

OS BENEFÍCIOS LEGAIS DAS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS NAS LICITAÇÕES

THE LEGAL BENEFITS OF MICRO AND SMALL COMPANIES IN BIDDING

Mardeli Maria da MATA¹

ISSUE DOI: 10.21207/1983-4225.2021.501

RESUMO

Os processos licitatórios são imprescindíveis para a manutenção e realização de várias atividades pela Administração Pública. Tais procedimentos possuem regulamentação própria, específica em lei e com normas rigorosas de observância obrigatória, em obediência ao princípio da legalidade. Por sua vez, a União tem grande interesse, como uma finalidade da República Federativa do Brasil, de promover o desenvolvimento econômico e social do país. E diante da relevância das microempresas e empresas de pequeno porte no cenário nacional econômico, visa incentivar essas empresas com um tratamento jurídico diferenciado e mais benéfico, inclusive nas aquisições públicas. Tais benefícios foram ampliados, incluindo incentivos para que a microempresa e empresa de pequeno porte participem dos processos licitatórios e atinja as contratações públicas, pois se a Administração precisa de terceiros para adquirir bens e contratar serviços, que seja com mais empresas menores, oportunizando a estas o crescimento econômico maior em seu faturamento. Com isso, toda a sociedade e o Estado ganham, gerando maior economia e crescimento em todos os setores. E o mais importante é que esses benefícios não ferem nenhum princípio licitatório. Ao contrário prestigia o crescimento econômico e a máxima de Aristóteles de tratar os desiguais na medida de suas desigualdades, atingindo um objetivo coletivo e com normas próprias. Assim, todos os benefícios previstos para essas empresas devem ser aplicados pela Administração Pública, dando efetividade ao preceito de desenvolvimento econômico e social, tanto em âmbito local, como regional.

Palavras-chave: Administrativo. Licitação. Microempresa. Empresa de pequeno porte. Benefícios legais.

¹ Advogada, inscrita na OAB/MG sob nº 117.187 graduada em Direito pelo Centro Universitário do Triângulo no ano de 2008 em Uberlândia/MG, com pós-graduação em Direito Público com ênfase em Gestão Pública pela Faculdade Professor Damásio de Jesus, com título de especialista. Ex-Procuradora Geral do Município de Monte Carmelo/MG. Atualmente sócia fundadora do escritório Gomes & da Mata Sociedade de Advogados em Monte Carmelo/MG.

ABSTRAT

Bidding processes are essential for the maintenance and carrying out of various activities by the Public Administration. Such procedures have their own regulation, specific by law and with strict mandatory observance standards, in compliance with the principle of legality. In turn, the Union has a great interest, as a goal of the Federative Republic of Brazil, to promote the country's economic and social development. And given the relevance of micro and small businesses in the national economic scenario, it aims to encourage these companies with a differentiated and more beneficial legal treatment, including in public procurement. Such benefits were expanded, including incentives for micro and small businesses to participate in bidding processes and reach public contracts, as if the Administration needs third parties to acquire goods and contract services, let it be with more smaller companies, providing them with opportunities the greater economic growth in its billing. With that, the whole society and the State gain, generating greater economy and growth in all sectors. And most importantly, these benefits do not violate any bidding principles. On the contrary, it honors economic growth and Aristotle's maxim of treating the unequal to the extent of their inequalities, reaching a collective objective and with its own rules. Thus, all the benefits provided for these companies must be applied by the Public Administration, making the precept of economic and social development effective, both locally and regionally.

Keywords: *Administrative. Bidding. Micro enterprise. Small company. Legal benefits.*

1 INTRODUÇÃO

A Administração Pública se apresenta como a responsável pela gestão dos interesses públicos, sempre voltada para o bem estar da coletividade, ao atendimento do interesse público. Distinção interessante entre administração pública e governo foi trazida por Rafael Carvalho Rezende Oliveira, dizendo que:

A doutrina, tradicionalmente, tem procurado estabelecer distinções entre Administração (composta por agentes administrativos, responsáveis pela função administrativa) e o Governo (formada por agentes políticos que desempenham função política). No âmbito da Administração, as atividades desenvolvidas resultariam nos atos administrativos; no Governo, os atos editados seriam atos governamentais com características próprias.²

Nesse sentido, a Administração Pública engloba o exercício de atividades, realização de atos administrativos e os atos governamentais.

E diante da complexidade das atividades desenvolvidas pela Administração Pública é que se faz necessário que se utilize de terceiros particulares para a execução de serviços e fornecimento de bens de forma a prestar seus serviços com qualidade e eficiência a toda a população. E para isso, criou-se um mecanismo legal através da realização da licitação

²² OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Administração Pública, concessões e terceiro setor. 3ª ed. São Paulo: Métodos, 2015, p. 62.

pela Administração Pública, com a instauração de um procedimento fixado como norma geral de observância obrigatória para os entes da federação e outros mais.

2 PROCEDIMENTO LICITATÓRIO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 traz expresso em seu art. 37, XXI a obrigatoriedade da realização dos processos licitatórios para a aquisição de obras, serviços, compras e alienações pela administração pública direta e indireta.

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também ao seguinte:

(...)

XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

José dos Santos Carvalho Filho³ diz que

Não poderia a lei deixar ao exclusivo critério do administrador a escolha das pessoas a serem contratadas, porque, fácil é prever, essa liberdade daria margem a escolhas impróprias, ou mesmo a concertos escusos entre alguns administradores públicos inescrupulosos e particulares, com o que prejudicada, em última análise, seria a Administração Pública, gestora dos interesses coletivos.

Daí a necessidade de um processo licitatório com normas rígidas e de observância obrigatório a todos os entes da Federação e Administração Indireta, permitindo também que seja escolhida a proposta mais vantajosa

³ CARVALHO FILHO. José dos Santos. Manual de direito administrativo. 17 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 209

para a Administração, porém, sempre com a preocupação e cuidado de que interferências externas por questões políticas e pessoais não interfiram na escolha dos fornecedores, trazendo prejuízos ao interesse público.

Edimur Ferreira de Faria ensina que “é para evitar as escolhas subjetivas e casuísticas que a lei prescreve a necessidade de publicação, do tratamento isonômico e do julgamento objetivo das propostas e documentos de habilitação, além de outras formalidades.”⁴ O art. 3º da Lei 8.666/93 sintetiza uma definição da licitação com todos os seus fundamentos:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Marçal Justen Filho conceitua a licitação como um

procedimento administrativo destinado a selecionar, segundo critérios objetivos predeterminados, a proposta de contratação mais vantajosa para a Administração e a promover o desenvolvimento nacional sustentável, assegurando-se a ampla participação dos interessados e o seu tratamento isonômico, com observância de todos os requisitos legais exigidos.⁵

E diz ainda que a licitação tem uma natureza instrumental, pois visa o “atingimento de certos fins.” Porém, “não é um fim em si mesmo, mas um instrumento apropriado para o atingimento de certas finalidades. O mero cumprimento das formalidades licitatórias não satisfaz, de modo automático, os interesses protegidos pelo Direito.”⁶

Maria Adelaide de Campos França, citando Hely Lopes Meirelles diz que

os princípios que regem a licitação, em qualquer de suas modalidades podem ser resumidos nos seguintes preceitos:

⁴ FARIA, Edimur Ferreira de. Curso de direito administrativo positivo. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 261.

