ibdp Instituto Brasileiro de Direito Público

Direito do Estado .com.br O Direito Público da Cidadania

R-e-RE Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado

Número 14 – junho/julho/agosto 2008 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-1888

AS LICITAÇÕES E O ESTATUTO DA MICROEMPRESA

Prof. José Anacleto Abduch Santos

Procurador do Estado do Paraná. Mestre em Direito Administrativo pela UFPR, Professor de Direito Administrativo da Faculdade de Direito de Curitiba, Coordenador e Professor do Curso de Especialização em Administração Pública da UNIBRASIL, Presidente do Conselho de Administração da PARANÁPREVIDÊNCIA.

SUMÁRIO: 1.Introdução - 2. A política pública de favorecimento das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte 3. Os destinatários das normas que instituem tratamento diferenciado e favorecido às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte 4. A questão da vigência da Lei Complementar nº 123/2006 5. As contratações administrativas alcançadas pelo tratamento diferenciado e favorecido previsto na Lei Complementar nº 123/2006 6. Algumas decisões administrativas na fase interna da licitação relacionadas com as disposições da Lei Complementar nº 123/2006 6.1. Sobre a escolha da modalidade de licitação 6.2. Sobre a qualificação econômico-financeira 6.3. Sobre a qualificação técnica 6.4. Sobre a inclusão das normas de tratamento diferenciado e favorecido no edital 7. As regras específicas de tratamento diferenciado e favorecido nas licitações (aquisições públicas) 7.1. A comprovação a regularidade fiscal 7.2. O critério favorecido e diferenciado de desempate nas licitações 7.3. O tratamento diferenciado e favorecido para as empresas credoras do Poder Público 7.4. A possibilidade de criação de outras formas de tratamento diferenciado pelos entes federativos 8. Considerações finais – Referências

1. INTRODUÇÃO

Este texto tem o propósito de apresentar algumas considerações acerca das modificações relacionadas às aquisições de bens e serviços pelo Poder Público introduzidas pelos artigos 42 a 49 da Lei Complementar nº 123 de 14 de dezembro de 2007, que instituiu o Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte.

A lei complementar ingressa no ordenamento jurídico com o propósito especifico, expresso e declarado de determinar o tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte, especificamente em relação (i) à apuração e recolhimento de impostos e contribuições da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, mediante

regime jurídico único de arrecadação, inclusive obrigações acessórias; (ii) ao cumprimento de obrigações trabalhistas e previdenciárias, inclusive obrigações acessórias; (iii) ao acesso a crédito e ao mercado, inclusive quanto à preferência nas aquisições de bens e serviços pelos Poderes Públicos, à tecnologia, ao associativismo e às regras de inclusão. Trata a lei de um conjunto de medidas orientadas a instituir uma condição jurídica privilegiada para as microempresas e empresas de pequeno porte.

Por opção, não se abordará a questão sobre ser ou não a matéria veiculada nos artigos 42 a 49 da lei, matéria de lei complementar, nos termos da Constituição Federal.

Como toda lei, a lei em exame demanda ser submetida a um processo hermenêutico orientado à obtenção do sentido de suas normas que mais se coadune com a Constituição Federal. Assim, evidente que qualquer trabalho de interpretação deverá partir da premissa fundamental instituída pela opção valorativa do legislador (interpretação histórica). No entanto, parece evidente também, que o intérprete deve buscar nelas o sentido que mais as harmonize com os diversos comandos constitucionais que orientam a atividade da Administração Pública, especialmente no tocante aos aspectos inovadores da norma quanto à seleção dos particulares para contratar bens e serviços.

Logo, toda a decisão administrativa no curso do processo licitatório deverá ter em consideração que a norma complementar determina, em relação aos aspectos jurídicos que elenca, seja conferido às microempresas e empresas de pequeno porte tratamento diferenciado e favorecido, o que não significa conferir a elas tratamento ilegal, ilegítimo ou inconstitucional. O tratamento deve ser diferenciado e favorecido, portanto, na medida imposta pelos princípios e normas estatuídos na Constituição Federal.

Na esteira da hermenêutica jurídica, cabem algumas considerações preambulares destinadas à exata delimitação dos aspectos jurídicos que serão considerados na análise dos referidos dispositivos da lei complementar. O tema licitação é dos nucleares e fundamentais em direito público. Simultaneamente trata de deveres da Administração, quais sejam, a busca da proposta mais vantajosa e assegurar o princípio da isonomia; e de direitos dos administrados[1], especificamente, de ter assegurado o quinhão de participação nos negócios com o Estado e de ter a certeza da proba e correta aplicação de recursos públicos. Como qualquer fenômeno jurídico, a compreensão adequada das relações jurídicas envolvendo as contratações públicas – e o evidente processo de seleção dos contratados que as antecedem – demanda considerar o ambiente social, econômico, político e jurídico no qual se inserem em um determinado momento histórico[2]. Esta contextualização será tanto mais adequada, quanto mais amparada

[1] Termo que se utiliza por conta da tradição, mas com ciência de que pode pressupor subordinação incompatível com as características jurídicas da contemporânea relação entre o Estado e os particulares.
[2] Sendo certo que o direito é fruto de processo histórico, portanto mutável como a própria sociedade o é.

por determinados referentes metodológicos[3]. Cumpre ao operador do direito eleger quais sejam os referentes metodológicos que entende suficientes e necessários a esta operação de entender o fenômeno jurídico e dar a ele a aplicação concreta. Esta análise parte de três referentes metodológicos reputados importantes, senão indispensáveis. O primeiro é a evidente e inafastável constatação de que as normas relativas às licitações se inserem, na perspectiva de sistema, em um todo maior que constitui o ordenamento jurídico. Assim, é necessária a interpretação sistemática[4] de qualquer dispositivo normativo a ser aplicado – o que por óbvio, afasta a interpretação literal como suporte do operador. Interpretar importa buscar o sentido mais correto da norma dentre todos aqueles possíveis, em processo de ponderação axiológica entre normas, princípios e valores[5]. Todas as normas relativas ao tema das decisões administrativas no processo licitatório e a qualquer outro tema correlato à análise terão o sentido extraído de acordo com esta ponderação, partindo sempre do vetor hermenêutico supremo, que é a Constituição Federal.

O segundo referente metodológico é o regime jurídico-administrativo. Ter sempre presente que as relações jurídicas que envolvem a Administração Pública (ou o Estado-Administração) se pautam por um conjunto de normas específicas, notadamente pelos princípios da supremacia do interesse público e da indisponibilidade do interesse público pelo administrador.[6] Sempre, pois, que em confronto[7] um interesse privado e um interesse público, este deverá prevalecer. E, por conta do princípio da indisponibilidade do interesse público pelo administrador tem-se que sua conduta está adstrita ao cumprimento da lei e dos princípios constitucionais. Não lhe assiste conduta que o afaste de perseguir o interesse público - ainda que se reconheça a dificuldade de estabelecer o conteúdo exato desta noção parece fundamental a instituição de um signo jurídico que represente o interesse que não se identifica com o mero interesse particular e corporifique os interesses maiores e legítimos da coletividade em face da Constituição.

O terceiro referente complementa os anteriores, e diz respeito à inafastável consideração sobre como a forma de atuação estatal contemporânea influencia a decisão administrativa. Implica estabelecer conexões precisas entre a aplicação das

[3] Que instituirão fundamentos ou premissas fundamentais para localizar o fenômeno jurídico e proceder a uma análise consistente.
[4] Sem prejuízo das demais modalidades hermenêuticas.
[5] FREITAS, Juarez. A Interpretação Sistemática do Direito. São Paulo: Malheiros Editores, 1995, p. 75.
[6] Sabe-se que tais princípios têm sofrido severas críticas, havendo quem sustente inclusive a própria inexistência de um princípio da supremacia do interesse público. Entretanto, admitir a prevalência do interesse coletivo sobre o interesse particular, em perspectiva de conformidade com a Constituição, parece ter efeitos didáticos relevantes, não só por conta da tradicional aceitação doutrinária e jurisprudencial, mas também por conta da efetiva necessidade prática de conferir aos interesses que transcendem os interesses individuais uma proteção jurídica diferenciada.
[7] Há efetiva tensão dialética entre as noções de interesse público e interesse privado, captada magistralmente por Hegel, que ao discorrer sobre o Estado frente aos interesses privados afirmou com precisão que "nem o universal tem valor e é realizado sem o interesse, a consciência e a vontade particulares, nem os indivíduos vivem como pessoas privadas unicamente orientadas pelo seu interesse e sem relação com a vontade universal; deste fim são conscientes em sua atividade individual." (Princípios da Filosofia do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 225).

normas de direito público concernentes à licitação e a maneira pela qual o Estado atua hodiernamente no exercício das funções estatais em geral, e da função administrativa em especial. É mister para tanto, compreender (i) que a forma pela qual o Estado exerce suas atribuições é mutável no tempo; (ii) que os mecanismos e instrumentos de ação estatal também são mutáveis e ajustados à necessidade do momento histórico em que serão implementados. Este referente metodológico tem relação umbilical com o tema das contratações administrativas exatamente porque só se cogita atualmente de uma maior atuação estatal em colaboração com os particulares em virtude de uma reconfiguração paradigmática.[8]

A este respeito a doutrina é uniforme. Tratar da atuação estatal contemporânea implica rediscussão de um paradigma.[9] Qual paradigma? O paradigma do Estado Social ou Prestador. Na medida em que o Estado constata a insuficiência de recursos financeiros para o atendimento direto das necessidades públicas, se aproxima da gestão administrativa em parceria com os particulares, mediante meios jurídicos alternativos de conduta e de financiamento das políticas públicas. Agrega-se a esta posição o conjunto de meios e instrumentos jurídicos estabelecidos pelo Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, favorecendo entidades que detenham esta condição nas relações contratuais com o Poder Público.

O enfrentamento do tema que se propõe se dará, então, a partir das aludidas premissa e referentes metodológicos.

2. A POLÍTICA PÚBLICA DE FAVORECIMENTO DAS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE

A Lei Complementar nº 123/2006 apresenta um conjunto de normas jurídicas voltadas ao tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e empresas de pequeno porte. Tais normas se coadunam com o princípio instituído no inciso IX do artigo 170 da Constituição Federal, que prevê o tratamento diferenciado para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Coadunam-se, ainda, com a disposição constitucional do artigo 179, que determina que *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*

[8] Paradigma na acepção de modelo ou padrão aceitos, consoante preleciona Thomas Kuhn (A estrutura das Revoluções Científicas. 5ª ed.. São Paulo: Editora Perspectiva, p. 45). Admitir a ruptura importa abalar a confiança no paradigma, fazendo com que o analista estabeleça novos parâmetros para dar sustentação às suas teses. Ainda segundo Kuhn, o abalo na confiança do paradigma é essencial para o desenvolvimento da ciência, pois força (os cientistas) "a investigar alguma parcela da natureza com uma profundidade e de uma maneira tão detalhada que de outro modo seriam inimagináveis".

