, a LC 123/2006 é reconhecida, como visto acima, como o Estatuto das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte, haja vista regulamentar várias situações jurídicas diferentes sobre tais pessoas jurídicas.

Desse modo, pelo fato da LC 123/2006 trazer em seu bojo um compêndio exacerbado de situações que se introduz no cenário das M.E. e E.P.P., a análise acerca da eficácia da referida legislação que aqui é abordada, referir-se-á somente aos artigos 42 a 49 do Estatuto, ou seja, sobre o tratamento dado as M.E. e E.P.P. quando participem de certames licitatórios.

Neste contexto, para aferir a eficácia da LC 123/2006 no tocante a disciplina das licitações em que estejam envolvidas as M.E. e E.P.P., se faz necessário uma análise detida de cada um dos nove artigos mencionados acima.

Assim, os artigos 42 e 43 da LC 123/2006 trazem disposições normativas frente à comprovação da regularidade fiscal pelas M.E. e E.P.P., por outro lado, os artigos 44 e 45 disciplinam seu direito de preferência em caso de empate de propostas, dispondo, inclusive, sobre o já estudado *empate ficto*.

Essas normas expostas pelo Estatuto da M.E. e E.P.P. são auto aplicáveis, ou seja, sua eficácia decorre de seu próprio regramento, não havendo assim, necessidade de outras normas, posteriores à LC 123/2006, para sua incidência aos casos concretos.

Já o artigo 46, refere-se à possibilidade de emissão de cédula de crédito microempresarial⁷⁹ -- esta possibilidade não está ligada objetivamente ao processo licitatório, apesar de constar no Capítulo da LC 123/2006 destinado a esse tema – cabendo ao Poder Executivo a sua regulamentação dentro dos 180 dias posteriores a publicação da LC 123/2006, o que restringe a eficácia deste

⁷⁹ A Cédula de Crédito Microempresarial trata-se de uma espécie de título de crédito disponível as microempresas e as empresas de pequeno porte que, ao vencerem o certame licitatório e contratarem com a Administração Pública a venda de determinado produto ou serviço, acabam não recebendo o que lhes é devido por direito. Ou seja, os valores que são empenhados/liquidados para o pagamento dos bens ou serviços prestados, não são efetivamente repassados aos contratados, de modo que a M.E. e, ou, E.P.P. lastreada pelo empenho feito, pode emitir título e negociar com esses valores. Para melhor visualização do tema, *in*. SANTANA, Jair Eduardo; GUIMARÃES, Edgar. **Licitações e o Novo Estatuto da Pequena e Microempresa: reflexos práticos da LC 123/2006**. 2ªed. atual. e ampl.. Belo Horizonte: Fórum, 2009. págs. 123 a 126.

dispositivo, haja vista a necessidade de sua posterior regulamentação – ressalta-se que a regulamentação das cédulas de crédito microempresarial ainda não ocorreu.

De outro modo, os artigos 47, 48 e 49 concretizam o tratamento privilegiado e simplificado nas licitações em face das microempresas e as empresas de pequeno porte, ressaltando que tais prerrogativas devem constar da legislação do respectivo ente que promove o certame.

Nestes termos, ressalta-se que o artigo 47, em suas linhas gerais, assegura que:

“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 da legislação do respectivo ente.*” (Grifos Nossos).

O citado dispositivo legal apresenta algumas peculiaridades que merecem destaque.

A primeira delas trata-se da palavra *poderá*, que ao ser colocada no texto do dispositivo poderia, por uma interpretação literal do mesmo, nos levar ao entendimento de que as prerrogativas dispostas na LC 123/2006 ao tratamento das M.E. e E.P.P. quando presentes nas licitações, fossem de livre disposição do ente da Administração Pública Federal, Estadual, Municipal e Distrital, responsável pelo certame.

Portanto, sob esta possível análise literal do dispositivo incitado, os comandos constitucionais dispostos, principalmente, nos artigos 170, IX e 179 da CR/88, estariam ao alvedrio da Administração Pública licitante, o que vai de encontro com os citados comandos constitucionais.

Nesse ínterim, deve-se partir de uma interpretação teleológica do diploma, de modo que o intérprete, ao se deparar com o texto do artigo 47 da LC 123/2006, deverá ater-se a noção constitucional que ensejou a publicação da referida legislação complementar, ou seja, propiciar uma leitura constitucionalizada do artigo em destaque.

Assim, as prerrogativas dadas às M.E. e E.P.P. pela LC 123/2006 no tocante às licitações em que participarem, devem ser possibilitadas, ressalvados os casos onde, pelo interesse público, a concessão de tais benefícios poderão ocasionar algum prejuízo aos cofres públicos, conforme disposto no artigo 49, III e IV da citada lei.

De outro modo, a expressão: “*desde que previsto e regulamentado da legislação do respectivo ente*”, disposta no fim do artigo 47 da LC 123/2006, restringe sua eficácia, pois demonstra a necessidade de regulamentação ordinária de cada ente da federação acerca dos direitos das M.E. e E.P.P.

Diferentemente da discussão acerca da aplicabilidade ou não dos benefícios trazidos pela LC 123/2006 em face da leitura da palavra “poderá”, aqui a literalidade interpretativa não restringirá o contorno constitucional que ensejou o Estatuto à baila, pois a supracitada parte final do artigo dispõe acerca necessidade de se elaborarem normas específicas nos Municípios, Estados, Distrito Federal e União para respeito às disposições trazidas pela nova legislação complementar.

Nestes termos, a União, através do Decreto Federal 6.204 de 2007, que 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 cumpriu com a determinação do artigo 47 parte final, da LC 123/2006, cabendo assim, aos outros entes da federação, regulamentar as disposições gerais trazidas pelo novo Estatuto.

Quanto ao artigo 48 da LC 123/2006, assim como o artigo 47, trata-se de norma de eficácia limitada⁸⁰, que, como visto anteriormente, já foi regulamentada, no âmbito da Administração Pública Federal, mediante a publicação do Decreto 6.204/2007.

Por fim, o artigo 49 da LC 123/2006 estipula situações em que o disposto nos artigos 47 e 48 não serão aplicados, determinando que:

“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 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 8.666, de 21 de junho de 1993.” (Grifos Nossos).