⁵ JUSTEN FILHO. Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 16 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 15.

⁶ JUSTEN FILHO. Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 16 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

“procedimento formal; publicidade de seus atos; igualdade entre os licitantes; sigilo na apresentação das propostas; vinculação ao edital ou convite; julgamento objetivo; adjudicação compulsória ao vencedor.”⁷

Diante de tais considerações percebe-se que a licitação tem a finalidade de garantir a efetividade de aplicação do princípio da isonomia; da seleção da proposta mais vantajosa e da promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

Visa a Administração, por meio da licitação, obter a melhor e mais vantajosa proposta entre todos os ofertantes interessados, atuantes no ramo do objeto pretendido. Para conseguir a proposta que melhor atenda à Administração e ao interesse público, ter-se-á de observar os seguintes princípios: legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório, julgamento objetivo, além de outros pertinentes (...)⁸

E tal norma não se aplica estritamente a Administração Pública. O art. 37, inciso XXI da Constituição Federal de 1988 diz que estão obrigadas a realização da licitação para suas aquisições, os entes federativos – União, Estados e Municípios – as autarquias, as sociedades de economia mistas, as empresas públicas e as fundações criadas ou mantidas pelo Poder Público.

No mesmo sentido o art. 1º da Lei 8.666/93 diz que:

Art. 1º Esta lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Geralmente se pensa em licitação voltada mais para o Poder Executivo, seja da União, do Estado ou do Município, entretanto, ressalta-

⁷ FRANÇA, Maria Adelaide de Campos. Comentários à lei de licitações e contratos da administração púb. p. 9.

⁸ FARIA, Edimur Ferreira de. Curso de direito administrativo positivo. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 261.

se que além destes, estão subordinados à obrigatoriedade da realização da licitação, o Poder Legislativo e Judiciário de cada uma das esferas estatais.

Inclusive os consórcios públicos criados nos termos da Lei nº 11.107/2005 devem se submeter ao rigor do processo licitatório em suas aquisições, obras, serviços, compras, alienações e locações, conforme dispõe a Lei 11.107/2005 e art. 112 da Lei 8.666/93.

Portanto, qualquer ente que receba dinheiro público ou que faça a gestão do dinheiro público, tem como poder-dever a obrigação de observância rigorosa dos preceitos legais quanto a realização de licitação prévia para as suas aquisições e prestação de serviços a terceiros.

Tal exigência se baseia no princípio de que a Administração deve ser protegida, contra qualquer intenção escusa de qualquer cidadão, garantindo a realização de um procedimento rígido e com regras pré-determinadas, que é o processo licitatório.

3 OBJETIVOS LICITATÓRIOS

3.1 PRINCÍPIO DA ISONOMIA

O princípio da isonomia é o princípio basilar do processo licitatório. O art. 3º da Lei 8.666/93 diz que “a licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia (...)” O isonomia está contida no caput do art. 37 da CF/88 no âmbito do princípio da impessoalidade.

José dos Santos Carvalho Filho nos diz que o princípio da impessoalidade “objetiva a igualdade de tratamento que a Administração deve dispensar aos administrados que se encontrem em idêntica situação jurídica. Nesse ponto, representa uma faceta do princípio da isonomia.⁹”

Nesse sentido, a Administração deve dispensar idêntico tratamento a todos os participantes na licitação que se encontrem na mesma situação jurídica. Ou seja, em regra, nenhum interessado pode ter qualquer vantagem sobre ou diferente do outro, a não ser que seja adotado critérios de diferenciação compatíveis com a ordem jurídica.

⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 17 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 17.

Marçal Justen Filho aponta que a alguma discriminação ou diferenciação somente é admitida juridicamente se estiverem presentes os seguintes elementos:

“a) existência de diferenças efetivas e reais nas próprias situações de fato que serão reguladas pelo Direito;

b) compatibilidade dos critérios de diferenciação com a ordem jurídica;

c) adequação entre os critérios de diferenciação e a finalidade da diferenciação;

d) proporcionalidade entre o tratamento discriminatório e os valores jurídicos consagrados pelo ordenamento jurídico.”¹⁰

Diz ainda que

é inválida a discriminação que não retrate uma diferença efetiva no mundo real. Sob esse ângulo, o Direito não cria a diferença, mas a reflete”. “Em segundo lugar, existem limites para a autonomia da escolha dos critérios de diferenciação. (...) Somente podem ser adotados critérios de diferenciação compatíveis com a ordem jurídica.” Que “a finalidade da discriminação determina e condiciona os critérios a serem adotados. Deve existir uma relação de adequação entre o fim e o meio.

E o mais importante, diz que o

tratamento discriminatório deve ser adequado e necessário em vista dos valores jurídicos. Isso significa que a diferenciação deve ser um instrumento para a realização dos valores jurídicos e que o tratamento mais benéfico ou mais restritivo deve ser o mínimo necessário para assegurar a realização dos ditos valores.

Não há dúvidas de que o princípio da isonomia está intimamente ligado ao princípio da impessoalidade, pois oferecendo igual oportunidade, livre acesso de todo e qualquer interessado ao certame licitatório, a Administração está garantindo tratamento isonômico de todos os concorrentes.

Ao iniciar um processo licitatório a Administração deve fixar critérios de diferenciação para a escolha do interessado licitante, devendo

¹⁰ JUSTEN FILHO. Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 16 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 69.

sempre ter como observância o ordenamento jurídico, de forma, que seja fundamentada a diferenciação acaso adotada.

Não se pode admitir é que a Administração se utilize de elementos subjetivos, aleatórios no processo licitatório.

3.2 GARANTIA DA SELEÇÃO DA PROPOSTA MAIS VANTAJOSA

Nos termos do art. 3º da Lei 8.666/93 uma das finalidades da realização do processo licitatório é a garantia da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração. Essa seleção vantajosa que colima na melhor contratação, seria mais voltada para o cunho financeiro, de forma que a Administração dispense o menor valor possível adquirindo o produto ou a prestação de serviço de forma satisfatória e com qualidade.

