

FACULDADE ASCES
BACHARELADO EM DIREITO

**BENEFÍCIOS LICITATÓRIOS CONCEDIDOS ÀS MICRO E
PEQUENAS EMPRESAS**

MARIA ALÉXIA SOARES MENEZES

CARUARU – PE

2016

FACULDADE ASCES
BACHARELADO EM DIREITO

**BENEFÍCIOS LICITATÓRIOS CONCEDIDOS ÀS MICRO E
PEQUENAS EMPRESAS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à FACULDADE
ASCES, como requisito parcial, para obtenção do grau de
bacharel em direito, sob orientação do Professor Jan Grünberg
Lindoso.

MARIA ALÉXIA SOARES MENEZES

CARUARU - PE

2016

MARIA ALÉXIA SOARES MENEZES

**BENEFÍCIOS LICITATÓRIOS CONCEDIDOS ÀS MICRO E
PEQUENAS EMPRESAS**

Trabalho Acadêmico: Monografia de Final de Curso

Objetivo: Obtenção do Título de Bacharel em Direito

Data da Aprovação:

Caruaru, _____ de _____ de _____

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr.

Julgamento _____ Assinatura: _____

Prof. Dr.

Julgamento _____ Assinatura: _____

Prof. Dr.

Julgamento _____ Assinatura: _____

DEDICATÓRIA

Ofereço este trabalho aos meus pais, ao meu amado irmão, aos meus avós e demais familiares, por acreditarem em mim e por amarem de todo o coração. Também o dedico à minha eterna “Tia” Ivana, responsável direta pela minha formação educacional, emocional e como cidadã. Por fim, uma dedicatória especial à minha avó Ester, a melhor pessoa que conheço.

AGRADECIMENTOS

Ao meu professor orientador, Jan Grunbeng Lindoso, pela disponibilidade, dedicação e paciência ante minhas dificuldades apresentadas no decorrer das orientações.

À minha professora Roberta Cruz, que mesmo sem saber, foi meu melhor exemplo e inspiração maior durante todo o curso.

À amiga Ângela Monteiro, pelo auxílio no decorrer da pesquisa e formatação deste trabalho.

À minha querida mãe, Maria Adjani, empresária determinada, exemplo de luta e honestidade.

A todos que ajudaram direta e indiretamente na minha formação como pessoa e como acadêmica, meu muito obrigada!

RESUMO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso visa analisar os benefícios licitatórios concedidos às microempresas e empresas de pequeno porte. Tais empresas ao contratar com o Poder Público recebem tratamento diferenciado e favorecido, que contempla sua importância, especialmente por serem as maiores signatárias de contratos de trabalhos formais. Será feita uma breve análise de como a ordem econômica e financeira é concebida pela Constituição Federal de 1988 e os caminhos percorridos até que fosse criado o princípio do Tratamento Favorecido à Microempresa e Empresa de Pequeno Porte elencado no inciso IX do art. 170 do referido diploma, bem como a edição do Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte (Lei Complementar nº123/2006). Com isso passa-se a analisar o procedimento Licitatório e suas várias modalidades para, por fim, serem elencados, não exaustivamente, os benefícios mais relevantes concebidos as empresas em comento na contratação com o Poder Público. Pretenderá ainda explicitar quais as maiores modificações que a Lei Complementar nº147/2014 ocasionou no referido estatuto a fim de conferir eficiência e exigibilidade as normas que privilegiam as licitações com empresas menores. Com relação aos procedimentos técnicos restam classificados como bibliográfico. O método a ser usado será o dedutivo com análise de doutrina, artigos e jurisprudências. A presente pesquisa pode ser classificada quanto ao seu objeto em exploratória e descritiva. A importância do trabalho reside na premente necessidade de incentivar as licitações entre as microempresas e empresas de pequeno porte a fim de que destas contratações possam resultar inúmeros benefícios sócio econômicos para toda a população, como a geração de emprego e renda.