Aqui também há algumas peculiaridades que merecem serem pormenorizadas, em especial aquelas dispostas nos incisos I e II supramencionados, para que se possa aferir a eficácia do diploma em destaque.

Em primeiro lugar, o artigo 49 destaca algumas situações que afastaram a incidência dos dois artigos anteriormente vistos, o que demonstra seu caráter excepcional, haja vista que, somente quando ocorrer uma de suas peculiaridades, a incidência dos demais artigos restar-se-á prejudicada.

⁸⁰ As normas de eficácia limitada possuem aplicabilidade mediata, ou seja, o direito por ela regulado só será aplicável aos casos concretos, advindo lei posterior para regulá-lo completamente. Diferentemente dessas, as normas de eficácia contida são aquelas que estão reguladas suficientemente pelo legislador, mas que apresentam margens de possíveis atuações legislativas posteriores, de modo a desenvolver melhor os preceitos trazidos pela norma, ou seja, elas já possibilitam o exercício do direito. Para melhor abordagem do tema acerca da eficácia normativa, ver.: SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28ªed. rev. e ampl. até EC/53, de 19 de Dezembro de 2006. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

Vencida esta primeira observação, o inciso I, do artigo 49 destaca a necessidade dos critérios de tratamento diferenciado e simplificado dado as M.E. e E.P.P. constarem do instrumento convocatório – edital ou carta convite, dependendo da modalidade adotada para o certame.

Tal exigência, conforme o disposto no discutido artigo 47, deverá passar por uma interpretação teleológica, partindo-se da vontade do constituinte, pois do mesmo modo que não se pode deixar ao arbítrio das unidades da federação o regramento e consequente eficácia das disposições da LC 123/2006, não se pode relegar aos entes licitantes a observância das prerrogativas trazidas pelo novo Estatuto, quando fizerem ou não constar dos instrumentos convocatórios do certame⁸¹.

Desta feita, mesmo que os instrumentos de convocação não façam menção algumas as disposições da LC 123/2006, poderão as M.E. e E.P.P., identificando-se como tal, habilitarem-se no certame, exigindo que as prerrogativas que lhes são inerentes, sejam respeitadas, utilizando-se inclusive de impugnações aos instrumentos convocatórios ou recursos nos termos da Lei Geral das Licitações e Contratos Administrativos (Lei 8666/93)⁸².

Noutro lado, a necessidade de no mínimo três participantes que estejam dentro dos requisitos da LC 123/2006, determinado pelo inciso II, do artigo 49, não pode ser tomado a risca, ou seja, também deve ser interpretado a

⁸¹ O Tribunal de Contas da União, no julgamento dos Acórdãos 702/2007 – plenário e 2.144/2007 – plenário, possui entendimento de que as prerrogativas inerentes as M.E. e E.P.P., constantes ou não do instrumento convocatório, deverão ser-lhes asseguradas. Ressalta-se ainda, Acórdão nº 13/2008, no processo 335454/2007 – originário de Toledo/PR – Relator: Conselheiro Hermas Eurides Brandão, por onde o Tribunal de Contas do Estado do Paraná firmou entendimento de que os benefícios da LC 123/2006 são de aplicação obrigatória.

⁸² O instrumento convocatório poderá delimitar o objeto licitado, ou seja, demonstrar que o mesmo não poder ser produzido ou fornecido por M.E. ou E.P.P. Com isso, os direitos dessas pessoas não estarão prejudicados. Por outro lado, sempre que haja objetos que possam ser produzidos ou fornecidos por M.E. ou E.P.P., a administração deve fazer constar no edital que pautar-se-á, em caso de habilitação dessas pessoas, pelas prerrogativas da LC 123/2006, ou seja, a regra é que as prerrogativas sejam sempre incidentes, independentemente de constarem ou não do instrumento convocatório, sendo o contrário a exceção.

partir da CR/88, de modo que, mesmo existindo somente um licitante nos dentro das disposições da LC 123/2006, a este devem ser oportunizadas as prerrogativas desta lei, sob pena de afronta aos artigos 170, IX e 179 da CR/88, bem como ao artigo 1º, III da própria LC 123/2006.

Portanto, onde o legislador constituinte não excepcionou, não caberá ao legislador complementar, restringir direitos. A restrição do número mínimo de participantes se dá em relação à situação que está além da individualidade da pessoa. Imagine-se que só exista uma única M.E. ou E.P.P. em uma cidade ou região, e que esta se adapte ao objeto da licitação, por uma interpretação literal do dispositivo em discussão, ela não poderia concorrer por não haver outras M.E. ou E.P.P. como ela na cidade ou região, mesmo havendo outras pessoas jurídicas. Tal fato estar-se-ia, ao contrário do querido pela CR/88, prejudicando e dificultando o acesso dos pequenos negócios no mercado econômico.

Assim, os artigos 42 a 45, são de eficácia da LC 123/2006 plena e imediata, ou seja, já são passíveis de produzir efeitos jurídicos desde a publicação desta lei, quanto ao artigo 46, cédula de crédito microempresarial, como visto, padece re regulamentação própria pelo Poder Executivo que ainda não ocorreu. Por outro lado, os artigos 47 a 48 são de eficácia limitada, possuem regulação básica própria, mas necessitam de legislação posterior mais detalhada, para que possam ensejar-se efetivamente na proteção dos direitos queridos pela CR/88 em face das M.E. e E.P.P. – conforme se deu com a publicação do Decreto federal 6.204/2007.

Ademais, ainda no tocante a eficácia da LC 123/2006 frente às disposições acerca das licitações, é importante ressaltar o disposto do artigo 86 do Estatuto, que assim determina:

“As matérias tratadas nesta Lei Complementar que não sejam reservadas constitucionalmente a lei complementar poderão ser objeto de alteração pó lei ordinária.”