Marçal Justen Filho ensina que

A maior vantagem possível configura-se pela conjugação de dois aspectos inter-relacionados. Um dos ângulos relaciona-se com a prestação a ser executada por parte da Administração; o outro vincula-se à prestação a cargo do particular. A maior vantagem apresenta-se quando a Administração assumir o dever de realizar a prestação menos onerosa e o particular se obrigar a realizar a melhor e mais completa prestação. Configura-se, portanto, uma relação de custo-benefício. A maior vantagem corresponde à situação de menor custo e maior benefício para a Administração.¹¹

Além disso, não se pode esquecer que para se chegar a contratação mais vantajosa para a Administração, esta deve manter uma posição de neutralidade – isonomia – sem envolver elementos subjetivos ou favorecimentos, de forma que realmente as contratações assegurem a obtenção da proposta mais vantajosa, tanto em qualidade, como na economicidade.

3.3 PROMOÇÃO DO DESENVOLVIMENTO NACIONAL SUSTENTÁVEL

¹¹ JUSTEN FILHO. Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 16 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 71.

Ainda em relação aos preceitos ditados pelo art. 3º da Lei Geral de Licitações, tem-se a promoção do desenvolvimento nacional sustentável. A previsão deste contexto foi inserido na Lei 8.666/93 como uma das bases e finalidades da licitação através da Lei 12.349/2010, que alterou a redação do art.3º, incluindo a finalidade de atendimento da promoção do desenvolvimento nacional sustentável pela realização do processo licitatório.

Isso obriga a todos os gestores a observância e maior rigor e responsabilidade na condução do processo licitatório a fim de que se atenda às leis e normas ambientais sem prejuízo dos demais normativos. Advém tal situação da necessidade de se dar efetividade ao preceito constitucional constante no art. 3º da CF/88, que diz que uma das finalidades da República Federativa do Brasil é a promoção do desenvolvimento nacional. E sabe-se que as contratações públicas são importantes para o desenvolvimento econômico e social do país.

As compras governamentais devem ser bem planejadas, através de uma gestão consciente com o dinheiro público, com o desenvolvimento econômico e social do país e ainda, de forma sustentável. Nessa vertente o Ministério do Planejamento disponibiliza em um site com diretrizes que auxiliam os gestores nas compras públicas sustentáveis: “<http://cpsustentaveis.planejamento.gov.br>”. De lá se extrai o conceito de contratações públicas sustentáveis como sendo “as que consideram critérios ambientais, econômicos e sociais em todos os estágios do processo de contratação, transformando o poder de compra governamental em instrumento de proteção ao meio ambiente e desenvolvimento econômico e social.”¹²

Essa preocupação com a garantia da preservação do meio ambiente vem há bastante tempo. Na Declaração do Meio Ambiente adotada pela Conferência das Nações Unidas em Estocolmo em junho de 1972 constam 26 princípios fundamentais de proteção ambiental, que embasaram a inserção do direito ao meio ambiente equilibrado a nível constitucional em seu art. 225 da CF/88; e já demonstrava a preocupação e a importância de se pensar e organizar o desenvolvimento econômico de forma sustentável.

Dentre esses princípios, destaca-se o princípio nº 8: “O desenvolvimento econômico ou social é indispensável para assegurar ao

¹² <http://cpsustentaveis.planejamento.gov.br> acesso em 06 de outubro de 2015.

Homem um ambiente de vida e trabalho favorável e criar na Terra condições favoráveis para melhorar a qualidade de vida.”¹³

Ao par, o art. 225 da CF/88 diz que

Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Dessa forma, cabe ao Poder Público e à coletividade o dever de defender e preservar o meio ambiente, através de medidas que visem o desenvolvimento nacional, porém de forma sustentável, preservando-o para as futuras gerações e garantindo o respeito ao princípio constitucional da eficiência administrativa e do meio ambiente equilibrado.

Este é o enfoque que está sendo adotado inclusive pelo Tribunal de Contas da União, que tem entendido que é possível dar exequibilidade às licitações sustentáveis por meio da adequada motivação e da inclusão de exigência pertinente e relevante na especificação do objeto a ser licitado.

Inclusive a nível federal tem-se o Decreto nº 7.746 de 05 de junho de 2012 que estipula diretrizes sustentáveis para serem utilizadas nas aquisições públicas. Confira-se:

São diretrizes de sustentabilidade, entre outras:

I – menor impacto sobre recursos naturais como flora, fauna, ar, solo e água;

II – preferência para materiais, tecnologias e matérias primas de origem local;

III – maior eficiência na utilização de recursos naturais como água e energia;

IV – maior geração de empregos, preferencialmente com mão de obra local;

V – maior vida útil e menor custo de manutenção do bem e da obra;

VI – uso de inovações que reduzem a pressão sobre recursos naturais;

¹³ SILVA, Afonso da. Direito Ambiental Constitucional. 7ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 60.

VIII – origem ambientalmente regular dos recursos naturais utilizados nos bens, serviços e obras.

Nota-se, então, que a adoção de critérios sustentáveis nos processos licitatórios não é faculdade da Administração, mas sim, uma imposição constitucional e legal, em respeito aos princípios da eficiência, da economicidade e do meio ambiente equilibrado.

Alguns doutrinadores dissertam que a determinação para a Administração Pública se utiliza da licitação para que se atinja o desenvolvimento nacional sustentável se mostra como uma forma do Estado de difundir políticas públicas, se utilizando do seu poder de compra.

Com isso, mais do que apenas satisfazer as necessidades da Administração, o contrato administrativo também servirá como indutor de políticas públicas, em especial aquelas voltadas ao fomento e ao desenvolvimento de segmentos econômicos reputados estratégicos.¹⁴

É imperioso que a Administração esteja voltada realmente para acolher a responsabilidade pelo Meio Ambiente, através de um desenvolvimento econômico, crescente e cada vez mais consciente da responsabilidade ambiental que se sustente ao longo dos anos, e esta é a vertente de fiscalização dos Tribunais.

4 TRATAMENTO FAVORECIDO À MICROEMPRESA E EMPRESA DE PEQUENO PORTE

Da mesma forma que a Constituição Federal de 1988 elevou a licitação como norma constitucional, também trouxe pela primeira vez a obrigatoriedade dos entes federativos a dispensarem às microempresas e empresas de pequeno porte um tratamento jurídico diferenciado.

Art. 179. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas,

¹⁴ MARINHO. Leonardo Campos. Manual prático de licitações e contratos administrativos. São Paulo: Scortecci, 2014, p. 21.

tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.

Posteriormente, através da Emenda Constitucional nº 06 de 15 de agosto de 1995 o tratamento diferenciado e favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte foi incluído no art. 170, IX como princípio da atividade econômica.

Confira-se:

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

(...)