[9] Para Boaventura de Sousa Santos trata-se de transição paradigmática (Pela Mão de Alice: O Social e o Político na Pós-Modernidade. 5º ed. São Paulo: Cortez, 1999, p.35).

incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei".

Na esteira do comando constitucional, trata a lei complementar de instituir diversos mecanismos jurídicos orientados a efetivar a opção constitucional pelo favorecimento das empresas de pequeno porte. As normas previstas na lei determinam direitos e preferências para as microempresas e empresas de pequeno porte, estabelecem procedimentos, e determinam quais são os órgãos destinados a implementar tais direitos e preferências. No que tange ao objeto desta análise, o tratamento diferenciado e favorecido estabelecido na lei diz com a preferência nas aquisições de bens e serviços pelos Poderes Públicos, o que evidentemente direciona a análise para o processo licitatório destinado à seleção do futuro contratante particular.

A primeira indagação que se deve responder acerca das preferências e prerrogativas conferidas às microempresas e empresas de pequeno porte diz com o próprio objetivo da licitação: assegurar a proposta mais vantajosa para a Administração, e assegurar a efetivação do princípio da isonomia (igualdade de oportunidade de estabelecer negócios com o Estado). Acerca da vantajosidade se tratará em seguida, mesmo porque, como se perceberá, houve preocupação do legislador a respeito dela. Quanto à isonomia, a questão é: a discriminação realizada é legítima sob a ótica constitucional, especialmente do princípio da isonomia?

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

3. OS DESTINATÁRIOS DAS NORMAS QUE INSTITUEM TRATAMENTO DIFERENCIADO E FAVORECIDO ÀS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE

São destinatários das normas da lei complementar, no que tange à prerrogativa fixada no inciso III do artigo 1º, os particulares interessados em contratar o fornecimento de bens ou de serviços com o Poder Público que se

insiram na categoria de microempresa ou de empresa de pequeno porte[10], e a Administração Pública contratante.

[10] A definição de uma microempresa ou de empresa de pequeno porte está prevista no artigo 3º da Lei Complementar nº 123/2006:

Art. 3º Para os efeitos desta Lei Complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte a sociedade empresária, a sociedade simples e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002, devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que:
I – no caso das microempresas, o empresário, a pessoa jurídica, ou a ela equiparada, aufira, 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, aufira, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais) e igual ou inferior a R$ 2.400.000,00 (dois milhões e quatrocentos mil reais).
§ 1º Considera-se receita bruta, para fins do disposto no caput deste artigo, o produto da venda de bens e serviços nas operações de conta própria, o preço dos serviços prestados e o resultado nas operações em conta alheia, não incluídas as vendas canceladas e os descontos incondicionais concedidos.
§ 2º No caso de início de atividade no próprio ano-calendário, o limite a que se refere o caput deste artigo será proporcional ao número de meses em que a microempresa ou a empresa de pequeno porte houver exercido atividade, inclusive as frações de meses.
§ 3º O enquadramento do empresário ou da sociedade simples ou empresária como microempresa ou empresa de pequeno porte bem como o seu desenquadramento não implicarão alteração, denúncia ou qualquer restrição em relação a contratos por elas anteriormente firmados.
§ 4º Não se inclui no regime diferenciado e favorecido previsto nesta Lei Complementar, para nenhum efeito legal, a pessoa jurídica:
I – de cujo capital participe outra pessoa jurídica;
II – que seja filial, sucursal, agência ou representação, no País, de pessoa jurídica com sede no exterior;
III – de cujo capital participe pessoa física que seja inscrita como empresário ou seja sócia de outra empresa que receba tratamento jurídico diferenciado nos termos desta Lei Complementar, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do caput deste artigo;
IV – cujo titular ou sócio participe com mais de 10% (dez por cento) do capital de outra empresa não beneficiada por esta Lei Complementar, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do caput deste artigo;
V – cujo sócio ou titular seja administrador ou equiparado de outra pessoa jurídica com fins lucrativos, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do caput deste artigo;
VI – constituída sob a forma de cooperativas, salvo as de consumo;
VII – que participe do capital de outra pessoa jurídica;
VIII – que exerça atividade de banco comercial, de investimentos e de desenvolvimento, de caixa econômica, de sociedade de crédito, financiamento e investimento ou de crédito imobiliário, de corretora ou de distribuidora de títulos, valores mobiliários e câmbio, de empresa de arrendamento mercantil, de seguros privados e de capitalização ou de previdência complementar;
IX – resultante ou remanescente de cisão ou qualquer outra forma de desmembramento de pessoa jurídica que tenha ocorrido em um dos 5 (cinco) anos-calendário anteriores;
X – constituída sob a forma de sociedade por ações.
§ 5º O disposto nos incisos IV e VII do § 4º deste artigo não se aplica à participação no capital de cooperativas de crédito, bem como em centrais de compras, bolsas de subcontratação, no consórcio previsto nesta Lei Complementar, e associações assemelhadas, sociedades de interesse econômico, sociedades de garantia solidária e outros tipos de sociedade, que tenham

A princípio não parece que a discussão acerca da condição de microempresa ou de empresa de pequeno porte dos licitantes possa alcançar o momento do certame licitatório. Trata-se de comprovação respeitante à qualificação jurídica que, regra geral, não dependerá de conduta ou de análise administrativa no curso da licitação. Assim, demonstrada a qualificação jurídica necessária para obter os benefícios e preferências estabelecidas na lei, vale dizer, provada a condição de microempresa ou de empresa de pequeno porte quando da habilitação jurídica, deverá a Administração licitante direcionar sua conduta para dar ao detentor desta condição jurídica o tratamento privilegiado legalmente previsto.

Esta afirmação não equivale dizer que tal condição não pode ser impugnada ou questionada no curso do certame. A documentação relativa à habilitação jurídica constitui prova *juris tantun* da condição jurídica.

---

como objetivo social a defesa exclusiva dos interesses econômicos das microempresas e empresas de pequeno porte.
§ 6º Na hipótese de a microempresa ou empresa de pequeno porte incorrer em alguma das situações previstas nos incisos do § 4º deste artigo, será excluída do regime de que trata esta Lei Complementar, com efeitos a partir do mês seguinte ao que incorrida a situação impeditiva.
§ 7º Observado o disposto no § 2º deste artigo, no caso de início de atividades, a microempresa que, no ano-calendário, exceder o limite de receita bruta anual previsto no inciso I do caput deste artigo passa, no ano-calendário seguinte, à condição de empresa de pequeno porte.
§ 8º Observado o disposto no § 2º deste artigo, no caso de início de atividades, a empresa de pequeno porte que, no ano-calendário, não ultrapassar o limite de receita bruta anual previsto no inciso I do caput deste artigo passa, no ano-calendário seguinte, à condição de microempresa.
§ 9º A empresa de pequeno porte que, no ano-calendário, exceder o limite de receita bruta anual previsto no inciso II do caput deste artigo fica excluída, no ano-calendário seguinte, do regime diferenciado e favorecido previsto por esta Lei Complementar para todos os efeitos legais.
§ 10. A microempresa e a empresa de pequeno porte que no decurso do ano-calendário de início de atividade ultrapassarem o limite de R$ 200.000,00 (duzentos mil reais) multiplicados pelo número de meses de funcionamento nesse período estarão excluídas do regime desta Lei Complementar, com efeitos retroativos ao início de suas atividades.
§ 11. Na hipótese de o Distrito Federal, os Estados e seus respectivos Municípios adotarem o disposto nos incisos I e II do caput do art. 19 e no art. 20 desta Lei Complementar, caso a receita bruta auferida durante o ano-calendário de início de atividade ultrapasse o limite de R$ 100.000,00 (cem mil reais) ou R$ 150.000,00 (cento e cinqüenta mil reais), respectivamente, multiplicados pelo número de meses de funcionamento nesse período, estará excluída do regime tributário previsto nesta Lei Complementar em relação ao pagamento dos tributos estaduais e municipais, com efeitos retroativos ao início de suas atividades.
§ 12. A exclusão do regime desta Lei Complementar de que tratam os §§ 10 e 11 deste artigo não retroagirá ao início das atividades se o excesso verificado em relação à receita bruta não for superior a 20% (vinte por cento) dos respectivos limites referidos naqueles parágrafos, hipóteses em que os efeitos da exclusão dar-se-ão no ano-calendário subseqüente.

Não constituiria exagero supor que, em determinado certame um licitante pode vir a impugnar a condição de microempresa ou de empresa de pequeno porte do concorrente sob o argumento de perda desta condição por fato superveniente. Por exemplo: o § 4º do artigo 3º da lei complementar determina que não se inclui no regime diferenciado e favorecido previsto na lei, para nenhum efeito legal, a pessoa jurídica cujo sócio ou titular seja administrador ou equiparado de outra pessoa jurídica com fins lucrativos, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do caput do artigo. Assim, se um dos sócios da empresa detentora da condição jurídica de microempresa ou de empresa de pequeno porte passar a ser titular de outra pessoa jurídica nas condições legalmente vedadas, é de se cogitar da possibilidade de impugnação de sua participação no certame nas condições privilegiadas conferidas pela lei.

Evidente que se pode argumentar que a perda da condição privilegiada demanda contraditório e ampla defesa, e que, sem tais garantias não se poderia retirar do licitante os direitos legalmente previstos. Porém, uma vez suscitada a questão, em sede de impugnação à habilitação jurídica de licitante que supostamente não mais detém as condições fixadas em lei para receber o tratamento privilegiado, competirá à Administração decidir de acordo com os princípios que regem a licitação, realizando ponderação de valor, para buscar a decisão que mais se coadune com as normas e princípios constitucionais.[11]Em tese, portanto, entende-se possível a não aplicação dos benefícios legais em caso de comprovada perda superveniente, no curso da licitação, das condições jurídicas para usufruir as benesses legais.

Vencida esta questão, sob o ângulo das microempresas e empresas de pequeno porte, a lei complementar cria determinados direitos subjetivos públicos – inclusive o de ver incluídas no edital as prerrogativas legais - passíveis de serem exigidos a partir do início da vigência da lei, inclusive pela via judicial.

Sob o ângulo da Administração Pública, compete (dever jurídico), a implementação dos direitos subjetivos públicos de titularidade dos destinatários particulares das prerrogativas legais.