Neste desiderato, conforme disposto no artigo 22, XXVII, da CR/88, que determina ser de competência exclusiva da união Legislar sobre normas gerais de licitações e contratos administrativos, vê-se que as disposições da LC 123/2006 acerca das licitações possuem natureza de lei ordinária, o que possibilita, nos termos do artigo 86 do Estatuto, a alteração dos artigos 42 a 49 por legislação ordinária. Neste sentido é o magistério de Marçal Justen Filho⁸³, que assim corrobora:

“Isso significa que as normas sobre licitações contidas na LC nº 123 apresentam natureza de lei ordinária e sua prevalência em face das regras da Lei nº 8.666 derivaria do princípio da posteridade (“a lei posterior revoga a anterior”), não em vista do princípio da superioridade (“a lei superior prevalece sobre a lei inferior”) nem do dá especialidade (“a lei complementar prevalece sobre a lei ordinária, em matéria a ela reservada constitucionalmente”).”

Portanto, vencidas as discussões acerca das peculiaridades aviltadas frente a eficácia da LC 123/2006 no tocante ao procedimento das licitações públicas em que participem M.E. ou E.P.P., os artigos 42 a 49 do Estatuto, devem ser interpretados sempre partindo do matiz constitucional que propiciou a publicação da LC 123/2006, ou seja, com o objetivo de facilitar e simplificar a entrada dessas pessoas no mercado, inclusive possibilitando que participem efetivamente do certame licitatório.

IV. 4 – A Constitucionalidade da Lei Complementar 123/2006.

A Lei Complementar 123/2006 (LC 123/2006), que, como visto acima, estatuiu o novo diploma legal a respeito das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (M.E. e E.P.P.) em seus relacionamentos jurídicos diversos, já enfrenta algumas celeumas acerca de sua constitucionalidade, haja vista o

⁸³ JUSTEN FILHO, Marçal. **O Estatuto da Microempresa e as Licitações Públicas: comentários aos artigos da Lei Complementar nº 123 atinentes a licitações públicas**. São Paulo: Dialética, 2007. p. 19 e 20.

tratamento diferenciado que impõe às M.E. e E.P.P. em suas relações jurídicas, principalmente na ordem tributária⁸⁴.

Contudo, o presente trabalho de conclusão de curso refere-se à parte da LC 123/2006 que trata especificamente do procedimento licitatório em que estejam presentes as M.E. e E.P.P., o que denota o recorte epistemológico, acerca da constitucionalidade da citada legislação, somente em face dos artigos que disponham sobre licitações.

Desse modo, percebemos que sobre a constitucionalidade da LC 123/2006, frente ao tratamento diferenciado concedido as M.E. e E.P.P. que participem de licitações – artigos 42 a 49 da citada legislação – não há nos quadros do Supremo Tribunal Federal (STF), até esta data, Ações Diretas de Inconstitucionalidade, julgadas ou pendente de julgamento, referente a tais pontos.

Entretanto, ressalta-se que, ainda sobre a legislação pretérita à LC 123/2006, acerca do tratamento diferenciado concedido às M.E. e E.P.P., o STF, no julgamento da ADI n. 1.643-1, da Relatoria do Eminentíssimo Ministro Maurício Corrêa, julgada em 05/12/2002, proveniente da União Federal, assim assentou:

“(…) Por disposição constitucional (CF art. 179), as microempresas e empresas de pequeno porte devem ser beneficiadas, nos termos da lei, pela ‘simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias ou pela eliminação ou redução destas’ (CF, artigo 179). Não há ofensa ao princípio da isonomia tributária se a lei, por motivos extrafiscais, imprime tratamento desigual a microempresa e empresas de pequeno porte de capacidade contributiva distinta, afastando do regime do SIMPLES aquelas cujos sócios têm condições de disputar o mercado de trabalho sem assistência do Estado.”

Desta feita, compreende-se do entendimento do STF supracitado acerca das distinções de tratamento em benefício das M.E. e E.P.P., efetuadas

⁸⁴ ADI (Med. Liminar) 4033-2/DF. Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA. ADI 4347/DF. Rel. Min. EROS GRAU e 4384/DF. Rel. Min. EROS GRAU. Todos os acompanhamentos processuais das referidas Ações Diretas de Inconstitucionalidade estão disponíveis em <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/pesquisarPeticaoInicial.asp>. consulta realizada em 05/10/2010.

pela Constituição Federal de 1988, em seus artigos 146, III, “d”; 170, IX e 179 da CR/88, bem como os do artigo 47, §1º e 94 do ADCT, e atualmente regulamentadas pela LC 123/2006, já, desde legislações anteriores, é no sentido da constitucionalidade das medidas adotadas pelo legislador ordinário.

Neste desiderato, o mencionado professor Marçal Justen Filho, em obra específica acerca dos efeitos práticos e jurídicos da inclusão da LC 123/2006 como novo Estatuto das microempresas e empresas de pequeno porte, frente a constitucionalidade das medidas tomadas em favor destas pessoas jurídicas destacou que:

“(…) Portanto, reputa-se constitucional que se imponha restrição ao universo dos licitantes fundada na conjugação de critério econômico e de critério geográfico. (...) a regra principal é aquela que prevê a utilização da contratação administrativa como instrumento de fomento à atuação das M.E. e E.P.P.. (...) a Consagração de tratamento privilegiado para a M.E. e E.P.P. é uma demonstração da constitucionalidade de diferenciação entre empresas brasileiras.”(JUSTEN FILHO, 2007).

Assim, os procedimentos estatuídos pela LC 123/2006 em favor das M.E. e E.P.P., quando participarem de certames licitatórios, em entendimento do STF, pretérito à referida legislação, já que atualmente não existe em trâmite, ou já julgada, ADI sobre possível inconstitucionalidade desta norma, bem como pelo entendimento doutrinário exposto, que representa a doutrina majoritária sobre o tema em discussão percebe-se que a constitucionalidade dos artigos 42 a 49 da LC 123/2006 são constitucionais, não havendo motivo para questionamentos acerca de tal posição.

Ademais, há que ressaltar o entendimento do Tribunal de Contas da União que, em votação plenária acerca da constitucionalidade da LC 123/2006, no que tange às licitações de que participem como licitantes as M.E. e as E.P.P., assim assentou:

“As normas gerais estabelecidas pela Lei Complementar n. 123/2006 e regulamentadas pelo Decreto n. 6.204/2007 são consentâneas ao princípio

constitucional da isonomia insculpido no artigo 37, inciso XXII". (Acórdão n. 1231/2008. Tribunal de Contas da União – TCU. Votação Plenária).