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

Dando eficácia à este mandamento constitucional, inicialmente foi editada a Medida Provisória nº 1526/1996, posteriormente convertida na Lei nº 9.317/1996, que veio a ser alterada pelas Leis nºs 9. 732/1998 e nº 11.196/2005.

Em 2006 tem-se a Lei Complementar nº 123, que instituiu o Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte, normatizando com regras específicas esse tratamento diferenciado e favorecido.

Além disso, há a previsão expressa de que os municípios e demais entes da Federação, nos limites de suas competências, regulamentem de forma mais específica a cada região esse tratamento jurídico diferenciado dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte, através da edição de leis ou outros atos normativos próprios, além do dever de observância às leis federais.

No Estado de Minas Gerais tem-se a Lei Estadual nº 20.826 de 31 de julho de 2013 que instituiu o “Estatuto Mineiro da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte.” E o Decreto Estadual nº 44.630 de 03 de outubro de 2007, alterado em 12 de dezembro de 2014 pelo Decreto Estadual nº 46.665, dispondo sobre o tratamento diferenciado e simplificado dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte, inclusive com disposições expressas sobre as aquisições públicas, nos termos da Lei Complementar Federal nº 123/2006.

4.1 MICROEMPRESA E EMPRESA DE PEQUENO PORTE

O Código Civil Brasileiro – Lei nº 10.406/2002 – não conceitua o termo “empresa”, fazendo somente em relação a empresário¹⁵. Desafio este então, entregue aos doutrinadores de conceituar o que é uma empresa. Amador Paes de Almeida conceitua nos seguintes termos:

Empresa é a organização econômica destinada à produção ou circulação de bens ou serviços. A atividade é seu elemento funcional, a que se acrescentam outros elementos: o subjetivo (o empresário), o objetivo (o estabelecimento) e o corporativo (os empregados)¹⁶.

Este conceito define o que é empresa de forma geral. Por sua vez e de forma mais restrita, o art. 3º da Lei Complementar nº 123/2006 estabelece o conceito de microempresa e empresa de pequeno porte utilizando um critério bem objetivo, que é em razão do valor da receita bruta auferida anualmente.

Assim, microempresa é aquela que auferir anualmente renda bruta igual ou inferior a R\$360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais); e empresa de pequeno porte a que tem a receita bruta superior a este valor e igual ou inferior a R\$3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais).

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

I – no caso de microempresa, auferir, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais); e

II – no caso de empresa de pequeno porte, auferir, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R\$3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais).

¹⁵ Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

¹⁶ ALMEIDA, Amador Paes de. Manual das sociedades comerciais (direito de empresa). 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 45.

§ 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.

Apenas de forma conceitual, a receita bruta é considerada “o produto da venda de bens e serviços nas operações de conta própria, o preços dos serviços prestados e o resultado nas operações em conta alheia, não incluídas as vendas canceladas e os descontos incondicionais concedidos.”¹⁷

5 A PARTICIPAÇÃO DAS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE NAS LICITAÇÕES

Apesar da previsão constitucional e da Lei Complementar nº 123/2006 normatizarem todo o tratamento diferenciado dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte, não havia na Lei Federal nº 8.666/93 de forma expressa nenhuma normativa desse tratamento favorecido voltado para as aquisições públicas.

Isso foi modificado com a Lei Complementar nº 147 de 07 de agosto de 2014, que incluiu dois parágrafos ao art. 3º e incluiu o art. 5º-A na Lei Federal nº 8.666/93 a previsão expressa de benefício das microempresas e empresas de pequeno porte nas licitações e contratações públicas.

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

(...)

§ 14. As preferências definidas neste artigo e nas demais normas de licitação e contratos devem privilegiar o tratamento diferenciado e

¹⁷ ALMEIDA, Amador Paes de. Manual das sociedades comerciais (direito de empresa). 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 44.

favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte na forma da lei. (Incluído pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

§ 15. As preferências dispostas neste artigo prevalecem sobre as demais preferências previstas na legislação quando estas forem aplicadas sobre produtos ou serviços estrangeiros. (Incluído pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

Art. 5º-A. As normas de licitações e contratos devem privilegiar o tratamento diferenciado e favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte na forma da lei. (Incluído pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

MARÇAL JUSTEN FILHO diz que

O ato regulamentador da licitação deverá estabelecer as formalidades adequadas a propiciar que as pequenas empresas assim seja reconhecidas já na primeira oportunidade em que começarem os trabalhos. Mas é perfeitamente possível que a titularidade dos requisitos para os benefícios seja apurada por meio de procedimentos prévios a uma licitação determinada, com eficácia para todas as disputas de que o licitante participar.¹⁸

Essas alterações são importantes para a Administração Pública e visa realmente facilitar e legalizar a aplicação dos benefícios concedidos a estas empresas. Entretanto, a Administração deverá ter um cuidado maior na conferência da documentação das microempresas e empresas de pequeno porte, pois o simples nome empresarial seguido da sigla – ME ou EPP – não é suficiente para comprovar o seu enquadramento.

De acordo com a Instrução Normativa nº 103/2007 do Departamento Nacional de Registro do Comércio – DNRC – a comprovação da condição de microempresa ou empresa de pequeno porte, é uma certidão expedida pela Junta Comercial do domicílio do interessado.¹⁹

6 BENEFÍCIOS LEGAIS

¹⁸ JUSTEN FILHO. Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 16 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.

¹⁹ Art. 8º A comprovação da condição de microempresa ou empresa de pequeno porte pelo empresário ou sociedade será efetuada mediante certidão expedida pela Junta Comercial. (Instrução Normativa 103/2007)

A Lei Complementar nº 123/2006 trouxe algumas normas com o objetivo de incentivar a participação das pequenas empresas nos processos licitatórios, com um tratamento diferenciado frente às empresas de maior porte. Esses benefícios ainda foram ampliados com a Lei Complementar nº 147 de 2014, visando fomentar ainda mais o crescimento das micro e empresas de pequeno porte, aumentando as vantagens competitivas dessas empresas nos processos licitatórios.

Há um incentivo muito grande por parte da União para que cada vez mais as microempresas e empresas de pequeno porte se desenvolvam, contratem com a Administração Pública e fomentem o comércio local e regional, promovendo a prosperidade do negócio e principalmente, fomentando a economia.

Os benefícios concedidos às micro e empresas de pequeno porte são: regularização fiscal tardia; lance de desempate; licitação exclusiva; subcontratação; reserva de cotas exclusivas e compras locais e regionais.

6.1 PRAZO PARA REGULARIDADE FISCAL

De acordo com a Lei 8.666/93 as empresas licitantes devem apresentar no ato da sessão pública da licitação todos os documentos necessários a comprovar a sua regularidade fiscal para que seja considerada como habilitada. O art. 26 deste diploma traz a documentação necessária:

Art. 27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:

(...)