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

[11] Ponderação que se realizará em vista de alguns fatores específicos: objeto da licitação, princípio da competitividade, vantajosidade, legalidade, isonomia, entre outros.

Portanto, a partir da vigência da lei[12] o ente da Administração está obrigado a fazer constar dos instrumentos convocatórios os critérios e procedimentos destinados à efetivação dos benefícios da lei.

Esta assertiva decorre da interpretação sistemática do artigo 40 da Lei nº 8666/93. Já se disse que o edital é a lei interna da licitação. Com efeito, este dispositivo legal determina que obrigatoriamente deverão constar do instrumento convocatório todas as regras necessárias ao deslinde juridicamente válido do certame (em homenagem ao princípio da publicidade e ao princípio da transparência administrativa, inclusive). Os direitos e procedimentos instituídos pela Lei Complementar nº 123/2006 são nucleares e integram a categoria de regras necessárias ao deslinde juridicamente válido do certame, especialmente no tocante ao julgamento.

Não basta, portanto, a previsão legal do tratamento diferenciado e favorecido no tocante às aquisições públicas. Deve haver (o que parece óbvio) previsão expressa deste tratamento, prerrogativas e procedimentos, no edital do certame.[13]

Aos destinatários particulares das normas compete exigir a previsão editalícia delas, o que pode ser feito pela impugnação do instrumento convocatório na forma prevista no artigo 41 da Lei nº 8666/93, ou pela via judicial.

4. A QUESTÃO DA VIGÊNCIA DA LEI COMPLEMENTAR Nº 123/2006

Aspecto de inevitável discussão nesta oportunidade é aquele acerca da vigência das normas previstas na Lei Complementar. Sob certa perspectiva esta questão é fundamental, uma vez que se o entendimento for o de que as regras de tratamento favorecido relativas às aquisições públicas estiverem em vigor desde a publicação da lei complementar, as Administrações Públicas já deveriam estar contemplando nos editais as normas previstas na lei e efetivando o tratamento diferenciado no que tange às licitações.

Do artigo primeiro se deduz objetivamente que o tratamento diferenciado e favorecido a que fazem jus as microempresas e empresas de pequeno porte atenderá a três situações jurídicas expressamente elencadas: (i) à apuração e recolhimento de impostos e contribuições da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, mediante regime jurídico único de arrecadação, inclusive

[12] Salvo hipótese eventual do ente obrigado a licitar obter medida judicial que o autorize a afastar uma ou mais das exigências legais sob o argumento de inconstitucionalidade, lembrando que não há harmonia, seja em doutrina, seja em matéria jurisprudencial, acerca da possibilidade de mero descumprimento de lei pelo administrador, sob a alegação de sua inconstitucionalidade, o que tampouco, em se tratando de licitações, parece sensato (tendo em conta o risco de impugnações e sanções pelos órgãos de controle administrativo).

[13] Da mesma forma que não basta a previsão legal do regime de cotas em concursos públicos para provimento de cargo público, eis que as condições e procedimentos relativos ao benefício legal devem estar previstos no edital correspondente.

obrigações acessórias; (ii) ao cumprimento de obrigações trabalhistas e previdenciárias, inclusive obrigações acessórias; (iii) ao acesso a crédito e ao mercado, inclusive quanto à preferência nas aquisições de bens e serviços pelos Poderes Públicos, à tecnologia, ao associativismo e às regras de inclusão.

O artigo 88 expressamente consigna que a lei complementar *entra em vigor na data de sua publicação, ressalvado o regime de tributação das microempresas e empresas de pequeno porte, que entra em vigor em 1º de julho de 2007.*

Fosse somente esta a norma relativa à vigência da lei complementar, não haveria dúvidas de que o legislador teria ressalvado apenas o regime de tributação da vigência a partir da publicação da lei.

Contudo, não foi esta a conduta do legislador, o que pode gerar polêmica. Foi inserida na lei a norma contida no artigo 89, que dispõe que *ficam revogadas, a partir de 1º de julho de 2007, a Lei nº 9317/96 e a Lei nº 9841/99.* A primeira lei dispõe sobre o regime tributário das microempresas, e a segunda institui o anterior Estatuto da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte, com vistas a dispor sobre o tratamento favorecido e diferenciado previsto nos artigos 170 e 179 da Constituição Federal. Assim, permanecem hígidas até 1º de julho de 2007 todas as normas das leis mencionadas.

A análise das normas previstas nos artigos 88 e 89 da Lei Complementar parece indicar interpretação no sentido de que todas as normas da lei complementar que não forem relativas ao regime de tributação das microempresas e empresas de pequeno porte, e que não conflitarem com as normas previstas nas Lei nº 9317/96 e Lei nº 9841/99 (que terão vigência até 1º de julho de 2007) têm vigência a partir da publicação da lei nova. Terão, no entanto, eficácia, no sentido de aptidão para produzir efeitos imediatamente, obrigando a partir da publicação a que as Administrações Públicas efetivem o tratamento diferenciado nas licitações públicas?

Em princípio parece que sim. Não parece haver qualquer restrição técnica para a concreta função eficacial da lei nova, no que tange ao tratamento favorecido no caso de aquisições públicas. Certamente não se tratam tais normas, de normas de eficácia limitada, uma vez que não necessitam da edição de outras normas para a sua plena eficácia. Por outro lado, não parece se tratarem de normas de eficácia contida, uma vez que não se identifica qualquer restrição à eficácia que seja decorrente da análise sistemática acima referida. Desta feita, se determinada empresa detém a qualificação de microempresa ou de empresa de pequeno porte nos termos da Lei nº 9841/99, e, a lei nova oferece regras de tratamento diferenciado relativas à participação em licitações que estão em vigor a partir da publicação da lei complementar, não se aferem impeditivos para estas regras já estejam a produzir efeitos.

Evidente que sempre se pode argüir que a interpretação histórica e a interpretação teleológica das normas contidas nos artigos 42 a 49 da lei complementar ensejam conclusão diversa. Ou seja, que a intenção do legislador foi a de que todas as normas deveriam ter vigência apenas a partir de 1º de julho de

2007, e que a intenção da lei é a de alterar inclusive o regime de enquadramento e perda da condição de microempresa e empresa de pequeno porte, razão pela qual as normas citadas acerca das licitações seriam normas de eficácia contida, que se converteriam em normas de eficácia plena apenas quando do início da vigência das novas regras para enquadramento e perda da condição de microempresa ou empresa de pequeno porte. Claro que esta interpretação é também digna de nota, mas ressalta-se que parece ter mais consistência jurídica aquela linha de raciocínio que leva à conclusão pela eficácia das disposições legais dos artigos 42 a 49 da lei complementar a partir de sua publicação.

Esta conclusão induz a outra, no sentido de que estariam então as Administrações que ainda não estivessem a conferir tratamento diferenciado para as microempresas e empresas de pequeno porte, a descumprir um dever legal, o que poderia suscitar argüição de nulidade dos processos licitatórios.

Contudo, quer parecer que, em caso de vencedora a tese de que todas as normas da lei complementar terão eficácia plena somente a partir de 01 de julho de 2007, e, em caso de eventual omissão administrativa, vale dizer, em caso de não terem sido expressamente consignadas no edital as regras previstas na Lei Complementar nº 123/2006 (estabelecendo o tratamento diferenciado e favorecido), e, caso não tenha havido impugnação ou dedução em juízo da pretensão de participar da licitação em condições privilegiadas por parte dos interessados legitimados, não se estará diante de nulidade absoluta do instrumento convocatório, que teria por conseqüência a nulidade da licitação e da contratação administrativa eventualmente celebrada.[14]

Mediante aplicação do princípio do "*pas de nulitté sans grief*" não há que se cogitar de nulidade do processo administrativo em caso de inexistência de prejuízo efetivo decorrente da prática ou da ausência de certa conduta administrativa,[15]

[14] Art. 49, § 2º da Lei nº 8666/93.

[15] Em que pese não se referirem objetivamente a processo licitatório, as decisões judiciais abaixo colacionadas ilustram a posição dos Tribunais em relação ao aproveitamento de processos nos quais a nulidade não causou prejuízo:
"MANDADO DE SEGURANÇA – PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR – NULIDADES – PEDIDO DE PERÍCIA EM FITA DE VÍDEO – INDEFERIMENTO – CERCEAMENTO DE DEFESA – INOCORRÊNCIA – AUSÊNCIA DE SENTENÇA PENAL TRANSITADA EM JULGADO OU DE INQUÉRITO POLICIAL – INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVA E PENAL – INOCORRÊNCIA DE FLAGRANTE PREPARADO – REEXAME DAS PROVAS PRODUZIDAS PELA COMISSÃO PROCESSANTE – IMPOSSIBILIDADE – ORDEM DENEGADA – 1. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, assim como a do Supremo Tribunal Federal, têm firme entendimento no sentido de que a nulidade do processo administrativo disciplinar é declarável quando restar evidente a ocorrência de prejuízo à defesa do servidor acusado, observando-se o princípio pas de nullité sans grief. 2. Do indeferimento do pedido de perícia da fita de vídeo que teria servido de base para a acusação contra o impetrante não lhe adveio qualquer prejuízo, por isso que a comissão processante se valeu de elementos outros de convicção para formar seu juízo acerca da autoria e materialidade dos fatos que lhe foram imputados. 3. 'O presidente da comissão poderá denegar pedidos considerados impertinentes, meramente protelatórios, ou de nenhum interesse para o esclarecimento dos fatos; Será indeferido o pedido de prova pericial, quando a comprovação do fato independer de conhecimento especial de perito.' (parágrafos 1º e 2º do artigo 156 da Lei nº 8.112/90). 4. 'Doutrina e jurisprudência são unânimes quanto à independência das esferas penal e administrativa; a punição disciplinar não depende de

mesmo porque, neste caso deve haver a ponderação acerca do princípio do interesse público. Não tendo havido qualquer insurgência ou reclamo das partes interessadas, e, em face da possível e compreensível discussão acerca da vigência da lei complementar, não são nulos os processos administrativos que ainda não contemplarem o tratamento diferenciado e favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte. Ainda que vigore o entendimento no sentido de que estão em vigor e têm eficácia a partir da publicação da lei as normas relativas ao tratamento diferenciado e favorecido nas aquisições públicas, deve haver prova de efetivo e concreto prejuízo para que se cogite de nulidade do certame, em homenagem ao princípio da supremacia do interesse público.