Desta feita, cabe ainda destacar que é flagrante a constitucionalidade do tratamento diferenciado às M.E. e E.P.P. quando da realização do certame licitatório, haja vista que o legislador constitucional quis estabelecer a possibilidade, como já destacado acima – cap. IV. 2, essas pessoas jurídicas são aquelas mais próximas da realidade do dia a dia das pessoas comuns, a grande maioria da população brasileira, de modo que os privilégios instituídos em seu favor, apresentam-se, além de incentivo a regularização do pequeno negócio, como meio de equiparação de forças frente a pessoas desiguais, de modo a propiciar no fim, a possibilidade de efetivação da Isonomia pretendida pela CR/88.

Por fim, as diferenças cuja constitucionalidade poderia ser discutida, não visa a assegurar o repasse de dividendos para as M.E. ou E.P.P's, com a finalidade de manterem-se ativas no mercado. O que realmente a LC 123/2006 pretendeu foi resguardar a esses empreendedores de pequeno porte, condições mínimas para sua manutenção, bem como para ampliarem seus horizontes, dando-lhes assim, alguns incentivos, o que majora a sua capacidade de produzir benefícios para toda uma sociedade.

IV. 5 – As Principais Mudanças Introduzidas pela Lei Complementar 123/2006 nas Licitações.

Antes de adentrar nas principais mudanças trazidas às licitações pela LC 123/2006, cabe destacar a amplitude material dessas mudanças, ou seja, sobre quais licitações as disposições constantes na LC 123/2006 irão atuar, em quais modalidades licitatórias, bem como sob que tipos de licitação irão incidir.

Assim, percebe-se que a LC 123/2006 incidirá sobre as obras, serviços e compras, disciplinadas pela Lei 8.666/93 ou pela Lei 10.520/2002, haja

vista a previsão neste sentido, contida no seu art. 1º, III, da citada legislação complementar.

Ressalta-se que quanto às concessões e as permissões de serviços públicos, a LC 123/2006, pela leitura de seu mencionado artigo 1º, não incidirá, pois as concessões e permissões foram excluídas de suas hipóteses. A LC 123/2006 visa inserir no “mercado” os pequenos negócios que se enquadrem a suas disposições, o que se reflete nas *preferências* concedidas as M.E. e as E.P.P’s.

Portanto, a delegação de serviços públicos constantes nas licitações para concessão ou permissão desses serviços, não configura propriamente um “mercado⁸⁵”, constante, por exemplo, na aquisição de bens e serviços pelo Poder Público. Logo, o acesso ao mercado pela licitação, objeto maior das prerrogativas esculpidas pela LC 123/2006 não está contido nas delegações de serviço público.

No tocante às modalidades de licitação em que as disposições inauguradas pela LC 123/2006 são incidentes, percebe-se que, ressalvado os casos de leilão ou de concurso, em todas as outras modalidades dispostas pela Lei 8.666/93 – concorrência, tomada de preços e convite – ou pela Lei 10.520/2002 – pregão – a LC 123/2006 irá incidir.

Nestes termos, tanto no leilão quanto no concurso, o objeto a ser licitado não guarda liame com a condição de M.E. ou E.P.P. dos licitantes, haja vista que será inconstitucional dar alguma preferência, na aquisição de bens públicos para quem não possa levar a Administração Pública a maior vantagem econômica possível, pois este é o objetivo da venda de bens pela Administração.

Noutro sentido, também será inconstitucional se, em face da renda bruta de uma pessoa jurídica, se estabelecer prerrogativas em favor de alguém

⁸⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Ibidem*. “O Estatuto da Microempresa e as Licitações Públicas. p. 22.

que participe de um concurso, que é eminentemente para trabalhos de natureza intelectual.

Com relação aos *tipos de licitação* em que as disposições da LC 123/2006 irão prevalecer, tem-se que para trabalhos técnicos – melhor técnica e técnica e preço – não há cabimento em estabelecer prerrogativas para essa ou aquela pessoa jurídica, pois o que se quer é a melhor forma de prestação daquele serviço ou bem.

Quanto aos lances ou ofertas, não caberá as prerrogativas da LC 123/2006, haja vista o disposto acima acerca da modalidade de licitação leilão, que não se sujeita às vantagens estabelecidas por esta Lei.

Assim, tem-se que as prerrogativas da LC 123/2006, quanto aos *tipos de licitação*, irão incidir somente em face do melhor preço, pois aquelas são estabelecidas eminentemente em face do caráter pecuniário das licitações, sendo que, também serão compatíveis com o menor preço, quando da formulação de lances ou no caso de empate ficto, presentes no pregão.

A partir de então, por análise pormenorizada dos artigos 42 a 49 da LC 123/2006 – os dispositivos que tratam das prerrogativas estatuídas em benefício das M.E. e das E.P.P's – se percebe que as principais diferenças trazidas por esta legislação, reúnem-se em três campos, sendo eles: a) alterações na fase de habilitação dos licitantes no certame em que participem as M.E. e as E.P.P's (artigo 42 e 43, da LC 123/2006); b) a criação de empate ficto, com consequente alteração da fase de julgamento das propostas e dos critérios de desempate (artigo 44 e 45, da LC 123/2006); c) os estabelecimentos das licitações e contratações diferenciadas (artigo 47 a 49, da Lei 123/2006).

Com relação à primeira dessas alterações na sistemática das licitações, estabelecida por meio da LC 123/2006, com relação à regularidade fiscal, o Código Tributário Nacional (CTN) determina em seu artigo 193, que:

“Salvo quando expressamente autorizado por lei, nenhum departamento da administração pública da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, ou sua autarquia, celebrará contrato ou aceitará proposta em concorrência pública sem que contratante ou proponente faça prova da quitação de todos os tributos devidos à Fazenda Pública interessada, relativos à atividade em cujo exercício contrata ou concorre”.