IV – regularidade fiscal e trabalhista

(...)

Art. 29. A documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista, conforme o caso, consistirá em:

I – prova de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Geral de Contribuintes (CGC).

II - prova de inscrição no cadastro de contribuintes estadual ou municipal, se houver, relativo ao domicílio ou sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual;

III – prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei;

IV – prova de regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei;

V – prova de inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho, mediante a apresentação de certidão negativa, nos termos do Título VII-A da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943.

Em regra, toda a documentação que comprove a habilitação dos interessados na licitação quanto a regularidade fiscal devem ser entregues à Comissão de Licitação ou Pregoeiro no momento da sessão pública.

No entanto, no caso da empresa participante da licitação ser microempresa ou empresa de pequeno porte, a Lei Complementar nº 123/2006 dispôs expressamente que a comprovação de regularidade fiscal dessas empresas somente será exigida para efeito de assinatura de contrato²⁰ e que deverá ser concedido um prazo de 05 (cinco) dias úteis – podendo ser prorrogados por igual período – para que a empresa possa regularizar a documentação fiscal quando declarada como vencedora do certame.

Até a publicação da Lei Complementar nº 147/2014 o prazo era de 02 (dois) dias úteis. O prazo de 05 (cinco) dias úteis realmente facilita a participação das microempresas e empresas de pequeno que acaso tenham alguma pendência financeira e não consigam ter a Certidão Negativa ou Positiva de efeitos negativos para serem habilitadas nos processos licitatórios.

6.2 CRITÉRIO DE DESEMPATE

No momento dos lances, dentro do processo licitatório, ocorrendo o empate ficto – este entendido como a situação em que a diferença de valores entre a proposta apresentada pela microempresa ou empresa de pequeno porte seja igual ou inferior a 10% (dez por cento) da proposta mais bem classificada – a microempresa e empresa de pequeno

²⁰ Art. 42 da Lei Complementar nº 123/2006.

porte tem a oportunidade de cobrir o lance, apresentando uma proposta de preço inferior.

No caso da licitação pela modalidade do pregão, a diferença para ser considerada como empate ficto é de 5% (cinco por cento) superior ao melhor preço.

Art. 44. Nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte.

§ 1º Entende-se por empate aquelas situações em que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 10% (dez por cento) superiores à proposta mais bem classificada.

§ 2º Na modalidade de pregão, o intervalo percentual estabelecido no § 1º deste artigo será de até 5% (cinco por cento) superior ao melhor preço.

Assim, diante da ocorrência desse empate, a equipe que conduz o certame, deverá oportunizar as microempresas e empresas de pequeno porte licitantes que apresente lance com proposta de preço inferior àquela considerada vencedora do certame, situação que leva a adjudicação em seu favor do objeto licitado.

E ainda assim, se porventura não ocorrer a contratação da microempresa, na forma anterior, serão convocadas as empresas remanescentes que se enquadrem na mesma hipótese de empate, seguindo a ordem classificatória, para que ofereçam uma proposta de preço inferior.

E no caso de equivalência de valores a comissão de licitação ou o pregoeiro deverão realizar sorteio entre as microempresas e empresas de pequeno porte para que se identifique qual empresa que poderá apresentar a melhor proposta.

6.3 LICITAÇÃO EXCLUSIVA

Até a edição da Lei Complementar nº 147/2014 a realização de licitação voltada exclusivamente às micro e empresas de pequeno porte era uma faculdade da Administração.

No entanto, para incentivar a participação dessas empresas nas licitações, o benefício foi ampliado, exigindo de forma impositiva que a Administração realize as licitações com valor até R\$80.000,00 (oitenta mil

reais) exclusivamente para a participação da micro e empresa de pequeno porte.

6.4 SUBCONTRATAÇÃO DE MICROEMPRESA E EMPRESA DE PEQUENO PORTE

De acordo com o inciso II do art. 48 da Lei Complementar nº 123/2006 a administração poderá exigir dos licitantes a subcontratação de microempresa ou empresa de pequeno porte quando a licitação for para aquisição de obras ou serviços.

Este benefício foi ampliado pela Lei Complementar n 147/2014, pois até a edição desta lei a subcontratação não poderia exceder 30% do total licitado.

Essa hipótese pressupõe que o contratado não seja microempresa ou empresa de pequeno porte e que o objeto comporte a subcontratação.

Além disso, importante destacar que nesses casos a responsabilidade pelo cumprimento das obrigações assumidas no processo licitatório fica a cargo da empresa vencedora do certame.

6.5 COTA DE 25% DO OBJETO PARA A CONTRATAÇÃO DE MICROEMPRESA E EMPRESA DE PEQUENO PORTE

De acordo com este benefício, quando a Administração for adquirir bens de natureza divisível, deverá ser contemplado uma cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação exclusiva de microempresa e empresas de pequeno porte.

Nesse ponto também houve uma ampliação concedida pela Lei Complementar nº 147/2014, pois anteriormente havia a faculdade da administração em fazer essa reserva de cota ou não.

Depois desta lei, torna-se obrigatório para a Administração a inclusão desta cota nos processos licitatórios.

6.6 CONTRATAÇÃO DIRETA – DISPENSA DE LICITAÇÃO EM RAZÃO DO VALOR

A Lei nº 8.666/1993 prevê situações especiais que faculta à Administração a contratação direta de terceiros, sem a realização de processos licitatórios. Basicamente essas exceções a regra da licitação se fundamentam no sentido de que a realização de licitação prévia para essas contratações seria impossível por inviabilidade de competição ou não asseguraria a contratação mais vantajosa para a Administração.

Nesse sentido, o art. 24 da Lei nº 8.666/93 dispôs de forma taxativa os casos que podem ser dispensados a licitação. Dentre estes, temos no inciso I e II que dispensam em razão do custo econômico da licitação.

Assim diz:

Art. 24. É dispensável a licitação:

I – para obras e serviços de engenharia de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea a, do inc. I do artigo anterior, desde que não se refiram a parcelas de uma mesma obra ou serviço ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizados conjunta e concomitantemente;

II – para outros serviços e compras de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea a, do inc. II do artigo anterior e para alienações, nos casos previstos nesta Lei, desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizado de uma só vez;

Portanto, em razão do pequeno valor envolvido na contratação pretendida pela Administração que não justifica o gasto financeiro com a realização da licitação é que pode ser feita a contratação direta com o particular, observando a realização de um prévio procedimento administrativo formal e estritamente nos casos permitidos pela lei.

Nesse passo, a Lei Complementar nº 123/2006 prevê a possibilidade da Administração de fazer essas contratações diretas (com fundamento nos incisos I e II do art. 24 da Lei nº 8.666/93) diretamente e preferencialmente com as microempresas e empresas de pequeno porte.