Palavras-chave: Lei Complementar nº123/2006. Lei Complementar nº 14/2014. Licitação. Estímulo. Benefício.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	08
CAPÍTULO I:	
A ORDEM ECONÔMICA E FINANCEIRA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL	12
1.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS	12
1.2. AS NORMAS ECONÔMICAS NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS	15
1.3. A ORDEM ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	20
1.4. PRINCÍPIO DO TRATAMENTO FAVORECIDO ÀS ME E EPP.	23
CAPÍTULO II:	
A LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS E A LC N°123/2006	26
2.1. DA LICITAÇÃO PÚBLICA E AS SUAS FINALIDADES	26
2.1.1. BREVE HISTÓRICO SOBRE AS LICITAÇÕES NO BRASIL	26
2.1.2. CONCEITO E FINALIDADE	27
2.2. FUNÇÃO REGULATÓRIA DA LICITAÇÃO	31
2.3. DAS MODALIDADES DE LICITAÇÃO	33
2.4. LICITAÇÃO NO DIREITO COMPARADO	38
2.4.1. LICITAÇÃO NOS EUA	38
2.4.2. LICITAÇÃO NO CONTEXTO DA UNIÃO EUROPÉIA	39
2.4.3. LICITAÇÃO NO CONTEXTO DO MERCOSUL	41
CAPÍTULO III:	
BENEFÍCIOS LICITATÓRIOS CONCEDIDOS AS ME E EPP	43
3.1 REGRAS ESPECÍFICAS QUE FAVORECEM AS ME E EPP NAS CONTRATAÇÕES COM O PODER PÚBLICO	43
3.2 APONTAMENTOS SOBRE AS MODIFICAÇÕES OPERADAS NA LC N°123/2006 PELA LC N° 147/2014 NO TOCANTE AS LICITAÇÕES	48
CONSIDERAÇÕES FINAIS	53
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	55

INTRODUÇÃO

A presente monografia tem por finalidade a análise da Lei Geral da Micro e Pequena Empresa (Lei Complementar nº 126/2006), que instituiu o Estatuto Nacional da Microempresa (ME) e da Empresa de Pequeno Porte (EPP), também denominadas pela sigla MPE, que adotaremos nesse trabalho, estabelecendo normas de tratamento diferenciado para estas no âmbito dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, com ênfase nas mudanças provenientes da Lei Complementar nº 147/2014.

Datam do final da década de oitenta as primeiras tentativas concretas que buscaram incentivar a abertura das MPE. Dentre estas medidas podemos destacar a implantação do primeiro Estatuto da Microempresa (Lei nº 7.256, de 27 de novembro de 1984) e a inclusão das micro e pequenas empresas na Constituição Federal de 1988, que passou a garantir-lhes tratamento diferenciado (art. 179 do Capítulo da Ordem Econômica) e incluindo a proteção a estas empresas como um princípio da Ordem Econômica e Financeira (inciso IX do art. 170 da Constituição Federal).

Com a finalidade de materializar esses comandos constitucionais, que, dentre outras coisas, determinam o tratamento favorecido às MPE, o legislador complementar criou um regime tributário diferenciado, instituindo o Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições (Simples) por meio da Lei nº 9.317/96. Implicando este no recolhimento mensal, mediante um único documento arrecadatário, dos impostos relacionados à atividade econômica, e promoveu também alterações nas licitações criando benefícios a serem dispensados às MPE. Objetivando cumprir com os mesmos comandos foi editada a Lei complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006 (LC nº 123/06), que trouxe regramento diferenciado e simplificado para as empresas em comento.

O conceito de microempresa e empresa de pequeno porte tem como fator objetivo a renda auferida durante o exercício financeiro. A Lei Complementar nº 123/2006 prevê para as microempresas que seu faturamento anual bruto possua o limite máximo de R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais). Já para as empresas de pequeno porte, o valor deve ficar entre R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e R\$ 3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais), limites introduzidos pela Lei Complementar nº 139 de 2011, que alterou a Lei Complementar nº 123/2006 que institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte. Isto

posto, será considerada microempresa e empresa de pequeno porte a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o microempreendedor individual que se enquadrarem no limite da receita anual bruta registrado no órgão competente.

A LC n° 123/2006 instituiu o tratamento diferenciado para as micro e pequenas empresas devido ao papel fundamental destas organizações para o desenvolvimento social e econômico do país. Este tratamento específico surgiu diante da necessidade de incremento e desburocratização da atividade empresarial, na esperança de que, uma vez concedidos os incentivos e benefícios, essas empresas aumentem sua produção de empregos, estimulando a economia, aumentando a renda e o consumo dentre outros fatores importantes para desenvolvimento do Estado.