Desse modo, a LC 123/2006 estabeleceu o que a doutrina chama de *regularização fiscal tardia*⁸⁶, que não passa de uma inversão no momento de apresentação dos documentos de habilitação – apesar da LC 123/2006 dispor que a documentação só será exigida no momento de assinatura do contrato, deverá ser previamente recolhido todos os documentos, sua análise é que ocorrerá naquele momento –, bem como na possibilidade de se corrigir algum erro na documentação, conforme disposto nos artigos 42 e 43 da mencionada legislação complementar, que assim determinam, respectivamente:

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

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

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

§2º - *A não-regularização da documentação, no prazo previsto no §1º deste artigo, implicará decadência do direito à contratação, sem prejuízo das sanções previstas no art. 81, da Lei 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.*⁸⁷ (Grifos Nossos).

⁸⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Ibidem* “O Estatuto da Microempresa e as Licitações Públicas”. p. 66.

⁸⁷ Para melhores delineamentos acerca dos efeitos inerentes a mudança introduzida na demonstração da regularidade fiscal, disposta na LC 123/2006, *vide* JUSTEN FILHO, Marçal. **O Estatuto da Microempresa e as Licitações Públicas: comentários aos artigos da Lei**

Por outro lado, a segunda mudança relevante introduzida pela LC 123/2006, trata-se de da criação do empate ficto, com a consequente alteração da fase de julgamento das propostas e dos critérios de desempate, conforme estatuído pelos artigos 44 e 45 da citada legislação complementar.

O empate ficto introduzido pela LC 123/2006 trata-se de uma possibilidade concedida a M.E. e as E.P.P's que, na análise das propostas, apresentem uma até 10% maior do que a de melhor classificação, sendo que assim ocorrendo, a M.E. ou E.P.P. terá preferência na contratação, devendo para tanto, ofertar preço inferior ao da melhor proposta⁸⁸.

Caso a melhor proposta seja efetivada por M.E. ou E.P.P., o empate ficto não prevalecera, pois a vontade constitucional de impulsionar os pequenos negócios já se concretizou com a melhor proposta, não havendo necessidade de observância das disposições da LC 123/2006 nestes casos.

Complementar nº 123 atinentes a licitações públicas. São Paulo: Dialética, 2007. Capítulo V – *O Regime Próprio da Regularidade Fiscal*. p. 64 a 91.

⁸⁸ Com relação à preferência na contratação das M.E. e das E.P.P's no caso de empate ficto, a LC 123/2006, em seus artigos 44 e 45, determina, respectivamente, que: "Art. 44 – Nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte. §1º - Entende-se por empate aquelas situações em que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 10% (dez por cento) superiores à proposta mais bem qualificada. §2º - Na modalidade de pregão, o intervalo percentual estabelecido no §1º deste artigo será de até 5% (cinco por cento) superior ao melhor preço.

Art. 45 – Para efeito do disposto no Art. 44 desta Lei Complementar, ocorrendo o empate, proceder-se-á da seguinte forma: (I) – a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada poderá apresentar proposta de preço inferior àquela considerada vencedora do certame, situação em que será adjudicado em seu favor o objeto licitado; (II) – não ocorrendo a contratação da microempresa ou empresa de pequeno porte, na forma do inciso I do *caput* deste artigo, serão convocados as remanescentes que porventura se enquadrem na hipótese dos §§1º e 2º do artigo 44 desta Lei Complementar, será realizado sorteio entre elas para que se identifique aquela que primeiro poderá apresentar a melhor oferta. §1º - Na hipótese da não contratação nos termos previstos no *caput* deste artigo, o objeto licitado será adjudicado em favor da proposta originalmente vencedora do certame. §2º - O disposto este artigo somente se aplicará quando a melhor oferta inicial não tiver sido apresentada por microempresa ou empresa de pequeno porte. §3º - No caso de pregão, a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada será convocada para apresentar nova proposta no prazo mínimo de 5 (cinco) minutos após o encerramento dos lances, sob pena de preclusão".

Ressalta-se que em se tratando da modalidade de licitação pregão, a variação percentual estabelecida pela LC 123/2006 para a concretização do empate ficto será de 5% a maior do menor lance, ou seja, terá preferência o licitante no pregão, M.E. ou E.P.P., que der um lance 5% maior do que o menor lance dado por uma *empresa normal*.

Por fim, a terceira, dentre as mais importantes alterações estabelecidas pela LC 123/2006, é aquela referente ao estabelecimento das licitações e contratos administrativos diferenciados, estabelecidos nos artigos 47 e 48 da supracitada Lei Complementar.

Acerca de tais licitações diferenciadas, cabe destacar que elas, reguladas pelos citados artigos, serão disciplinadas por legislação específica de cada ente da federação, o que pode ser percebido pelas determinações do §1º, do artigo 77 da LC 123/2006, que assevera:

“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”.

Assim, as licitações diferenciadas serão aquelas em que a Administração Pública busca a promoção de desenvolvimento das M.E. e das E.P.P's, bem como a ampliação da eficiência das políticas públicas inerentes a licitações com valores de até R\$80.000,00 (Oitenta Mil Reais) e do incentivo às políticas públicas de inovação tecnológica para os pequenos negócios.

Neste sentido, destacam-se as determinações do artigo 47 da LC 123/2006, que acerca da contratação por meio de licitação diferenciada, assim assevera:

“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.”

Portanto, são essas as principais mudanças introduzidas pela LC 123/2006 que, como pode ser visto, destinam-se à promoção da inclusão no mercado das licitações, das M.E. e das E.P.P's, de modo que por tais prerrogativas e privilégios estabelecidos em seu favor, se possa alcançar a isonomia pretendida pela CR/88, bem como pela Lei 8.666/93, entre os licitantes.

V. – AS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE NAS LICITAÇÕES PÚBLICAS SEGUNDO A LEI COMPLEMENTAR 123/2006: A Concretização do Princípio da Isonomia.

A LC 123/2006 ao estatuir as prerrogativas delineadas acima, possibilitou que as pequenas empresas, ou seja, os pequenos negócios também participassem das licitações, sendo que, para isto, estabeleceu inúmeras hipóteses onde a M.E. ou a E.P.P. terão benefícios em face dos demais licitantes.

Neste sentido, bem como pelas determinações dos artigos 170, IX e 179, ambos da CR/88, o artigo 37, XXI, da CR/88 que determina a necessidade de licitação para a contratação da Administração com os particulares, e o artigo 3º da Lei 8.666/93, estabelecem os princípios reitores do certame licitatório, dentre os quais se destaca o princípio da igualdade entre os licitantes.