7 ANÁLISE DOS BENEFÍCIOS FRENTE OS PRINCÍPIOS LICITATÓRIOS

Todos esses benefícios acima identificados são direcionados única e exclusivamente às microempresas e empresas de pequeno porte no

decorrer do processo licitatório com vistas a contratação pela Administração, seja nas licitações regidas pela Lei Geral das Licitações, Lei 8.666/1993, seja nos pregões – eletrônico ou presencial nos termos da Lei nº 10.520/2002 ou seja pelo Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC com a Lei nº 12.462/2011.

Almeja-se com esses benefícios aumentar a contratação das microempresas e empresas de pequeno porte pelo Poder Público, proporcionando crescimento econômico para essas empresas.

Poderia ser cogitado o desequilíbrio e até mesmo a ofensa ao princípio da isonomia nas licitações com a concessão desses benefícios as microempresas e empresas de pequeno porte.

Porém, como bem dito por Alexandre de Moraes,

(...) o que é vedado são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, pois o tratamento desigual dos casos desiguais, à medida que se desigualem, é exigência do próprio conceito de Justiça, pois o que realmente protege são certas finalidades, somente se tendo por lesado o princípio constitucional quando o elemento discriminador não se encontra a serviço de uma finalidade acolhida pelo direito, sem que esqueçamos, porém, como ressaltado por Fábio Konder Comparato, que as chamadas liberdades materiais têm por objetivo a igualdade de condições sociais, meta a ser alcançada não só por meio de leis, mas também pela aplicação de políticas ou programas de ação estatal.²¹

Os benefícios no tratamento das microempresas e empresas de pequeno porte nas licitações públicas não podem se mostrar, e serem aplicados como uma diferenciação capaz de ferir o direito à isonomia, na medida em que se originam num programa de incentivo de crescimento dessas empresas, como política pública.

O Texto Constitucional atende ao princípio da isonomia (igualdade), ao assegurar, ao pequeno e microempresário, certas prerrogativas, sem as quais não teriam como atuar na atividade econômica, gerando empregos e pagamentos de tributos; ou atuariam com deficiência, ou dependeriam dos grandes empresários.

Cuida-se de fomento da atividade dos pequenos e microempresários.²²

²¹ MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 180.

²² VITTA, Heraldo Garcia. Aspectos fundamentais da licitação. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 34.

Daniela Milagres Batista diz que

(...) quando o Governo contribui para aumentar os lucros desse segmento de empresas, pela facilitação do acesso ao mercado das compras governamentais, de forma mais ou menos direta, estará fortalecendo esses empreendimentos e melhorando a eficiência das políticas públicas que visem à proteção e incentivo daquelas empresas. Diminui-se, assim, a possibilidade de falência, permitindo que cresçam e se tornem grandes empresas no futuro, contribuindo, inclusive, para o aumento da eficiência de diversas políticas públicas, tais como as de: redução do desemprego, redução do mercado informal, desenvolvimento regional, etc. Seria impossível enumerar todas as políticas públicas, tendo em vista que são elaboradas por todas as esferas de governo – Federal, Estadual, Distrital e Municipal – e estão espalhadas nos mais diversos instrumentos normativos.²³

O que não se pode admitir é que as diferenças econômicas entre as empresas sirvam como critério de eliminação dos direitos fundamentais das empresas maiores.

A Constituição Federal “privilegia a iniciativa privada, reconhece a função social da propriedade e estimula a livre concorrência”.²⁴

Não é cabível questionar a validade de medidas legislativas que assegurem tratamento preferencial para pequenas empresas mediante o argumento da infração a isonomia. A Constituição adotou a orientação de que benefícios restritos às pequenas empresas é uma solução destinada a promover a isonomia: as pequenas empresas devem ser protegidas legislativamente como meio de compensar a insuficiência de sua capacidade econômica para competir com as grandes.²⁵

Opinião divergente foi posta por Marçal Justen Filho²⁶ em relação aos benefícios:

As inovações produzidas por meio dos arts. 41 a 49 da LC nº 123 não merecem aplauso, por melhores que tenham sido as intenções que nortearam a sua introdução. A adoção dessas regras apenas

²³ BATISTA, Daniele Milagres. As licitações públicas e o tratamento favorecido e diferenciado das microempresas e empresas de pequeno porte. Brasília: Edição do autor, 2010. Livro digital. Início de venda: 25/02/2015 pela Saraiva. p. 63.

²⁴ PINTO, Almir Pazzianotto. Direito e Política. Brasília: Consulex, 2008, p. 23

²⁵ JUSTEN FILHO. Marçal. O Estatuto da Microempresa e as licitações públicas. São Paulo: Dialética, 2007, p. 20.

²⁶ JUSTEN FILHO, op. cit. p. 89.

amplia a complexidade do instituto das licitações, dando margem a litígios e controvérsias infundáveis. Ao invés de produzir-se a simplificação e a racionalização dos certames, introduzem-se regras que vão tornando a licitação um processo administrativo cada vez mais incompreensível para os leigos.

Mas a maior crítica reside na *desnecessidade* da adoção desses complexos instrumentos, especialmente, em vista da consagração de um regime tributário simplificado e menos oneroso. Ao desonerar tributariamente a pequena empresa, o Estado reduz os seus custos – o que é providência bastante e suficiente para assegurar a sua proteção. A pequena empresa adquire vantagem competitiva em face dos demais licitantes, eis que os seus custos tributários passam a ser muito menores. Logo, a proposta formulada pela pequena empresa apresentará valor mais reduzido, o que lhe assegurará a vitória na licitação. Não há a necessidade de assegurar à pequena empresa o privilégio de regularização fiscal tardia, especialmente quando a entidade se sujeita a carga tributária menor. Nem existe sentido em ser a ela facultada a prerrogativa de introduzir inovações supervenientemente em sua proposta. Muito menos cabível é a consagração dessa figura complexa e quase incompreensível de licitações diferenciadas, norteadas por cláusulas restritivas.

Se a pequena empresa, embora beneficiária de regime tributário mais benéfico, não conseguir vencer uma licitação comum, isso significará que as empresas de maior porte dispõem de vantagens tecnológicas e econômicas relevantes. Essas vantagens devem ser transferidas para o Estado, por meio de preços mais reduzidos, o que se traduzirá em vantagens para todos os cidadãos e contribuintes.

O grande risco reside, bem por isso, na criação de regimes licitatórios especiais e diferenciados, que produzam subsídios ocultos em preços mais elevados pagos pela Administração Pública para qualquer espécie de licitante. Essa solução não gerará efeitos benéficos para a sociedade em seu conjunto nem para o Estado, ampliando as dificuldades enfrentadas por todos.