5. AS CONTRATAÇÕES ADMINISTRATIVAS ALCANÇADAS PELO TRATAMENTO DIFERENCIADO E FAVORECIDO PREVISTO NA LEI COMPLEMENTAR Nº 123/2006

O tratamento diferenciado e favorecido previsto na lei complementar, do ângulo das contratações públicas se direciona para as aquisições de bens e serviços[16]. Aquisição de bens, nos termos da Lei nº 8666/93, equivale às compras, definidas no artigo 6º como sendo *toda a aquisição remunerada de bens para fornecimento de uma só vez ou parceladamente.*

A definição de serviços também está contemplada no referido artigo 6º da lei de licitações, como sendo *toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte,*

---

processo civil ou criminal a que se sujeite o servidor pela mesma falta, nem obriga a Administração Pública a aguardar o desfecho dos mesmos.' (MS 7.138/DF, Relator Ministro Edson Vidigal, in DJ 19.03.2001). Precedente do STF. 5. Obtida a vantagem ilícita pelo servidor, com violação de dever funcional, não há falar em ocorrência de flagrante preparado (Enunciado nº 145 da Súmula do Supremo Tribunal Federal). 6. É inviável a apreciação da alegação do impetrante no sentido de que o ato demissório não encontra respaldo nas provas constantes do processo administrativo disciplinar, porquanto o seu exame requisita, necessariamente, a revisão do material fático apurado no procedimento administrativo, com a conseqüente incursão sobre o mérito do julgamento administrativo, estranhos ao âmbito de cabimento do mandamus e à competência do Poder Judiciário. Precedentes do STJ e do STF. 7. Ordem denegada. (STJ – MS 7863 – DF – 3ª S. – Rel. Min. Hamilton Carvalhido – DJU 16.12.2002)".

"MANDADO DE SEGURANÇA – PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR – NULIDADE NÃO DEMONSTRADA – AUSÊNCIA DE PREJUÍZO – MÉRITO – PENA DE SUSPENSÃO – DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA – Se os autos não evidenciam qualquer prejuízo à impetrante no que se refere à ampla defesa não há porque nulificar o processo. Embora o mandado de segurança não seja recurso insustentável a pretensão de reformatio in pejus sob a alegação de erro na tipificação da pena se não houve iniciativa nesse sentido. (TJDF – MSG 20010020040444 – DF – C.Esp. – Rel. Des. Everards Mota E Matos – DJU 13.11.2002 – p. 89)"

[16] Consoante art. 1º, inciso III da Lei Complementar.

locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais. A disposição legal expressa e excludente dos demais objetos passíveis de contratação leva à conclusão de que estão afastadas da incidência do tratamento diferenciado e favorecido a contratação de obras, as alienações, e as concessões de serviços públicos.

6. ALGUMAS DECISÕES ADMINISTRATIVAS NA FASE INTERNA DA LICITAÇÃO RELACIONADAS COM AS DISPOSIÇÕES DA LEI COMPLEMENTAR Nº 123/2006

As disposições de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e empresas de pequeno porte, como já dito, estabelecem deveres jurídicos para a Administração Pública, especialmente o de adotar condutas objetivas no sentido da efetivação da norma. A lei complementar fixa um paradigma do qual não pode o administrador se afastar imotivadamente.

Não obstante, o tratamento diferenciado e favorecido de que trata a lei complementar não implica que o Administrador está autorizado a descurar dos demais deveres jurídicos legal e constitucionalmente previstos. Assim, uma das finalidades precípuas da licitação, qual seja, a obtenção da proposta mais vantajosa ainda permanece hígida e objetivo principal a ser perseguido pelo Administrador (ao lado da isonomia). Desta feita, o Administrador deve atender o princípio que orienta no sentido de favorecer as microempresas e empresas de pequeno porte, porém, na estrita medida em que não seja posto em risco a obtenção da proposta mais vantajosa. Nesta linha, seguem algumas observações acerca da fase interna da licitação sob a égide da Lei Complementar nº 123/2006.

6.1. SOBRE A ESCOLHA DA MODALIDADE DE LICITAÇÃO

As regras acerca do tratamento diferenciado e favorecido nas aquisições públicas incidem independentemente da modalidade de licitação eleita pelo Administrador. Logo, mesmo no caso de convite, modalidade na qual é faculdade da Administração direcionar as convocações para o certame, se deverá ter presente o princípio que reza pelo tratamento favorecido e diferenciado das microempresas e empresas de pequeno porte. Nesta linha, na medida da razoabilidade, da eficiência, e da possibilidade técnica e material devem ser incluídos no rol dos convidados, empresas que detenham esta condição, o que pode ser feito mediante adoção de procedimentos administrativos de pouca complexidade.

6.2. SOBRE A QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA

Um dos limites jurídicos para a efetivação do tratamento diferenciado e favorecido é o objeto da licitação, como de resto o é para todas as decisões administrativas relevantes no certame. A natureza peculiar do objeto da licitação pode demandar requisitos de habilitação econômico-financeira incompatíveis com a estrutura financeira das microempresas e das empresas de pequeno porte.

Indicadores como o patrimônio líquido ou como o capital social mínimos, bem como os índices contábeis (liquidez corrente, liquidez geral, endividamento e outros usuais em contabilidade) mínimos ou máximos podem ser exigidos por necessários para aferição da capacidade econômico-financeira dos licitantes, sendo certo que a partir de determinados limites tais índices são inatingíveis pelas microempresas ou pelas empresas de pequeno porte – afastando-as do tratamento diferenciado.

Esta prerrogativa administrativa de fixar as condições de participação no certame permanece inalterada, sem que se possa cogitar de violação do espírito da norma complementar, desde que coerentes com os princípios da proporcionalidade, razoabilidade e motivação. O aspecto digno de nota é o de que a decisão acerca da adoção do critério do patrimônio líquido mínimo, do capital social mínimo, ou de índices contábeis para aferir a capacidade econômico-financeira dos licitantes traz maior responsabilidade para o Administrador.

Antes da vigência da lei complementar, já constituía obrigação administrativa apresentar a justificativa para os índices e indicadores contábeis eleitos como necessários para a aferição da capacidade econômico-financeira. Ocorre que, a partir da lei nova, a fixação destes requisitos de habilitação pode, além de afastar competidores, afastar competidores que participariam do certame em condições privilegiadas.

Fica assim ressaltada a importância da decisão acerca dos requisitos de qualificação econômico-financeira, pois, a fixação desmotivada e injustificada de critérios de habilitação desnecessários ou desproporcionais em relação ao objeto da licitação implica violação, além dos princípios da isonomia e da competitividade (o que já se verificava no regime anterior), após a edição da lei complementar, implica violação do princípio previsto artigo 170, IX da Constituição Federal.

6.3. SOBRE A QUALIFICAÇÃO TÉCNICA

As regras da nova lei não têm qualquer influência no tocante à qualificação técnica a ser exigida dos licitantes. Permanece íntegra a regra geral no sentido de que os requisitos de qualificação técnica operacional, ou de qualificação técnica profissional devem ser estabelecidos de acordo com o objeto da licitação.

Aliás, por força do princípio da supremacia do interesse público e da vantajosidade, a definição acerca dos requisitos de qualificação técnica não devem ser ponderados com vistas a qualquer tipo de favorecimento ou tratamento

diferenciado. Devem ser fixados única e exclusivamente para que seja possível a melhor contratação pública. Esta decisão administrativa é, pois, uma daquelas em relação às quais o princípio insculpido no artigo 170, IX da Constituição Federal deve ceder lugar (em juízo de ponderação valorativa) a outros valores jurídico/constitucionais que deve a Administração proteger.

Devem ser exigidos, pois, todos os requisitos de qualidade do objeto da futura contratação. Estes requisitos devem ser igualmente impostos às microempresas e empresas de pequeno, independentemente do tratamento diferenciado e favorecido previsto na lei, uma vez que esta peculiar condição diz respeito a características econômico-financeiras das empresas, e não a aspectos condizentes à sua qualificação técnica.

6.4. SOBRE A INCLUSÃO DAS NORMAS DE TRATAMENTO DIFERENCIADO E FAVORECIDO NO EDITAL

Como já dito, na fase interna da licitação competirá ainda ao Administrador, incluir no instrumento convocatório todas as normas relativas ao tratamento privilegiado previsto nos artigos 42 e seguintes da Lei Complementar nº 123/2007.

O artigo 40 da Lei nº 8666/93 prevê expressamente quais as normas que devem ser incluídas no edital. A elas se devem incluir aquelas previstas na lei complementar no tocante às aquisições públicas. Na hipótese não desejável de ser omitida alguma das disposições procedimentais, e, constatada em tempo esta omissão, deve ser alterado o edital para proceder a inclusão das regras do tratamento diferenciado e favorecido.

7. AS REGRAS ESPECÍFICAS DE TRATAMENTO DIFERENCIADO E FAVORECIDO NAS LICITAÇÕES (AQUISIÇÕES PÚBLICAS)

7.1. A COMPROVAÇÃO A REGULARIDADE FISCAL

Consoante defendido por Marçal Justen Filho *"a exigência de regularidade fiscal representa forma indireta de reprovar a infração às leis fiscais..."* e deve ser exigida para demonstrar *a idoneidade e a confiabilidade do sujeito".*[17]

A estas considerações se pode acrescentar que a exigência da regularidade fiscal, a par de legal, importa atenção ao princípio da isonomia em relação às obrigações para com a coletividade. Aplicado às licitações, o propósito nuclear do princípio da isonomia é o de assegurar, na medida da sua configuração jurídica, a igualdade de oportunidade de estabelecer relações contratuais com o Estado.

[17] Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 11ª Ed. Dialética: São Paulo, 2005, p. 312.

Com efeito, é curial que contratar com o Estado apresenta um sem número de vantagens comerciais e econômicas. A provar o grande volume de interessados nas licitações instauradas. Toda oportunidade comercial, econômica ou de outra natureza que for ofertada pelo Estado deve ser posta à disposição de forma igualitária, para que todos os interessados possam ter acesso a este plexo de oportunidades. Em contrapartida, se exige que as obrigações assumidas pelas empresas em face do Estado tenham sido também cumpridas. O princípio da isonomia nesta hipótese tem, portanto, orientação em duplo sentido, o que autoriza a prova da regularidade para com tais obrigações de ordem fisco/tributária.

A lei complementar não rompe com esta regra, cingindo-se a facultar no artigo 42 a prova da regularidade fiscal - para aquele licitante que não puder juntar os documentos relacionados no artigo 29 da Lei nº 8666/93 quando da abertura da licitação – apenas para efeito da assinatura do contrato.