Neste sentido, percebe-se que à vontade do legislador constitucional e infraconstitucional, a regulamentar as licitações, foi a de proteger ao máximo o caráter competitivo do certame, de modo que todos os licitantes sejam tratados de forma igualitária, sem qualquer tipo distinção.

Neste sentido, devem-se destacar as várias concepções da igualdade⁸⁹ durante sua evolução conceitual, fato que a elevou ao que se conhece hoje como isonomia, bem como quais foram os fatos novos trazidos pela legislação complementar para a concretização dessa isonomia.

A concepção de igualdade já era debatida na antiguidade, pelos gregos, estes que asseguravam a igualdade de direitos pelo critério do nascimento, ou seja, os direitos eram separados por castas, por onde aquele pertencente à determinada camada social detinha o direito a ela assegurado, assim, caso um escravo promovesse determinado ato, este garantido somente aos atenienses, estaria cometendo um crime.

Desta feita, percebe-se que a divisão de direitos no mundo antigo, dentre estes a igualdade, era feita geometricamente, ou seja, o indivíduo mais “virtuoso”, por ser descendente de alguém que detinha aquele direito, ou por tê-lo conquistado, possuiria mais direitos.

Essa concepção geométrica do princípio da igualdade estendeu-se, também, à estruturação do paradigma medieval, implicando a construção de um arcabouço de direito consuetudinário, ou seja, pelos costumes e tradições de determinado povo, os direitos das pessoas seriam distribuídos, o que configurou a separação de direitos entre as pessoas de uma mesma sociedade, a partir da análise da condição social, esta garantida pelo nascimento da pessoa.

Desse modo, durante os ideais do paradigma medieval, a estruturação dos direitos dava-se do monarca para a plebe, ou seja, as pessoas

⁸⁹ Acerca da construção histórica do princípio da igualdade, Álvaro Ricardo de Souza Cruz, em sua obra *Direito à Diferença*, no capítulo introdutório da mesma, elabora detalhadamente como se deu a evolução das aspirações acerca da igualdade, cunhando esta evolução a partir das várias nuances enfrentadas pelo constitucionalismo, ou seja, o citado autor discorre a construção do princípio da igualdade a partir da análise das várias etapas do constitucionalismo, bem como pela mudança de paradigmas intróitos ao tema. (CRUZ, Álvaro Ricardo Souza. **O Direito à Diferença: As Ações Afirmativas como Mecanismo de Inclusão Social de Mulheres, Negros, homossexuais e Portadores de Deficiência**. 2ªed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 02 a 14).

que não se situavam nas castas mais ricas das cidades, não eram consideradas detentoras dos mesmos direitos que faziam jus àquelas reconhecidas como pertencentes à nobreza.

Assim, durante muitos anos, a igualdade foi dividida entre diferentes classes sociais, o que, por consequência, não se coaduna com o paradigma do Estado de Direito Democrático.

Ressalta-se que naquelas remotas épocas, a figura de Estado, confundia-se com a do próprio Rei, sendo este o enviado dos Deuses para reger os interesses divinos entre as pessoas, fato que hoje não pode ser mais sustentado, em tempos em que o Estado é o acúmulo das parcelas de poderes das pessoas, que relegam a Ele seus direitos pessoais, para que possam garantir-las direitos como a saúde, a educação, a segurança, ou seja, é o povo, e não o soberano, que detém o poder⁹⁰.

Desta feita, com as primeiras acepções do Constitucionalismo Clássico, a igualdade, antes entendida de forma meramente geométrica, começou a ser caracterizada formal e abstratamente – concepção aritmética da igualdade, resumindo-se, em princípio, ao fim dos privilégios dados aos feudos em face do fisco e das corporações de ofício.

Contudo, só com as revoluções burguesas, no fim do século XVIII, com a ascensão do paradigma do Estado Liberal, que a igualdade começou a ser entendida em sua concepção aritmética, ou seja, a concepção meramente geométrica, que dividia a sociedade em castas, com o paradigma liberal, passou a ser vista aritmeticamente, por meio da qual todos, a partir de então, seriam tratados e receberiam o mesmo tratamento.

⁹⁰ Acerca das discussões em face da acepção absolutista de Estado, destaca-se o princípio *cujus régio ejus religio*, pelo qual a escolha da religião de um Estado, seria a mesma do soberano que o governa, este o representante do Divino na terra, de modo que a luta pela conquista do poder soberano, negava ao indivíduo seu direito de liberdade de crença, sua vocação religiosa. (CRUZ, *idem*. p. 6 e 7).

Portanto, a noção de igualdade como sendo o idêntico tratamento destinado a todos, surgiu com as revoluções burguesas, ainda em que pesem discussões acerca do verdadeiro interesse burguês, foi com a referida revolução paradigmática do Estado Liberal, que a igualdade começou a abranger mais camadas da sociedade, pois todos passariam a ser, sem distinções de quaisquer natureza, iguais no exercício de seus direitos, esses garantidos constitucionalmente pelo Estado.

Assim, firmou-se no direito essa concepção liberal de igualdade, ainda meramente formal, haja vista que todos seriam tratados de forma igualitária, mesmo aqueles, que por alguma especialidade pessoal, cultural, ou de qualquer outra natureza, tivessem menos oportunidades que os demais para o exercício dos direitos assegurados pelas normas estatais.

Entretanto, essa concepção liberal do princípio da igualdade não foi suficiente para estabelecer o verdadeiro tratamento igualitário a todos, pois, como se percebe nos livros de história, a partir da afirmação do paradigma liberal, bem como do advento das grandes revoluções industriais introduzidas na sociedade burguesa da época, o homem concretizou a maior exploração humana que se tem notícia, haja vista que as riquezas, mesmo o Estado oferecendo um tratamento igual a todos, concentravam-se nas mãos de poucos, enquanto a grande maioria da sociedade trabalhava em regimes degradantes.

Nestes termos, ao que se percebe que, mesmo com a grande evolução paradigmática oferecida pelo liberalismo, o constitucionalismo liberal não servia mais para os anseios sociais, surge o constitucionalismo social, consolidado pela Carta Política Alemã de 1919.