Um estado ineficiente e sem programas de políticas públicas de fomento a atividade econômica, mais especificamente empresariais, contribui para que o desemprego se alastre. E foi levando isso em consideração que o legislador complementar tentou solucionar ao editar a LC n° 123/06. Ao conceder uma redução na carga tributária das MPE, o produto final destas é afetado, resultando em melhor preço, qualidade do produto e criação de empregos formais, sem afetar a arrecadação a longo prazo. Retirando menos recursos monetários destas empresas, o governo altera seu comportamento, aumentando a renda que estas podem auferir e distribuir entre seus funcionários.

Entretanto, apenas a diminuição e simplificação dos tributos pagos pelas MPE, não são capazes de sozinhos conferir a proteção auferidas a estas pelo diploma constitucional. Outra medida ainda mais eficaz, e que está diretamente ligada ao poder de mercado dessas empresas, também foi concedida pela LC n° 123/06. Esta lei, ao estabelecer tratamento diferenciado e favorecido para MPE, a elas deu *preferência nas aquisições de bens e serviços pelo Poder Público*.

Desta forma, foi criado em relação às aquisições públicas, ambiente no qual aquelas empresas recebem tratamento preferencial e diferenciado. Este tratamento é capaz de satisfazer interesses opostos, pois existe por parte do governo o interesse de satisfazer suas necessidades de forma aprimorada, ao mesmo tempo em que, para o particular, existe o interesse de contratar com o Poder Público.

No que diz respeito às licitações, essas organizações tem benefícios que lhes garantem um favorecimento que lhes protege em relação às demais empresas concorrentes e de maior porte, pois elas poderão disputar no processo licitatório, mesmo havendo restrições tributárias, bem

como havendo empate, o critério para o desempate é a contratação preferencial para as MPE.

Estas vantagens competitivas, entre outras, estão elencadas no Capítulo V, do Acesso aos Mercados, Seção I, Das Aquisições Públicas, nos artigos 43 a 49, do Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, sobre os quais versará o presente estudo, pois nessa seção concentram-se as principais alterações provenientes da LC n° 147/2014 na LC n° 123/06.

Ao conceder este tratamento mais favorável as MPE, outorgado por lei complementar, não é razoável questionar eventual violação ao princípio constitucional da igualdade trazido no art. 5° da Lei Maior, e a isonomia a que se refere à Lei Federal n° 8.666/93, que disciplina as contratações da Administração Pública. Esse tratamento constitucional diferenciado posto pelo legislador reconhece, na verdade, a importância destas empresas, sua hipossuficiência e se coaduna com o princípio da igualdade. O fortalecimento das MPE é importante para o país, afinal, estas são à base da economia brasileira, e são justamente estas empresas pequenas que geram mais empregos, totalizando aproximadamente 17 milhões de pessoas empregadas no país, o que corresponde a 52%¹ dos empregos formais em todo o território nacional. Com esta proteção busca-se assegurar a neutralização das diferenças por elas encontradas em face das grandes empresas.

Outrossim, o presente trabalho examinará a legitimidade destes benefícios pois estão estabelecidos por determinação constitucional, expressamente prevista nos art. 170, inc. IX, e art. 179 da Carta Magna. Visto que, em todas as licitações, este princípio deve coabitar em harmonia com os demais princípios jurídicos, e na resolução dos casos concretos, deverá ser ponderado.

Nesse contexto, serão objeto de estudo, feitos por meio de pesquisa qualitativa, os impactos da Lei Complementar n°147/2014 nos procedimentos licitatórios que envolvem as micro e pequenas empresas. Serão estudados os benefícios legais concedidos relativamente às licitações, licitação exclusiva, subcontratação, cotas de objetos divisíveis e prioridade de contratação para as MEs e EPPs sediadas local ou regionalmente e a margem de preferência para a contratação destas. Para tanto, dividiu-se o estudo em três capítulos.

O primeiro, de caráter introdutório, aborda como a ordem financeira e econômica foi tratada pelo poder constituinte brasileiro até a edição da Constituição Federal de 1988, percorrendo o liame histórico-constitucional que resultou no atual Princípio do Tratamento

¹ Dados do SEBRAE, disponível em :< <http://www.compredopequeno.com.br/>> Acesso em: 15/09/14

Favorecido a Microempresa e Empresas de Pequeno Porte, previsto no inciso IX, artigo 170 da atual Carta Magna.