Não se imagine, entretanto, que os licitantes destinatários da Lei Complementar estão desobrigados de apresentar desde logo os documentos relacionados à regularidade fiscal. Ao contrário. Pela sistemática do artigo 43 da Lei nova, os licitantes enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte devem integral respeito ao artigo 29 da lei de licitações, e às normas do edital no tocante aos documentos para aferição da regularidade fiscal. A obrigação das microempresas e empresas de pequeno porte é a de apresentar normalmente todos os documentos relativos à regularidade fiscal, o que se deduz da interpretação sistemática do disposto no artigo 43 da lei complementar.

O que foi remetido ao momento da assinatura do contrato foi a prova de regularidade fiscal. A participação no certame permanece vinculada à apresentação dos documentos previstos na lei e no edital.

Na forma da lei, portanto, os documentos exigidos para comprovação da regularidade fiscal devem ser apresentados, mesmo que contenham alguma restrição.

No regime da Lei nº 8666/93, o licitante que deixar de apresentar algum dos documentos relacionados no artigo 29 e previstos no edital será inabilitado e afastado da competição. No regime diferenciado e favorecido, o licitante deverá apresentar todos os documentos relacionados, ainda que contenham restrição, ou, em substituição, algum documento que comprove a impossibilidade de emissão do documento regular. Na impossibilidade de apresentação de documento oficial atestando a irregularidade ou motivo pelo qual o documento probatório da regularidade fiscal não foi emitido, o licitante, por cautela, poderá anexar declaração de próprio punho expondo os motivos pelos quais o documento não foi apresentado, o que facilitará a decisão e a conduta administrativa.

O licitante em situação irregular deve apresentar os documentos demonstrando esta situação, ficando autorizado a permanecer na disputa licitatória. Se vencedor, poderá provar a regularização da situação jurídica perante o Poder Público no prazo fixado na lei, que dispõe no § 1º do artigo 43 que *"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 regularização da documentação, pagamento ou parcelamento do débito, e emissão de eventuais certidões negativas ou positivas com efeito de certidão negativa."

Não provada a regularidade fiscal, terá o licitante favorecido o prazo de dois dias úteis para apresentar esta prova. Poderá, mediante requerimento devidamente fundamentado a ser dirigido à Administração, ter deferida a prorrogação deste prazo por mais dois dias úteis.

Ao aludir a que o termo inicial da contagem deste prazo é o momento no qual o licitante é declarado vencedor, a lei indica que o prazo inicia a partir do momento em que foi tornada pública, pelas formas admitidas na lei e no edital, a decisão acerca do vencedor do certame. O termo inicial da contagem do prazo é a intimação do licitante vencedor, o que pode inclusive ocorrer em sessão de julgamento, mediante o devido registro formal em ata, na qual conste expressamente que a parte interessada se deu por intimada dela (da decisão).

O prazo de que trata a lei é, efetivamente, prazo para a regularização da documentação de habilitação (regularidade fiscal) no processo licitatório. O prazo de dois dias é para que o licitante *prove* perante a Administração a situação de regularidade. O prazo para pagamento ou parcelamento do débito e emissão de eventuais certidões negativas ou positivas com efeito de certidão negativa pode concretamente ser muito maior dependendo do objeto e da modalidade da licitação. Se a licitação perdurar por 6 meses, por exemplo, o licitante em situação fiscal irregular terá até o seu final para envidar esforços no sentido da regularização.

O § 2º do artigo 43 da Lei Complementar, dispõe que *"a não-regularização da documentação, no prazo previsto no § 1º deste artigo, implicará decadência do direito à contratação, sem prejuízo das sanções previstas no art. 81 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, sendo facultado à Administração convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para a assinatura do contrato, ou revogar a licitação".* Não cumprida a exigência de que seja feita a prova de regularidade fiscal no prazo fixado na lei, decairá o licitante do direito à contratação.

A redação da norma parece equívoca. Ao afirmar que operará a decadência do direito à contratação do licitante que deixar de fazer a prova de regularidade fiscal no prazo fixado, a lei, em primeira vista induz à conclusão no sentido de que há direito à contratação, o que não é correto. Tendo em vista as hipóteses de anulação e de revogação da licitação, o que assiste ao licitante vencedor do certame é o direito de não ser preterido. Neste sentido sustenta Marçal Justen Filho que *a preterição da ordem de classificação das propostas ou a contratação de terceiros, não partícipes da licitação, ofendem direito líquido e certo do vencedor... A orientação tradicional (que vai sendo abandonada) é a de que o vencedor não tem direito adquirido a ser contratado. Seu direito é de não ser preterido.*[18]

[18] Ob. cit. p. 477.

A decadência importa a perda de um direito pelo não-exercício no prazo fixado na lei, vale dizer, a inércia do interessado e o decurso de prazo implicam a perda do direito.[19]Assim, sob rigor técnico não se haveria de falar de decadência do direito de contratar, eis que não há direito à contratação, mas do direito de não ser preterido se a contratação vier a se perfazer. De qualquer sorte, esta aparente imprecisão técnica não compromete o sentido da norma, que é o de fixar regra que afasta definitivamente o licitante vencedor do certame se, no prazo legal, não provar a condição de regularidade fiscal.

Se a decadência implica de um lado a perda do direito de ser não ser preterido em caso de se efetivar a contratação administrativa, de outro, importa a geração de um direito subjetivo público dos licitantes remanescentes, na ordem de classificação, de serem convocados a firmar o contrato. Desta feita, não existe qualquer espaço para que o prazo legal seja ampliado, seja qual for o fundamento, uma vez que a contagem do prazo decadencial não admite interrupção ou suspensão. Vencido o prazo perece o direito do licitante vencedor em situação irregular, e nasce o direito dos licitantes remanescentes de serem convocados a firmar o contrato administrativo.

As condições desta convocação serão aquelas estabelecidas no artigo 64 da Lei nº 8666/93. Portanto, os licitantes remanescentes serão convocados na ordem de classificação para assinar o termo de contrato *nas mesmas condições propostas pelo primeiro classificado, inclusive quanto aos preços atualizados de conformidade com ato convocatório.*

O licitante favorecido que não lograr a regularização da documentação de habilitação no prazo legal estará sujeito às sanções previstas no artigo 81 da Lei nº 8666/93. Outra imprecisão técnico-legislativa, uma vez que este dispositivo não prevê sanção alguma, apenas indica que a recusa injustificada do adjudicatário em assinar o contrato caracteriza o descumprimento total da obrigação assumida e sujeita o licitante às sanções legalmente previstas para o descumprimento das obrigações contratuais.

Importante frisar que somente estará sujeito às sanções por descumprimento de obrigações contratuais aquele licitante que se recusar injustificadamente a assinar o contrato. Na ótica do legislador, pois, por aplicação sistemática da regra contida no § 2º do artigo 43 da Lei Complementar, a conduta de não provar a condição de regularidade fiscal é equivalente à recusa em assinar o contrato, e, por conseguinte, caracteriza juridicamente o descumprimento total da obrigação assumida quando da formulação da proposta, ao menos para o fim de aplicação de sanções.

Ao atribuir tratamento favorecido e diferenciado a lei impõe simultaneamente um dever jurídico ao licitante beneficiário dele, qual seja, o de envidar todos os esforços e adotar todas as providências para alcançar a condição de regularidade

[19] COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Civil. Vol. 1, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 372.

fiscal. Este dever jurídico inclui a aferição sincera e objetiva das reais possibilidades de obtenção da situação de regularidade fiscal antes do final da licitação.

Se o interessado já tem conhecimento de antemão de que não terá condições de regularizar a sua situação fiscal antes do final do certame, não deve ingressar na competição. Nem se diga que esta análise não é possível. Cite-se como exemplo, o caso de um débito tributário cuja regularização somente poderá ser realizada mediante parcelamento, e o interessado em participar da licitação sabe que não logrará obtê-lo por não atender os requisitos legais.

A aplicação da prerrogativa legal exige observância do princípio da boa-fé por parte da microempresa ou da empresa de pequeno porte. Daí que, em caso de descumprimento do prazo para prova da regularidade fiscal, não estará sujeito às sanções legais por descumprimento total da obrigação assumida se apresentar justificativa consistente, tratamento este que se impõe, por força da norma do artigo 81 acima citada. Se a justificativa apresentada não for consistente, no sentido de demonstrar que a não-regularização fiscal não foi produto de conduta que possa lhe ser atribuída (inércia, desconsideração de situação jurídica incontornável e preexistente ao ingresso na disputa em condições favorecidas, fato irregular superveniente imputável ao administrador licitante, etc.), estará sujeito às penalidades legais.

Estas sanções são aquelas previstas no artigo 87 da Lei Geral de Licitações (Lei nº 8666/93) ou aquelas previstas em outros atos legais aplicáveis a cada caso concreto[20] em caso de inexecução total do objeto do contrato (por força de equivalência legal, como dito).

A aplicação de sanção na hipótese em exame constitui tratamento justo, tendo em vista o princípio da boa-fé que deve nortear as relações no curso da licitação. Justo, portanto, que aquele licitante que se aproveitou indevidamente de uma prerrogativa legal seja penalizado.

A pena a ser aplicada deve atender ao princípio da proporcionalidade e ao princípio da razoabilidade. Se for o caso de aplicação de sanção, por óbvio, as condutas menos graves serão apenadas com advertência ou multa, e aquelas condutas mais gravosas, com a sanção de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, declaração de inidoneidade, ou outras sanções legalmente previstas. A dosimetria da sanção compete à Administração, que o fará de forma fundamentada, sob pena de nulidade. Qualquer decisão administrativa que não seja precedida da devida motivação padecerá do vício de ilegitimidade e será passível de invalidação.

---

[20] Como é o caso da sanção prevista no artigo 7º da Lei nº 10.520/2002, que reza que *quem, convocado dentro do prazo de validade de sua proposta, não celebrar o contrato,deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida para o certame, ensejar o retardamento da execução de seu objeto,não mantiver a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal, ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios e, será descredenciado no SICAF, ou nos sistemas de cadastramento de fornecedores a que se refere o inciso XIV do artigo 4º desta Lei, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais.*

Consoante razões de conveniência e oportunidade, no caso de não haver prova de regularidade fiscal pelo licitante vencedor no prazo da lei, a Administração poderá, ao revés de convocar os demais licitantes na ordem de classificação, revogar a licitação. Revogar a licitação constitui uma das prerrogativas legais da Administração Pública e, neste pormenor inclusive, a norma complementar não inova em relação ao anteriormente disposto em outras normas, como aquela prevista no §2º do artigo 64 da Lei nº 8666/93. Adota-se aqui, no entanto, a posição já sustentada por diversos doutrinadores, no sentido de que mesmo o ato discricionário, categoria na qual se insere a revogação, é vinculado a princípios jurídico/constitucionais. Assim, a revogação demanda motivação, para que reste inequívoco que constitui a melhor forma de realizar o interesse público.