Por essa nova concepção introduzida aos direitos, a igualdade seria alcançada somente quando se oferecessem a todas as pessoas pertencentes a mesma sociedade, a mesma garantia de proteção aos seus direitos não só

econômicos, mas também sociais, abrangendo assim, a proteção aos direitos coletivos e difusos inerentes à sociedade humana.

Foi então, com o advento do constitucionalismo social, que surgiu a tratamento diferenciado ao hipossuficiente econômica e socialmente, o que se concretizou na transformação das aspirações do princípio da igualdade meramente formal, introduzidas pelo liberalismo, para a igualdade material.

Nestes termos, começou-se a perceber que o tratamento meramente igualitário a todas as pessoas, não perfazia a verdadeira igualdade de direitos, pois dentre as inúmeras classes sociais, as diferenças de cultura, personalidade, características físicas, psíquicas, predominam, ou seja, não reconhecer tais distinções entre as pessoas, é dar o mesmo direito, àqueles que não poderão exercitá-lo do mesmo modo.

Desse modo, tal concepção de igualdade, meramente formal, ou seja, tratar todos igualmente, sem qualquer distinção entre si, mesmo que *diferentes*, foi substituída pelo paradigma do Estado Social, por onde, além da igualdade formal, as pessoas naturais ou jurídicas, deveriam ser tratadas de outro modo, qual seja: materialmente.

Surge, então, a concepção de igualdade como sendo isonomia, ou seja, as pessoas, para que possam alcançar direitos iguais, devem ser tratadas desigualmente, na justa medida em que se desiguam, de modo a garantir as mesmas oportunidades e direitos a todos.

Contudo, atualmente, sob as luzes do Estado Democrático de Direito, paradigma adotado pela CR/88, a concepção de igualdade está fundada, não só na possibilidade de tratamento desigual aos desiguais, naquilo em que se desiguam (paradigma social), mas também sob as luzes do princípio da dignidade da pessoa humana.

Neste desiderato, Álvaro Ricardo de Souza Cruz, analisando a igualdade a partir do paradigma do Estado Democrático de Direito, expõe que:

“A noção de igualdade deixa de se centrar no conteúdo (igualdade material), ao voltar-se para o exame dos pressupostos procedimentais que devem ser cumpridos no discurso de produção do Direito. Logo, o constitucionalismo contemporâneo exige o direito de igual participação do cidadão em todas as práticas estatais, sejam elas oriundas de quaisquer Poderes Constituídos. (...) A igualdade procedimental do período contemporâneo deve ser entendida como uma igualdade aritmeticamente inclusiva para viabilizar que um número crescente de cidadãos possa simetricamente participar da produção de políticas públicas do Estado e da Sociedade.⁹¹”

Portanto, hoje a concepção de igualdade adotada pela CR/88, pauta-se pela isonomia, as pessoas serão tratadas diferentemente, na exata medida de suas diferenças, com a garantia de participação efetiva face aos vários procedimentos tomados por qualquer dos Poderes Constituídos.

Ademais, ressalta-se que no tocante as licitações públicas, a concepção de igualdade serve como fundamento de seus debates, por onde todos os atos administrativos tomados no decorrer do certame servirão para assegurar, da melhor forma possível, a maior e melhor competitividade entre os licitantes.

Foi neste sentido, bem como pelas determinações do Texto Constitucional de 1988, que a LC 123/2006 levou a concepção de isonomia, no exercício dos direitos, para as licitações, de modo que é da Administração Pública, a responsabilidade de garantir a todos os participantes do certame, respeitadas as diferenças existentes entre eles, a igualdade no momento da competição pelo objeto licitado.

Nestas linhas, Celso Antônio Bandeira de Mello⁹², ressaltando a importância do tratamento desigual entre os desiguais, para que se possa alcançar a igualdade entre eles, demonstrou a importância da aplicação da

⁹¹ CRUZ, *idem*. p. 11 e 12.

⁹² MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Ibidem*. “Curso de Direito Administrativo”. p. 535.

isonomia no contexto das licitações em que estejam presentes as M.E. e as E.P.P's, de modo que:

“Devem considerar que estas distintas providências correspondem a um exemplo paradigmático da aplicação positiva (ou seja, não meramente negativa) do princípio da igualdade, o qual, como é sabido, conforma tratamentos distintos para situações distintas, sempre que exista uma correlação lógica entre o fator discriminante e a diferença de tratamento. No caso concreto, é a própria Constituição Federal que impõe, como princípio da ordem econômica, o “tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País” (art. 170, IX, e 179). Ou seja: ali se determina a outorga de vantagens às sobreditas empresas. É a Lei Magna, portanto, que estabelece uma correlação entre o pequeno porte econômico de uma empresa e a justiça de se lhe atribuir benefícios em sua atividade empresarial.”

Desse modo, as medidas introduzidas pela legislação complementar no tocante as licitações públicas em que estejam presentes M.E. ou E.P.P., possibilitarão, por um tratamento desigual entre pessoas jurídicas concretamente desiguais, – haja vista a probabilidade reduzida das pequenas pessoas jurídicas em ganhar um certame, nos casos em que competirem com grandes empresas – as mesmas oportunidades durante os procedimentos licitatórios.

As medidas utilizadas pela LC 123/2006, tais como o empate ficto, a prorrogação do prazo para apresentação dos documentos da habilitação, bem como as modalidades de licitação especiais para as M.E. e E.P.P's, destinam-se a propiciar isonomia entre os licitantes, acostumados a participar de certames – geralmente grandes empresas prestadoras de serviços ou fornecedoras de bens, com aqueles iniciantes – pequenos empresários – que necessitam, e muito, de apoio e incentivos públicos.

Desta forma, a mencionada legislação complementar, ao estatuir as prerrogativas as M.E. e E.P.P's, já estudadas, objetiva concretizar o princípio da isonomia, haja vista que trata diferentemente, aqueles que são, realmente, diferentes, possibilitando, que mesmo os pequenos negócios participem das licitações públicas.

A estipulação de direitos especiais as M.E. e E.P.P's visa equacionar as diferenças existentes entre essas pessoas jurídicas, com as demais, que eventualmente venham a participar do certame, mas que não necessitam de incentivos, fato este, que ao final, assegurará maior competitividade em todo o processo do certame.