O segundo capítulo, por sua vez, trata especificamente do instituto jurídico das licitações. Busca explicar como este instituto foi regulamentado pelo legislador brasileiro no decorrer dos anos, quais as modalidades previstas pela lei pátria e como este instituto é tratado no direito alienígena.

Por fim, o terceiro capítulo mostra quais os benefícios licitatórios mais relevantes conferidos pelo Poder Público às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, na intenção de salvaguardar essa classe de empresas que tanto contribui para o desenvolvimento nacional. Serão ainda explicitadas as alterações mais significativas trazidas pela LC n°147/2014 no que diz respeito às vantagens Licitatórias conferidas às MPE.

CAPÍTULO I

A ORDEM ECONÔMICA E FINANCEIRA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

1.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Adam Smith² defendia a mínima intervenção estatal possível nos assuntos econômicos e no mercado. Para ele o mercado deveria funcionar de forma livre, pois a chamada “mão invisível”, uma espécie de divina providência, ocasionaria o perfeito funcionamento da economia.

Smith concebia que a interferência do estado atrapalharia o correto funcionamento da economia, e, por isso, o mercado deveria funcionar no regime do *laissez-faire*³. Apesar dessa visão, acreditava necessária a intervenção estatal no mercado caso os indivíduos violassem as leis e a justiça. Nesse caso, o mercado não responderia só, mas garantido pela autoridade política do Estado. Ele acreditava, por exemplo, que, no intuito de proteger uma indústria interna, o país deveria restringir incentivos e procurar taxar produtos externos, a fim de evitar a concorrência desleal.

Na defesa dos interesses capitalistas, seguindo a mesma linha de raciocínio de Smith, David Ricardo⁴, também acreditava na liberdade do mercado, na sua auto-regulação e no independente equilíbrio das forças econômicas. A não interferência governamental geraria uma taxa de lucro e uma natural acumulação do capital. A auto-regulação concederia liberdade aos indivíduos para que obtivessem a plena maximização dos recursos disponíveis.

Para Ricardo os tributos eram fundamentais para o crescimento da economia e possuíam um impacto menos prejudicial que os causados pelos gastos governamentais. Era importante minimizar os impactos tributários sobre o processo de acumulação, de modo que a tributação não caísse sobre o capital e sim nos rendimentos individuais, pois se recaísse sobre o capital traria a

² SMITH, Adam. *apud* RIANI, Flávio. **Economia do setor público: uma abordagem introdutória**. 5. ed. Rio de Janeiro: Gen-LTC, 2009, p. 02.

³ Parte da expressão em língua francesa "*laissez faire, laissez aller, laissez passer*", que significa literalmente "deixai fazer, deixai ir, deixai passar".

⁴ RICARDO, David *apud* RIANI, Flávio, *ibidem*, p. 03.

diminuição da produção. Segundo ele, a obtenção máxima de benefícios poderia ser harmonicamente obtida pelas próprias forças do mercado, que o impulsionariam e o regulariam.

Na percepção de Leon Walras⁵ a livre concorrência conduziria ao dinamismo auto-regulador da economia. Em um primeiro momento ele foi contrário a intervenção do governo, fosse interagindo ou regulando os interesses privados. Porém passou a defender a participação do governo nos mercados nos quais não houvesse a livre concorrência. Nestes casos, seria do Estado a função de organizar e defender a concorrência, pois em sua visão, ela seria fundamental para o funcionamento equilibrado do mercado.

Contrariamente aos autores já elencados, para Alfred Marshall⁶ a produção em larga escala decorrente da eficiência produtiva, sem a intervenção do Estado, criaria monopólios e oligopólios. Havendo assim, o favorecimento de alguns em detrimento de outros. Nesses casos Marshall tinha como solução a intervenção do estado na regulamentação e controle das ações desses agentes, para que eles não promovessem prejuízo para o livre funcionamento da economia.

Já o filósofo, e também economista, britânico John Stuart Mill⁷, concebeu a participação governamental na economia amplitude mais considerável. Mill argumentava que não era do interesse do setor privado assumir a responsabilidade por atividades de interesse geral, a exemplo do provimento de escolas, estradas e hospitais. Tratava-se para a iniciativa privada, não da incapacidade de fornecer tais serviços, mas no seu desinteresse. Para o autor, seria do governo o dever de executar essas atividades que dessem suporte para a melhoria da qualidade de vida das pessoas.