Registra-se trecho extraído de decisão proferida pelo i. Desembargador Dídimo Inocêncio de Paula do TJMG em voto²⁷ proferido em que analisa a questão da suposta violação dos princípios administrativos na concessão dos benefícios legais às microempresas:

²⁷ TJMG - Agravo de Instrumento 1.0319.07.029764-7/001, Relator(a): Des.(a) Dídimo Inocêncio de Paula, 3ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 14/02/2008, publicação da súmula em 13/03/2008.

E não se argumente que estaria havendo violação a princípio como os da moralidade, isonomia, legalidade, dentre outros.

Isso porque o princípio da isonomia tem como escopo o estabelecimento de uma igualdade entre aqueles que se encontram em situações desiguais e, sendo assim, a igualdade deve ser aferida levando-se em consideração a situação de cada um. Em verdade, igualdade é tratar desigualmente os desiguais, compensando assim as desigualdades existentes na prática e, a meu sentir, esse é justamente o objetivo da Lei Complementar 123/06.

Também, de se registrar que dos documentos coligidos aos autos não vislumbro indícios de violação ao princípio da moralidade, bem como da legalidade, sendo certo que em relação a este último o que se observa é que a comissão fez valer justamente o disposto na legislação aplicável à espécie.

Nesse sentido, não há que se questionar por suposta violação ao princípio da isonomia, na medida que o fomento a essas empresas – microempresa e empresa de pequeno porte – tem previsão constitucional e a aplicação desses benefícios se mostra como um incentivo ao crescimento econômico desse setor que atualmente sofre com as investidas financeiras das grandes empresas e todos os benefícios estão todos dispostos em lei, respeitando o princípio da legalidade.

8 EFICÁCIA JURÍDICA E SOCIAL DOS BENEFÍCIOS

Os benefícios concedidos às microempresas e empresas de pequeno porte na participação dos processos licitatórios estão previstos atualmente na Lei Federal nº 8.666/93 e na Lei Complementar nº 123/2006.

Diz o parágrafo único do art. 47 da Lei Complementar nº 123/2006 que:

Art. 47. (...)

Parágrafo único. No que diz respeito às compras públicas, enquanto não sobrevier legislação estadual, municipal ou regulamento específico de cada órgão mais favorável à microempresa e empresa de pequeno porte, aplica-se a legislação federal. (incluído pela Lei Complementar nº 147, de 2014).

Seguindo este ditame, os entes federativos devem regulamentar especificadamente e de acordo com a sua região a aplicação dos benefícios concedidos às microempresas e empresas de pequeno porte.

Porém, a fim de garantir a eficácia jurídica e social da norma, foi trazido o parágrafo único do art. 47 do Estatuto Nacional da Microempresa e empresa de pequeno porte, que enquanto não for regulamentada a nível estadual ou municipal a aplicação desses benefícios, deverá ser utilizada a norma federal.

Trata-se portanto, de uma norma de eficácia jurídica, pois pelas palavras de Paulo Roberto de Figueiredo Dantas²⁸

a eficácia jurídica da norma constitucional, nós já o vimos, diz respeito à sua aptidão, à sua capacidade de produzir os efeitos jurídicos nela previstos. No tocante a este tema, é importante que se esclareça, não se questiona se a norma *efetivamente* produz os efeitos nela preconizados, se está sendo concretamente aplicada pela sociedade. Cuida a eficácia jurídica tão-somente da potencialidade da norma de produzir os efeitos desejados pelo legislador constituinte.

Assim, é importante que o município e estado já editem leis que realmente prevejam os benefícios dispensados à microempresa e empresa de pequeno porte, com estrita observância à Lei Complementar nº 123/2006.

Porém, paralelo a isto é importante que a norma tenha eficácia social, que é a sua aplicabilidade pela sociedade. A norma deve ser seguida, deve realmente produzir efeitos jurídicos para que seja efetiva e capaz de gerar os efeitos pretendidos por ela.

9 O POSICIONAMENTO DAS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE PERANTE AS LICITAÇÕES

A par de todos os benefícios que são concedidos pela Lei Complementar nº 103/2006 e agora na Lei Federal nº 8.666/93 com o tratamento diferenciado dispensado às microempresas e empresas de

²⁸ DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. Direito Constitucional (série leituras jurídicas: provas e concursos). 5 ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 49.

pequeno porte, fica o questionamento de qual é a posição dessas empresas para a contratação com a Administração Pública.

O SEBRAE/Minas como prestador de serviço de apoio às microempresas e empresas de pequeno porte em Minas Gerais firmou parceria e acordos de cooperação técnica com o Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, com o intuito de orientar as microempresas e empresas de pequeno porte incentivando-as para participar das licitações públicas.

E segundo palavras do Presidente do Conselho Deliberativo do Sebrae Minas ²⁹ na apresentação da Cartilha “As micro e pequenas empresas e a nova lei de licitações públicas – Lei Complementar 147”

estima-se que, com a adesão das prefeituras e estados, a receita das micro e pequenas empresas com vendas públicas possa atingir, no país, o patamar de R\$100 bilhões por ano. Segundo estudos do Ministério do Planejamento, além do impacto direto na economia, esse incremento pode gerar a criação de mais de 800 mil novos postos de trabalho nos municípios brasileiros.

Portanto, com a palavra de quem mais entende de mercado no país, a importância dos benefícios concedidos às microempresas e empresas de pequeno porte são enormes, e realmente, tem o condão de tornar mais competitivo o mercado, estimulando o crescimento dessas empresas e com isso, gerando mais renda e emprego de toda a população.

Chama-se a atenção pelo brilhante artigo escrito por João Vicente Ferraz Paione sobre “O empresariado e a contratação com o poder público” publicado na revista L&C ³⁰, dizendo:

(...)

Um grande e valoroso cliente, às vezes não considerado pelas sociedades empresárias, é o Poder Público. Muitas vezes, é descartado pelo excesso de burocracia ou preconceito pela imprescindibilidade da prática de *looby*, além das constantes notícias assustadoras sobre corrupção.

No entanto, essa situação deve ser repensada. O nosso país conta com um arcabouço legal extenso e que defende a ampla

²⁹ BORGES, Nilson Pereira. Cartilha do comprador: os novos paradigmas da administração pública. Belo Horizonte: SEBRAE Minas, 2015.

³⁰ PAIONE. João Vicente Ferraz. O empresariado e a contratação com o poder público. Artigo publicado pela L&C – Revista de Administração Pública e Política, ano XVIII nº 200 – fevereiro de 2015, p. 34/35.

participação em condições de isonomia em procedimentos licitatórios, a começar pela Constituição Federal. Também há órgãos de controle externo vigilantes e o Poder Judiciário atuante e eficaz nesse campo.