7.2. O CRITÉRIO FAVORECIDO E DIFERENCIADO DE DESEMPATE NAS LICITAÇÕES

No regime da lei geral de licitações, o critério exclusivo de desempate de propostas, vedado qualquer outro, é o sorteio, nos termos do disposto no artigo 45, § 2 da Lei nº 8666/93.

Outra inovação da lei complementar é o tratamento favorecido e diferenciado no tocante ao critério de desempate. Pela norma complementar fixada no artigo 44, *nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte.*

Pela regra, em caso de empate na competição será assegurada a preferência para a contratação das microempresas e empresas de pequeno porte. Para efetivar esta preferência, a lei cria uma ficção jurídica adotando um conceito legal de empate, diverso do seu conceito jurídico. Juridicamente a situação de empate resta caracterizada quando ocorre a apresentação de propostas efetivamente idênticas. A lei amplia esta noção, para reputar de empate a situação de fato na qual as propostas de preço das microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 10% (dez por cento) superiores à proposta mais bem classificada (art. 44, § 1º).

Pela sistemática da lei complementar, na prática será obedecido o seguinte procedimento:

1. Primeiramente, ordenam-se as propostas em ordem crescente, classificando em primeiro lugar aquela de menor valor;
2. Se a primeira colocada for licitante enquadrada como microempresa ou empresa de pequeno porte, será imediatamente sagrada vencedora do certame, e a ela será adjudicado o objeto da licitação, desde que atendidos os demais requisitos legais (art. 45, § 2º da Lei Complementar);
3. Caso restem classificadas em primeiro lugar mais de uma proposta (propostas de idêntico valor, caracterizando situação de empate na acepção jurídica do termo), e uma delas for microempresa ou empresa de pequeno porte, esta terá preferência na contratação – o desempate se dará pelo tratamento favorecido à microempresa ou empresa de pequeno porte. Este

tratamento favorecido condiciona, entretanto, a preferência na contratação à oferta de proposta de preço inferior àquele originalmente proposto. Como a lei não estabelece qualquer parâmetro para esta nova proposta, qualquer valor menor do que a proposta original deve ser reputado suficiente para que o desempate se efetive (proposta apenas R$ 1,00 menor do que a original, por exemplo). Pode-se sustentar que, no caso de empate decorrente da apresentação de propostas idênticas por microempresa ou empresa de pequeno porte e outra licitante que não detenha esta condição, se deveria automaticamente dar preferência àquela, sem necessidade de apresentação de nova proposta, de menor valor. Nesta ótica, a regra do inciso I do artigo 45 da Lei Complementar nº 123/2006[21] somente teria aplicação nos casos de empate em que as propostas não fossem idênticas (empate pela regra do § 1 ou § 2 do artigo 44). O tratamento diferenciado e favorecido teria como contrapartida o dever de apresentar proposta de menor valor, dever que não se exigiria no caso de empate por força de apresentação de propostas idênticas - a proposta original já teria sido menor em relação às demais classificadas. Parece que melhor atende o sentido da norma a primeira interpretação. Uma vez que deverá ser aceita como válida, para o fim de desempate, proposta de qualquer valor menor em relação à proposta apresentada pelo outro licitante em situação jurídica de empate, este dever não implica qualquer prejuízo ou modificação significativa para o licitante favorecido.

4. No caso de propostas idênticas, apresentadas por mais de uma microempresa ou empresa de pequeno porte restar classificada em primeiro lugar, juntamente com uma ou mais propostas de empresas que não detenham esta condição jurídica (empate entre todas), somente as propostas ofertadas por aquelas (microempresas e empresas de pequeno porte) serão consideradas inicialmente. A situação de empate (propostas idênticas) entre microempresas e empresas de pequeno porte se resolve pela regra geral do sorteio (art. 45, III da Lei Complementar). Na

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

I – a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada poderá apresentar proposta de preço inferior àquela considerada vencedora do certame, situação em que será adjudicado em seu favor o objeto licitado;

II – não ocorrendo a contratação da microempresa ou empresa de pequeno porte, na forma do inciso I do caput deste artigo, serão convocadas as remanescentes que porventura se enquadrem na hipótese dos §§ 1º e 2º do art. 44 desta Lei Complementar, na ordem classificatória, para o exercício do mesmo direito;

III – no caso de equivalência dos valores apresentados pelas microempresas e empresas de pequeno porte que se encontrem nos intervalos estabelecidos nos §§ 1º e 2º do art. 44 desta Lei Complementar, será realizado sorteio entre elas para que se identifique aquela que primeiro poderá apresentar melhor oferta.

§ 1º Na hipótese 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 neste artigo somente se aplicará quando a melhor oferta inicial não tiver sido apresentada por microempresa ou empresa de pequeno porte.

§ 3º No caso de pregão, a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada será convocada para apresentar nova proposta no prazo máximo de 5 (cinco) minutos após o encerramento dos lances, sob pena de preclusão.

eventualidade de todas as microempresas e empresas de pequeno porte renunciarem à prerrogativa de apresentar propostas de menor valor, dar-se-á o desempate entre todas (inclusive as empresas não beneficiárias do tratamento favorecido) mediante sorteio.

5. No caso de não haverem propostas idênticas classificadas em primeiro lugar, e, se a primeira colocada não for microempresa ou empresa de pequeno porte, competirá à Administração, aferir se dentre as demais propostas classificadas estão presentes propostas apresentadas por microempresas ou empresas de pequeno porte;
6. Identificadas as propostas ofertadas por microempresas ou empresas de pequeno porte, serão selecionadas e ordenadas em ordem crescente aquelas de valor até 10% maior do que a proposta classificada em primeiro lugar (apresentada por empresa não enquadrada como microempresa ou empresa de pequeno porte). A título de exemplo, se a proposta vencedora for no valor de R$ 56.000,00 (cinquenta e seis mil reais), serão selecionadas todas as propostas das licitantes enquadradas como microempresa ou empresa de pequeno porte que tiverem ofertado preço até R$ 5.600,00 (cinco mil e seiscentos reais) maior, ou seja, até R$ 61.600,00 (sessenta e um mil e seiscentos reais).
7. Se apenas uma licitante enquadrada como microempresa ou empresa de pequeno porte tiver apresentado proposta até 10% maior do que a primeira colocada lhe será facultado ofertar outra proposta, de menor valor, caso em que lhe será adjudicado o objeto do certame.
8. Em caso de existir mais de uma proposta formulada por microempresa ou empresa de pequeno porte de valor até 10% superior à primeira colocada, serão estas propostas classificadas em ordem crescente, e, de acordo com esta classificação, a primeira colocada (que ofertou proposta de menor valor) terá a faculdade de ofertar proposta de valor menor do que a proposta originalmente vencedora.
9. Caso não seja contratada a licitante favorecida classificada em primeiro lugar na forma referida no item anterior[22], serão convocadas as licitantes remanescentes, pela ordem da classificação referida no item 8, para o exercício do mesmo direito.
10. Na circunstância de que duas ou mais microempresas ou empresas de pequeno porte tenham ofertado propostas de valor idêntico, nos limites da situação de empate prevista nos §§ 1º e 2º do artigo 44, será realizado sorteio entre elas para a seleção da primeira a apresentar oferta de menor valor.
11. Caso nenhuma das licitantes enquadradas como microempresa ou empresa de pequeno porte que estejam em situação jurídica de empate com a proposta vencedora exerça o direito de ofertar proposta de menor valor, ou caso nenhuma delas possa ser contratada por força de determinado impedimento jurídico, o objeto licitado será adjudicado ao licitante que originalmente apresentou a proposta classificada em primeiro lugar.[23]

[22] Por renunciar ao direito de ofertar proposta de menor valor, ou por inabilitação superveniente na forma do § 5 do artigo 43 da Lei nº 8666/93.

[23] Entre outras imprecisões técnicas da lei, é de se ressaltar que o § 1º do artigo 45 da Lei Complementar alude a que, no caso de não-contratação o objeto licitado será adjudicado em

A lei é omissa no tocante ao prazo para o exercício pelas microempresas e empresas de pequeno porte da prerrogativa de apresentarem nova proposta, de preço inferior àquela originalmente classificada em primeiro lugar.

Partindo da premissa de que eventualmente nem todos os licitantes participem da sessão de julgamento na qual foi constatada a situação prevista no artigo 44 da lei, a Administração deverá editar ato comunicando a situação de empate. Tal procedimento é coerente com o princípio da formalidade (art. 4º, parágrafo único da Lei nº 8666/93), e assegura a publicidade e os demais princípios relativos à licitação. Devem ser intimados (pela forma prevista em lei e no edital) o(s) licitante(s) que se encontre(m) em situação de empate na forma do artigo 44 para, querendo, apresentar nova proposta de preço inferior, com o fim de produzir o desempate e assegurar a efetivação do tratamento favorecido. Este procedimento, bem como o prazo para apresentar nova proposta, deverão ser fixados pela Administração, e previstos no edital da licitação.

Nada obsta, no entanto, que no caso de estarem todos os licitantes presentes na sessão de julgamento, mediante renúncia dos prazos fixados no edital, a nova proposta seja apresentada imediatamente pelo licitante beneficiário do tratamento diferenciado e favorecido.

Para o caso do pregão (presencial ou eletrônico) a lei estabelece tratamento diferente. Primeiramente para dizer que a situação de empate se verificará quando as propostas apresentadas por microempresas ou empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 5% superiores à proposta mais bem classificada (art. 44, § 2º), diminuindo o universo dos beneficiários do tratamento favorecido. O procedimento de desempate deve ser o mesmo para qualquer das modalidades de licitação, a diferença limita-se ao critério de definição legal de situação de empate.

A lei fixa ainda que, no caso de pregão, a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada deverá apresentar a nova proposta de que trata o inciso I do artigo 45 no prazo máximo de 5 minutos após o encerramento dos lances, sob pena de preclusão. Esta norma deve sofrer interpretação sistemática para que possa ter eficácia possível. O prazo de cinco minutos deve ser contado a partir do momento em que a Administração formalizou (ainda que oralmente) a situação de empate legal.

Imagine-se um pregão presencial em cuja fase de lances estejam participando 15 empresas. Expirada esta fase e classificadas as propostas, o pregoeiro deverá aferir acerca da existência da situação de empate e identificar o licitante microempresa ou empresa de pequeno porte com direito ao tratamento favorecido, para, após, facultar à licitante detentora desta condição, a apresentação de nova proposta, de menor valor. É de se supor que este procedimento possa demandar mais do que cinco minutos.