John Maynard Keynes⁸ defendeu a derrocada do “capitalismo harmônico” e acreditava na falência da crença do Estado auto-regulador. Para ele, a economia deixada sozinha seria vítima de suas próprias crises. Seria necessária a incorporação de ações do governo para a estabilização da economia. Isto porque, o capitalismo seria um mecanismo volátil de acúmulo de capital e o livre-arbítrio faria dele vítima de suas próprias particularidades.

Para Keynes, o regime ditado pelo *laissez-faire*, não conseguiria atender aos interesses coletivos. Em sua concepção, para alcançar o progresso e o bem-estar econômico, o capitalismo deveria ser dirigido pelo poder estatal. O estado assumiria, dessa forma, o lugar de regulador

⁵ WALRAS, Leon *apud* RIANI, Flávio, *ibidem*, p. 03.

⁶ MARSHALL, Alfred *apud* RIANI, Flávio, *ibidem*, p. 05.

⁷ MILL, John Stuart *apud* RIANI, Flávio, *ibidem*, p. 04.

⁸ KEYNES, John Maynard *apud* RIANI, Flávio, *ibidem*, p. 06.

econômico mas sem podar as iniciativas individuais, assumindo funções fora do âmbito privado e que somente ele faria⁹.

Seguindo esse raciocínio se a economia estivesse em declínio, o governo deveria aumentar seus gastos para a manutenção do pleno emprego. Onde não existisse interesse do setor privado, gerar-se-iam gastos públicos, socializando os investimentos promovendo a retomada do crescimento do investimento privado graças às ações do governo. Os estados aplicariam seus recursos nas áreas de interesses coletivos, como escolas e hospitais. Mas, na realidade, esses gastos elevariam a renda nacional e gerariam empregos.

Keynes percebeu a necessidade da intervenção governamental como fundamental para que fosse obtida a mais eficiente alocação de recursos. Justificou a intervenção do governo, pois este através das políticas que dispusesse seria capaz de organizar os recursos públicos visando à melhoria da economia e complementando os bens não disponibilizados pelo setor privado.

Independente de todos os pensamentos já abordados, o fato é que se observou uma presença cada vez mais significativa do estado na economia. Nessa evolução, inicialmente o poder estatal objetivava a constituição e a preservação do sistema de produção capitalista e posteriormente substitui e compensa as ineficiências deste modelo produtivo.

O estado que já monopolizava a emissão de moeda, percebe a evidente inviabilidade do capitalismo liberal.¹⁰ Cresce a demanda da população por serviços públicos incapazes de serem oferecidos pela iniciativa privada, visto que o setor privado só cria benefícios à sociedade se estes puderem ser revertidos em lucro para a sua atividade. Com isso, o Estado, deixa de ser um mero mediador das competições econômicas, e é chamado a assumir seu papel como agente regulador da economia.

⁹ “Assim, caberia ao estado tomar certas decisões de controle da moeda, do crédito e do nível de investimentos, com o objetivo de eliminar grandes males econômicos de seu tempo (desigualdade de riqueza, desemprego, decepção de expectativa dos empresários, redução da experiência e da produção), frutos do risco e das incertezas, da ignorância e da especulação financeira. Segundo Keynes, essas atitudes resultariam em aperfeiçoamento das técnicas do capitalismo moderno e não seriam incompatíveis com a essência do capitalismo, ou seja, a dependências de uma intensa atração entre os instintos de ganhar e de amor ao dinheiro dos indivíduos como principal força motivadora dos mecanismos econômicos.” *ibidem*, p. 15.

¹⁰ “Evidente a inviabilidade do capitalismo liberal, o Estado, cuja penetração na esfera econômica já se manifestava na instituição do monopólio estatal da emissão de moeda- poder emissor-, na consagração do poder de polícia e após, nas codificações, bem assim na ampliação do escopo dos serviços públicos, assume nitidamente o papel de agente regulador da economia. A própria constituição do modo de produção capitalista dependeu da ação estatal. Em outros termos, não existiria o capitalismo sem que o Estado cumprisse a sua parte, desenvolvendo vigorosa atividade econômica, no campo dos serviços públicos.” GRAU, Eros. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 09.

Finalmente, dadas às imperfeições existentes no sistema de produção capitalista e como o mercado é movido por interesses egoísticos, buscando sempre o maior lucro possível, justificada está a intervenção do Estado na economia como uma alternativa. Comportamento gerador de mecanismos capazes de redistribuir a renda aferida pela atividade produtiva do país fomentando o bem-estar e a justiça social.