Assim, ao reverso, as práticas ilícitas ou imorais serão combatidas e reduzidas com a ampliação da participação em licitações em geral de sociedades empresárias cujos dirigentes, sócios e gerentes primam pela livre iniciativa e atuem no âmbito da estrita legalidade. Tais sociedades empresariais se consolidam no competitivo mercado com a melhoria constante de seus produtos e serviços, oferecendo bons preços, assim, certamente, com espaço para crescimento, a exemplo de outras dessa espécie que já atuam nesse segmento.

(...)

Nesse contexto, considerando as facilidades propiciadas pelos meios eletrônicos em todos os sentidos, os empreendedores não devem mais se dar ao luxo de desprezar o grande consumidor que é a Administração pública, apenas em razão de problemas corriqueiros, dificuldades técnicas ou excesso de burocracia, mormente diante da retração econômica hodierna.

Sugerimos aos empresários, de qualquer porte, iniciantes ou consolidados, independentemente do ramo de atuação, que enveredem pelo caminho de se tornarem fornecedores eventuais ou contumazes da Administração Pública.

(...)

Enfim, empresário, leve seu negócio além de suas limitações e de seus medos do desconhecido. Descubra o que existe por trás deles e transforme-os em conhecido. Se você não vai além, não estará experimentando-o em toda a sua capacidade e potencial, nem mesmo estará sentindo sua grandeza, esperando expandir-se. E, talvez, o *plus* esteja justamente neste lugar desconhecido, nos aspectos que ainda não abraçou.

10 CONCLUSÃO

As microempresas e empresas de pequeno porte possuem um tratamento diferenciado frente às licitações, com benefícios ampliados através da Lei Complementar nº 147/2014.

Esses benefícios são instrumentos importantes para as microempresas e empresas de pequeno porte, na medida em que aumenta as chances de contratações públicas, com o consequente aumento nas

vendas e lucros; e ao mesmo tempo, para a Administração esses benefícios aumentam a competitividade nas licitações, proporcionando uma contratação mais vantajosa atendendo ao interesse público.

Como toda situação, tem opiniões críticas favoráveis e desfavoráveis. Porém, fica pelo menos a intenção do Governo de incentivar a participação dessas empresas nos processos licitatórios, facilitando a contratação das mesmas, e com isso fomentando o mercado econômico. Se realmente facilitarão ou não, se fortalecerá o mercado local ou regional, somente o tempo dirá, ao passo que o direito o acompanhará.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Amador Paes de. **Manual das sociedades comerciais (direito de empresa)**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BATISTA, Daniele Milagres. **As licitações públicas e o tratamento favorecido e diferenciado das microempresas e empresas de pequeno porte**. Brasília: Edição do autor, 2010. Livro digital. Início de venda: 25/02/2015 pela Saraiva.

BORGES. Nilson Pereira. **Cartilha do comprador: os novos paradigmas da administração pública**. Belo Horizonte: SEBRAE Minas, 2015.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. DOU 22.6.1993, republicado em 6.7.1994 e [retificado em 6.7.1994](#)

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Promulgada em 05 de outubro de 1988.

_____. Lei 10.520, de 17 de julho de 2002. Institui no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. DOU de 17.07.2002.

_____. Lei Complementar nº 123 de 14 de dezembro de 2006. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte; altera dispositivos das Leis nºs 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, da Lei nº 10.189 de 14 de fevereiro de 2001, da Lei Complementar nº 63, de 11 de janeiro de 1990; e revoga as Leis nºs 9.317, de 05 de dezembro de 1996, e 9.841 de 5 de outubro de 1999. DOU de 15.12.2006. Alt. e republicada no DOU de 31.12.09.

_____. Lei nº 12.462 de 04 de agosto de 2011. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC; altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) e a legislação da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero);

cria a Secretaria de Aviação Civil, cargos de Ministro de Estado, cargos em comissão e cargos de Controlador de Tráfego Aéreo; autoriza a contratação de controladores de tráfego aéreo temporários; altera as Leis nºs 11.182, de 27 de setembro de 2005, 5.862, de 12 de dezembro de 1972, 8.399, de 7 de janeiro de 1992, 11.526, de 4 de outubro de 2007, 11.458, de 19 de março de 2007, e 12.350, de 20 de dezembro de 2010, e a Medida Provisória nº2.185-35, de 24 de agosto de 2001; e revoga dispositivos da Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998. DOU 05.08.2011. Alt. e retificada no DOU 10.08.2011.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. DOU de 11.1.2002

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 2716. Relator Ministro Eros Grau, julgado em 29/11/2007, DJe-041 DIVULG 06-03-2008 PUBLIC 07-03-2008 EMENT VOL-02310-01 PP-00226 RTJ VOL-00204-03 PP-01114)

CARVALHO FILHO. José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 17 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Direito constitucional (série leituras jurídicas: provas e concursos)**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

FARIA, Edimur Ferreira de. **Curso de direito administrativo positivo**. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

FRANÇA. Maria Adelaide de Campos. **Comentários à lei de licitações e contratos da administração pública**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

JUSTEN FILHO. Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 16 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **O Estatuto da microempresa e as licitações públicas (comentários aos artigos da lei complementar nº 123 atinentes a licitações públicas)**. São Paulo: Dialética, 2007.

MARINHO. Leonardo Campos. **Manual prático de licitações e contratos administrativos**. São Paulo: Scortecci, 2014.

MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO. Contratações públicas sustentáveis. Disponível em <<http://cpsustentaveis.planejamento.gov.br>> acesso em 06 de outubro de 2015.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Administração pública, concessões e terceiro setor**. 3ª ed. São Paulo: Método, 2015.

PAIONE. João Vicente Ferraz. **O empresariado e a contratação com o poder público**. Artigo publicado pela L&C – Revista de Administração Pública e Política, ano XVIII nº 200 – fevereiro de 2015, p. 34/35

PINTO, Almir Pazzianotto. **Direito e política**. Brasília: Consulex, 2008.

SECRETARIA DA MICRO E PEQUENA EMPRESA. Departamento de Registro Empresarial e Integração. Disponível em <<http://drei.smpe.gov.br>>. Acesso em 06 de novembro de 2015.

Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas – SEBRAE. Disponível em <<http://www.sebrae.com.br>>. acesso em 06 de novembro de 2015.

SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 03 de outubro de 2015.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 03 de outubro de 2015.

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Disponível em <<http://www.tce.mg.gov.br>>. Acesso em 29 de outubro de 2015.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERIAS. Disponível em <<http://www.tjmg.jus.br>>. Acesso em 25 de setembro de 2015.

VITTA, Heraldo Garcia. **Aspectos fundamentais da licitação**. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.