---

favor da proposta originalmente vencedora do certame. Ora, uma proposta é apenas uma manifestação jurídica expressa do licitante, e por evidente, não pode ser titular de direitos ou de obrigações. O objeto da licitação será adjudicado ao licitante autor da proposta.

Assim, a interpretação adequada do dispositivo legal é no sentido de que o prazo de cinco minutos para que o licitante microempresa ou empresa de pequeno em situação de empate apresente nova proposta inicia no momento em que o pregoeiro indicar expressamente o licitante beneficiado, e solicitar dele que manifeste a nova proposta no prazo legal.

Da mesma forma no caso do pregão eletrônico. Ainda que o sistema seja programado para classificar as propostas já considerando o tratamento diferenciado e favorecido, indicando automaticamente a situação de empate legal, o pregoeiro deve fazer referência expressa ao prazo de cinco minutos para a apresentação da nova proposta pela microempresa e empresa de pequeno porte que detém a preferência na contratação.

Esta parece ser a interpretação que mais se coaduna com o sistema legal das licitações.

A lei expressamente consigna que, no caso do pregão (presencial e eletrônico), se a proposta nova não for apresentada no prazo de cinco minutos operará a preclusão, que é a perda da oportunidade de realizar um ato processual pelo não exercício no prazo fixado em lei. Assim, se a microempresa ou empresa de pequeno porte em situação de empate não apresentar nova proposta neste prazo, não poderá mais faze-lo, sob nenhum argumento. Daí a importância do registro formal do procedimento de desempate, e da intimação expressa (ainda que oralmente, mediante registro em ata) para que o licitante apresente, querendo, a nova proposta de valor inferior àquele originalmente classificado em primeiro lugar.

7.3. O TRATAMENTO DIFERENCIADO E FAVORECIDO PARA AS EMPRESAS CREDORAS DO PODER PÚBLICO

A lei complementar cria um novo título de crédito, a cédula de crédito microempresarial, que poderá ser emitida por microempresa ou empresa de pequeno porte titular de crédito decorrente de empenho liquidado (e não pago) em face da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios. Trata-se de norma de eficácia contida, dependente de regulamentação pelo Poder Executivo.

O destinatário da prerrogativa legal é qualquer microempresa ou empresa de pequeno porte que seja credora do Poder Público por força de empenho liquidado e não pago.

Empenho é *a reserva de recursos na dotação inicial ou no saldo existente para garantir fornecedores, executores de obras ou prestadores de serviços pelo fornecimento de materiais, execução de obras ou prestação de serviços.*[24] Executada a prestação contratual, é realizada a liquidação, que consiste na *verificação do direito do credor, tendo por base os títulos e documentos*

[24] SILVA, José Afonso da. Orçamento Programa no Brasil. São Paulo, RT, 1973, p. 337.

comprobatórios do crédito. Examina-se a origem do crédito, a importância exata a pagar e a quem se deve pagar.[25] Após a liquidação, é emitida a ordem de pagamento, que é a determinação administrativa para que a despesa seja paga, e, o efetivo pagamento da dívida. Este é o procedimento regular de realização de despesa pública. No entanto, não é incomum que a Administração Pública realize a liquidação da despesa e não efetive o pagamento ao credor. Por razões de diversas ordens, fundamentadas ou não, pode ocorrer de o contratado não receber a contrapartida financeira pela execução contratual. Ao contratado credor restava diligenciar administrativa ou politicamente para receber seus haveres, ou, a adoção da via judicial.

A cédula de crédito microempresarial apresenta uma nova forma de gestão de crédito pelo credor, que a partir da emissão do título poderá realizar execução contra a Fazenda Pública, ou mesmo negociar o título no mercado financeiro.

Análise mais aprofundada do instituto somente poderá ser realizada após a regulamentação do dispositivo legal pelo Poder Executivo.

7.4. A POSSIBILIDADE DE CRIAÇÃO DE OUTRAS FORMAS DE TRATAMENTO DIFERENCIADO PELOS ENTES FEDERATIVOS

Outras formas de tratamento diferenciado, além das já previstas na Lei Complementar, poderão ser implementadas pelos entes federativos, em respeito ao princípio da autonomia dos entes da federação. O artigo 47 da Lei Complementar nº 123 prevê que a União, os Estados e os Municípios poderão conceder outras formas de 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. Esta norma se aplica ao Distrito Federal, pois inobstante a omissão legislativa não se pode conceber, em análise sistemática, especialmente considerado o princípio da isonomia, que a norma não tenha aplicação em relação a este ente federado.

Digno de nota é que, se no artigo 1º da Lei Complementar há referência a tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte, o artigo 47 faz alusão a que o tratamento a ser concedido poderá ser diferenciado e simplificado. A norma induz a conclusão no sentido de que um dos seus propósitos principais, além do tratamento favorecido, é a criação de mecanismos e procedimentos, que consagrem, além do tratamento diferenciado e favorecido preconizado como regra geral, a simplificação de procedimentos, tornando mais ágeis e céleres todos os aspectos relacionados às contratações públicas. Desta feita, outras formas de tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte poderão ser adotadas pelos entes da federação, condicionada esta adoção à edição de lei específica, a ser editada pelos entes referidos. Rememore-se que, todas as leis

[25] OLIVEIRA, Régis Fernandes de. Curso de Direito Financeiro. São Paulo, RT, 2006, p. 359.

posteriormente editadas devem observâncias às normas gerais fixadas na Lei Complementar.

Para implementar o tratamento diferenciado e simplificado de que trata o artigo 47, a lei complementar faculta a adoção por lei de alguns procedimentos específicos no que tange às licitações.

As leis a serem editadas pelos entes federados poderão contemplar normas regulamentando as três prerrogativas legais conferidas às microempresas e empresas de pequeno porte instituídas como normas gerais no artigo 48, quais sejam (i) a instauração de processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nas contratações cujo valor seja de até R$ 80.000,00 (oitenta mil reais); (ii) a exigência de que os licitantes realizem a subcontratação de microempresa ou de empresa de pequeno porte, desde que o percentual máximo do objeto a ser subcontratado não exceda a 30% (trinta por cento) do total licitado; (iii) a exigência de que se estabeleça cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte, em certames para a aquisição de bens e serviços de natureza divisível.

Ao tempo em que fixa estas hipóteses de tratamento diferenciado e simplificado que, mediante lei, podem ser adotadas pelos entes da federação, a própria lei impõe limites para a fixação destas formas de tratamento diferenciado e simplificado.

Uma das preocupações do legislador foi no tocante à vantajosidade da contratação (artigo 49, III). A lei visa assegurar prerrogativas e benefícios para as microempresas e empresas de pequeno porte, e simultaneamente afirma um dos principais objetivos da licitação, que é a obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública. Não poderá o tratamento diferenciado e simplificado ser aplicado quando conferi-lo não resultar situação jurídica vantajosa também para a Administração.

Foi além a norma. Previu que, além de vantajoso também para a Administração, o tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte não pode representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado. A afirmação da lei, de certa forma constitui apenas uma ratificação da busca pela vantajosidade: se a contratação provoca qualquer prejuízo ao objeto da contratação, por evidente não será vantajosa.

São ainda vedações à aplicação do tratamento diferenciado e simplificado previsto nos artigos 47 e 48:

(i) A falta de previsão no instrumento convocatório da licitação dos critérios de tratamento diferenciado e favorecido. Esta regra segue o entendimento segundo o qual todas as normas a serem aplicadas ao certame e à execução contratual devem estar previstas no edital, sob pena de inaplicabilidade.
(ii) A inexistência de um mínimo de três fornecedores competitivos enquadrados como microempresa ou empresa de pequeno porte sediados

no local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências do edital. Apesar do intuito claro desta norma ser direcionado a assegurar a competitividade, e, por conseqüência, a busca pela proposta mais vantajosa, este critério legal somente confirma a dificuldade – quiçá impossibilidade - para o Administrador em conciliar o tratamento diferenciado com a busca da proposta mais vantajosa;

(iii) Quando a licitação for dispensável ou inexigível na forma dos artigos 24 e 25 da Lei nº 8666/93. Parece destituído de sentido jurídico-prático esta disposição normativa. Por força de determinação constitucional, a realização de licitação para a seleção de particulares para contratar com o Estado é uma regra imperativa que admite as exceções relacionadas à dispensa e à inexigibilidade de licitação (sem olvidar da licitação dispensada). A licitação deverá ser realizada sempre, exceto nos casos de dispensa ou de inexigibilidade. E a opção por dispensar ou por inexigir a licitação constitui decisão administrativa, motivada, que sempre deve ter por objetivo a realização do interesse público – na ótica do Administrador melhor atende o interesse público afastar o certame licitatório. Lembre-se que, afastar a licitação por dispensa ou por inexigibilidade implica por vezes inviabilidade material (inviabilidade de competição, por exemplo). Esta racionalidade jurídico-administrativa, de gênese constitucional, não poderia ser violada sob o argumento de favorecimento às microempresas ou empresas de pequeno porte. Até porque, este dispositivo deve ser interpretado sistematicamente, e, a própria lei complementar estabelece que o tratamento diferenciado e simplificado somente será autorizado quando for também vantajoso para a Administração Pública, ou não resultar prejuízo para o objeto do contrato. Se o caso for de dispensa ou de inexigibilidade de licitação, não há que se falar de tratamento diferenciado para microempresa ou empresa de pequeno porte, independentemente de previsão legal expressa.

Em breve análise comparativa entre o tratamento diferenciado e favorecido preconizado nos artigos 42, 43, 44 e 45, relacionados à prova de regularidade fiscal ou mesmo relacionados aos critérios de desempate, e o tratamento diferenciado e simplificado preconizado nos artigos 47 e 48, constata-se que uma das diferenças fundamentais reside na preocupação com a preservação da competitividade.

As disposições acerca do tratamento diferenciado e favorecido previstas nos artigos 42 a 45 da lei complementar não afrontam a competitividade da licitação ou mesmo a busca pela proposta mais vantajosa. Ao contrário, o benefício relacionado à prova da regularidade fiscal amplia potencialmente o número de competidores. O critério legal de desempate não reduz a competitividade, talvez até amplie as possibilidades de obtenção de propostas mais vantajosas, na medida em que as empresas não enquadradas como microempresas e empresas de pequeno porte eventualmente podem ofertar propostas de valor menor no intuito de fugir do critério legal de empate.