Todavia, ressalta-se que esse tratamento diferenciado deverá pautar-se nos limites necessários para que tais diferenças possam ser efetivamente amenizadas.

Nestes termos, Marçal Justen Filho, na definição do ato administrativo de licitação, já ressalva o tratamento isonômico entre os licitantes, ou seja, já assevera a necessidade do tratamento diferenciado na busca pela verdadeira isonomia entre os licitantes⁹³.

Assim, a participação das M.E. e E.P.P.'s nas licitações, a partir da publicação da LC 123/2006, corrobora as acepções contidas no Texto Constitucional, de modo que a observância, obrigatória, das determinações trazidas pela citada legislação complementar, efetiva, ou seja, concretiza o princípio da isonomia.

Por fim, tratar desigualmente aqueles que se desigalam, tentar amenizar as enormes diferenças estabelecidas pela sociedade em suas relações, não é ser parcial, mas sim, atuar em consonância com a democracia, com o direito, com a justiça, é concretizar, na realidade de um povo, a isonomia assegurada pelo art. 5º, *caput*, da Carta Magna de 1988.

⁹³ Na conceituação de licitação, o eminente professor Marçal Justen Filho, assim explicita-se: "A licitação é um procedimento administrativo disciplinado por lei e por um ato administrativo prévio, que determina critérios objetivos de seleção da proposta de contratação mais vantajosa, com observância do princípio da isonomia, conduzindo por um órgão dotado de competência específica".(Grifos Nossos). (JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 309).

VI. – CONCLUSÃO.

Desse modo, percebidos os diferentes conceitos trazidos pela doutrina para a definição de licitações, bem como suas modalidades, procedimentos, tipos, princípios e fundamentos, a LC 123/2006 inaugurou no mundo dos certames licitatórios, as prerrogativas e benefícios estatuídos em face das microempresas e empresas de pequeno porte, possibilitando assim, que também participem das licitações, inserindo-se e arraigando-se no mercado de consumo.

Tendo em vista que as licitações são obrigatórias para a contratação do particular pela Administração Pública, ela funcionará como importante meio para ascensão econômica das M.E. e das E.P.P's, haja vista que o início das atividades empresarias é sempre tormentoso.

Assim, o tratamento diferenciado às M.E. e as E.P.P's resguardado pela CR/88, e disciplinado pela LC 123/2006, no tocante às licitações, é instrumento de concretização do princípio da isonomia entre os licitantes, o que assegurará, ainda mais, a competitividade entre aqueles que participam do certame.

Por fim, ainda que pesem discussões acerca da constitucionalidade e da eficácia das medidas trazidas pela LC 123/2006 no tocante as licitações em que estejam presentes as M.E. e as E.P.P's, as medidas utilizadas pela citada legislação complementar para garantir o tratamento diferenciado assegurado pela CR/88 a essas pessoas jurídicas, demonstram a concretização do princípio da isonomia.

BIBLIOGRAFIA

Legislação

BRASIL, Assembleia Nacional Constituinte. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Diário Oficial da União, 5 de Outubro de 1988.

BRASIL, Congresso Nacional. **LEI COMPLEMENTAR 123: Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte e dá outras providências**. Brasília: Diário Oficial da União, 15 de Dezembro de 2006.

BRASIL, Congresso Nacional. **LEI 8.666: Regulamenta o Artigo 37, XXI, da Constituição Federal de 1988, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências**. Brasília: Diário Oficial da União de 22 de junho de 1993.

BRASIL, Congresso Nacional. **LEI 10.520: Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do artigo 37, XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências**. Brasília: Diário Oficial da União de 18 de julho de 2002.

Doutrina

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo**. 2ªed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição, Direito Constitucional Positivo**. 13ªed. rev., atual., e ampl.. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 23ªed. rev., ampl. e atual.. Rio de Janeiro: *Lumem Juris*, 2010.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial: direito de empresa**. vol. 1. 14ªed. rev. e atual.. São Paulo: Saraiva, 2010.

CRUZ, Álvaro Ricardo Souza. **O Direito à Diferença: As Ações Afirmativas como Mecanismo de Inclusão Social de Mulheres, Negros, homossexuais e Portadores de Deficiência.** 2ªed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 18ªed. São Paulo: Atlas, 2005.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Os Princípios Jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação.** ____ in Revista de Informação Legislativa. Brasília a.36. p. 191 a 209. n. 143 jul/set. 1999.

GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo.** 11ªed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

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

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

MARTINS, Fran. **Curso de Direito Comercial: Empresa Comercial, Empresas Individuais, Microempresa, Sociedades Empresariais, Fundo de Comércio.** 32ªed. rev. atual. e ampl.. por ABRÃO, Carlos Henrique. São Paulo: Forense, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 35ªed. atual. por ALEIXO, Délcio Balestero; AZEVEDO, Eurico de Andrade e FILHO, José Emmanuel Burle. São Paulo: Malheiros, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo.** 14ªed. 2ª tiragem. atual. por AZEVEDO, Eurico de Andrade; MONTEIRO, Vera. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 27ªed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 64, de 4.2.2010. São Paulo: Malheiros, 2010.

MEYER, Emílio Peluso Neder. **O Caráter Normativo dos Princípios Jurídicos.** In ____ Revista de Informações Legislativas. V. 42. n. 167. p. 231 a 254. jul/set. 2005.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 21ª ed. ampl. até EC/53 de 19 de Dezembro de 2006. São Paulo: Atlas, 2007.

MUKAI, Toshio. **Licitações e Contratos Públicos: comentários à Lei 8.666/93, com as alterações da Lei 9.648/98 e análise das licitações e contratos na E.C. 19/98**. 5ªed. atual. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1999.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Empresarial**. 1ºvol. 29ªed. rev. e atual. por REQUIÃO, Rubens Edmundo. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTANA, Jair Eduardo; GUIMARÃES, Edgar. **Licitações e o Novo Estatuto da Pequena e Microempresa: reflexos práticos da LC 123/2006**. 2ªed. atual. e ampl.. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28ªed. rev. e ampl. até EC/53, de 19 de Dezembro de 2006. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.