Já as normas relativas ao tratamento diferenciado e simplificado contidas nos artigos 47 e 48 da lei complementar, ao contrário, implicam redução da competitividade, o que pode ser um grande complicador para os legisladores no âmbito dos entes federados. É que pela própria sistemática da lei, como dito,

qualquer critério de tratamento diferenciado e simplificado somente poderá ser aplicado se for vantajoso também para a Administração Pública (art. 49, III). Ora, as três hipóteses previstas no artigo 48 implicam em restrição inegável à competitividade, senão vejamos:

1) Instaurar licitação destinada à participação exclusiva de microempresas e empresas de pequeno porte nas contratações cujo valor seja de até R$ 80.000,00 importa afastar do certame inúmeras outras empresas que eventualmente poderiam atender o objeto da licitação em condições muito mais favoráveis;
2) Exigir dos licitantes a subcontratação de microempresas e empresas de pequeno porte em até 30% do total licitado igualmente pode produzir restrição à competitividade, uma vez que exige que todos os potenciais interessados em participar do certame detenham em seu círculo de relações comerciais parceiros enquadrados como microempresas e empresas de pequeno porte, aptos e dispostos a serem subcontratados. Lembre-se que a subcontratação requer a existência de um liame de confiança mútua entre subcontratante e subcontratado, eis que esta relação contratual importa em responsabilidade solidária perante a Administração no tocante à execução do objeto do contrato principal.
3) Estabelecer cota de até 25% do objeto em favor de microempresas e empresas de pequeno porte para aquisição de bens e serviços de natureza divisível importa restrição à competitividade sob o mesmo fundamento (eis que a situação jurídica é similar) utilizado acima no tocante à licitação destinada exclusivamente à contratação de empresas assim enquadradas.

Qualquer hipótese de tratamento diferenciado e simplificado, sejam aquelas já previstas na lei, sejam aquelas que venham a ser instituídas pela lei a ser editada pelos entes da federação, somente poderá ser aplicada mediante decisão fundamentada (princípio da motivação). A fundamentação do ato deve demonstrar a vantajosidade da contratação também para o Poder Público e que a contratação não representa prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado.

Estabelece ainda a lei complementar, como norma geral a ser obedecida pelos entes federados quando da regulamentação por leis específicas do tratamento diferenciado e simplificado, que as prerrogativas em favor de microempresas e empresas de pequeno porte com fundamento no artigo 48 não podem exceder a 25% do total licitado em cada ano civil.

Por fim, determina que no caso de subcontratação de microempresa e empresa de pequeno porte os empenhos e pagamentos devidos pela Administração contratante poderão ser destinados diretamente às subcontratadas beneficiárias do tratamento diferenciado e simplificado. No regime regular de liquidação de despesa e de pagamento instituído pela Lei nº 4320/64 o empenho é ato que cria obrigação de pagamento. Segundo J. Teixeira Machado Jr. e Heraldo da Costa Reis, o empenho *ratifica a garantia de pagamento assegurada na relação contratual existente entre o Estado e seus fornecedores e prestadores de serviços.*[26] Ora, a

[26] A Lei 4320 Comentada. 29ª ed. Rio de Janeiro, IBAM, 1999, p.119.

relação contratual, findo o processo licitatório, em regra se estabelece entre o Estado e o particular a quem foi adjudicado o objeto da licitação.

A subcontratação constitui modalidade de relação jurídica prevista no artigo 72 da Lei nº 8666/93. É relação jurídica que se estabelece entre subcontratante e subcontratado, sem intervenção da Administração Pública (ressalvados a edição de atos normativos destinados estabelecer os limites da subcontratação no edital, bem como a edição de atos ou a prática de condutas administrativas destinadas a assegurar a melhor execução do objeto do contrato). Existem convenções contratuais estabelecidas entre subcontratante e subcontratado que não dizem respeito ao Poder Público (princípio da autonomia contratual), desde que não ensejem risco para o objeto do contrato e não violem disposições do instrumento convocatório (e da lei, por óbvio). Este âmbito inclui o valor da subcontratação e a forma de pagamento pelos serviços ou pelo fornecimento prestado pelo subcontratado.

A subcontratação, então, como bem observado por Marçal Justen Filho, *não produz uma relação jurídica direta entre a Administração e o subcontratado. Não será facultado ao subcontratado demandar contra a Administração por qualquer questão relativa ao vínculo que mantém com o subcontratante.*[27] Desta feita, pelo regime da lei de licitações, o subcontratado somente poderá demandar seus créditos decorrentes da execução do objeto contratado em favor do Poder Público diretamente do subcontratante.

A norma complementar inova neste aspecto, e autoriza o ingresso administrativo nesta seara da subcontratação, com a pretensão de evitar prejuízos financeiros ao subcontratado enquadrado como microempresa ou empresa de pequeno porte decorrente de inadimplência por parte do subcontratante (caso, por exemplo, do subcontratante receber os valores a que faz jus do contratante público, e não proceder o repasse do valor devido ao subcontratado).

Uma vez prevista no instrumento convocatório, poderá ocorrer a subcontratação por parte do contratado, nos limites admitidos pela Administração. Pela sistemática da Lei Complementar nº 123/2006, fica facultada a constituição de uma relação jurídica direta entre a Administração contratante e o subcontratado enquadrado como microempresa ou empresa de pequeno porte, que poderá ser beneficiário direto de empenhos ou de pagamentos devidos pelo Poder Público, o que seguramente constitui uma vantagem econômica considerável.

[27] Ob. cit. p. 567. Importante ressaltar que esta afirmação se fez com respeito ao tratamento da lei geral de licitações, vez que o próprio autor lembra que a Lei nº 8987 disciplina de forma diversa a questão no tocante aos contratos de concessão de serviços públicos.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O legislador constitucional fez uma opção pela concessão de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e empresas de pequeno porte. Esta opção política, de índole econômico-jurídica se efetiva pela edição da Lei Complementar nº 123/2006. As disposições legais relacionadas às aquisições públicas, no que tange ao tratamento diferenciado e favorecido, a ser aplicado independentemente de edição de normas específicas por parte dos entes federados, não comportam maiores dificuldades para a implementação. Trata-se de normas que podem ser adotadas mediante previsão nos instrumentos convocatórios.

As modificações relativas à prova da regularidade fiscal, ao critério legal de empate e ao critério estabelecido para desempate (partindo-se da premissa de sua constitucionalidade), desde que pormenorizadamente normatizado o procedimento para sua implementação no edital não deverão produzir transtornos jurídico-administrativos maiores do que aqueles já esperados no curso de qualquer certame licitatório. Editais serão impugnados, e decisões administrativas serão questionadas, inclusive judicialmente, sob a alegação de inconstitucionalidade – a rigor, não há licitação imune a questionamentos, o que é da índole do direito. O fundamental é a previsão adequada e correta do tratamento diferenciado e favorecido nos editais de licitação, e a prolação de decisões administrativas devidamente fundamentadas.

No tocante ao tratamento diferenciado e simplificado previsto nos artigos 47 e 48 a abordagem se mostra mais complexa. As prerrogativas conferidas às microempresas e empresas de pequeno porte implicam em limitação à competitividade. Limitar a competitividade importa diminuir a possibilidade de obtenção da proposta mais vantajosa. Evidente. Reduzido o universo dos competidores há redução do potencial de efetivar-se o propósito da licitação concernente à busca da vantajosidade da contratação.

Claro que sempre se poderá argumentar que a concessão do tratamento diferenciado e simplificado importa satisfação do interesse público no que tange ao fortalecimento de um segmento da economia, o que resulta em geração de receitas (inclusive tributárias) e de oportunidades de trabalho.

De qualquer sorte, o desafio do operador do direito é dar sentido à norma que seja compatível com os preceitos e princípios fixados na Constituição Federal. É o de conferir eficácia a um comando normativo, com vistas à observância do princípio da legalidade, sem olvidar que existem outros princípios que com ele devem conviver (sem que se cogite de hierarquia) no sistema jurídico-constitucional.

Certamente a nova lei produzirá situações jurídicas inusitadas e inesperadas. Certamente posições jurídicas hoje sustentadas serão modificadas. A licitação é um processo extremamente dinâmico, no qual estão em jogo, além do interesse público, interesses particulares econômicos relevantes, que por vezes dizem com a própria sobrevida da empresa licitante.

O fato concreto é que compete ao Administrador Público aplicar a norma complementar adotando todas as cautelas para que o certame não desborde dos limites constitucionais. Entre elas, a de fundamentar todas as decisões exaradas tanto na fase interna, quanto na fase externa do certame, de modo a que tenham elas sustentabilidade jurídica perante os órgãos de controle interno ou externo, para, de resto, alcançar a sempre objetivada realização do interesse público.

REFERÊNCIAS

CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito. 2ª ed. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

DALLARI, Adilson de Abreu. Aspectos Jurídicos da Licitação. 5ª ed. São Paulo, Saraiva, 2000.

DROMI, Roberto. Licitacion Publica. 2ª ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1999.

FREITAS, Juarez. A Interpretação Sistemática do Direito. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

FREITAS, Juarez. Os atos administrativos de discricionariedade vinculada aos princípios. Estudos de Direito Administrativo. 2ª ed., Malheiros Editores, São Paulo, 1997.

GADAMER, Hans-Georg. Verdade e Método. 3ª Ed. Editora Vozes, Petrópolis, 1999.

HEGEL. Princípios da Filosofia do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 11ª ed., São Paulo: Malheiros, 2005.

KUHN, Thomas. A estrutura das Revoluções Científicas. 5ª ed.. São Paulo: Editora Perspectiva, 2000.

PEREIRA JR., Jessé Torres. Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública. 5ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SANTOS, Boaventura de Souza. Pela Mão de Alice: O Social e o Político na Pós-Modernidade. 5º ed. São Paulo: Cortez, 1999.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

SANTOS, José Anacleto Abduch. AS LICITAÇÕES E O ESTATUTO DA MICROEMPRESA. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 14, junho/julho/agosto, 2008. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.
2) A RERE - Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Numbe*r), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: ISSN 1981-1888
3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, acompanhados de foto digital, para o e-mail: rere@direitodoestado.com.br
4) A RERE divulga exclusivamente trabalhos de professores de direito público, economistas e administradores. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser encaminhados em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho da qualificação do autor, constando ainda na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.
5) Assine gratuitamente notificações das novas edições da RERE – Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado por e-mail: http://www.feedburner.com/fb/a/emailverifySubmit?feedId=873323
6) Assine o feed da RERE – Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado através do link: http://feeds.feedburner.com/DireitoDoEstado-RevistaEletronicaDaReformaDoEstado

Publicação Impressa:

Revista Brasileira de Direito Público – RBDP. Ano 5, n. 16, jan./mar. 2007. Belo Horizonte: Fórum, 2003. Trimestral. ISSN: 1678-7072. 1 – Direito Público – I. Fórum. CDD: 342. CDU: 34.