1.2 AS NORMAS ECONÔMICAS NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

Até o início do século XX, as constituições no mundo, não se preocuparam em disciplinar a vida econômica.¹¹ Contudo, percebeu-se essencial para o funcionamento e desenvolvimento dos mercados, e da sociedade civil em geral (uma vez que todos auferem benefícios da distribuição de bens que nascem dos mercados), que seria necessária a criação de um sistema de normas jurídicas uniformes, capaz de ditar regras para o estado e para o Capital¹². Pois para que funcione em sua totalidade, o capitalismo precisa atuar num ambiente de leis administrativas previsíveis, no qual as exigências weberianas de calculabilidade e confiança possam ser medidas na ordem jurídica.

O Estado, que a princípio regulava a economia para satisfazer necessidades ditadas por suas próprias contas e despesas, passou a fazê-lo para garantir o *laissez-faire* e, ao mesmo tempo promover a proteção objetivando a defesa e a perpetuidade do sistema. Em suma, as relações de produção não poderiam estabelecer-se sem a supervisão do direito posto pelo estado. Assim, esse direito surge para disciplinar o estado permitindo as mais variadas formas de circulação mercantil.

O processo de intervenção do governo na economia brasileira começa de forma gradativa, pelo menos até meados do século XX. Coube a Constituição de 1834 a inclusão formal e explícita de um título dedicado à Ordem Econômica e Social. Contudo, a preocupação com os problemas da ordem econômica datam do projeto da Constituição de 1824, elaborado em 1822.

Seguindo os passos da Constituição francesa de 1814, a Constituição Imperial do Brasil foi pautada pela preocupação em garantir a propriedade de forma plena. Nos termos do art. 179,

¹¹ RAMOS, André. **Direito constitucional Econômico**. 3. ed. São Paulo: Método, 2011, p.87.

¹² “Certo é que os domínios do econômico e do jurídico não se confundem, mas é íntima a correlação entre as duas ciências, impondo-se a afirmação de que o fenômeno econômico, no mais das vezes, tem reclamado um revestimento jurídico”. MARTINEZ, Pedro Soares *apud* PETER, Lafayette. **Princípios constitucionais da ordem econômica**. 2. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2008, p. 24.

XXII, consagrou: “Nenhum gênero de trabalho, de cultura, indústria ou comércio pode ser proibido, uma vez que não se oponha aos costumes públicos, à segurança e saúde dos cidadãos.” E ainda: “XXV: ficam abolidas as corporações de ofícios, seus juízes, escrivães e mestres”.

A abolição destas mencionadas corporações foi um marco na defesa e incentivo da livre-iniciativa e da concorrência. Tal medida pôs fim a muitos monopólios e extorsões visto que a sociedade não escolhia os produtos que desejavam.¹³

A Lei Maior de 1891 teve cunho nitidamente liberal, mas é possível notar também marcantes exemplos de intervenção. Seguindo os passos da Lei anterior, foi preservado o livre exercício das profissões como forma de estimular a livre concorrência. Instituída no §24 do art. 72, que: “É garantido o livre exercício de qualquer profissão moral, intelectual e industrial”. Entretanto, a eclosão da primeira guerra mundial desequilibrou a economia do Brasil, levando o estado a interferir na vida econômica. Tome-se como exemplo a criação do Comissariado de Alimentação Pública (decreto 13.069 de 1918).

Em momento anterior haviam sido tomadas outras medidas indiciárias do intervencionismo, mas em razão do café. Foi o que aconteceu, por exemplo, com o Convênio de Taubaté (1906) que conferiu a classe cafeeira conhecidos privilégios estatais.

Em 1933, a Assembleia Constituinte se reuniu e redigiu uma nova Constituição. Até Getúlio Vargas, era limitada a intervenção do estado nos assuntos econômicos. Atribui-se isso à própria estrutura econômica do país naquela época. Até aquele momento, a economia brasileira era voltada única e exclusivamente para o comércio exterior (principalmente de café). Todavia, a crise do setor cafeeiro e a depressão mundial no fim dos anos 20 dão início ao processo de substituição das importações, fazendo com que o Estado mudasse e expandisse o seu papel na economia.¹⁴

A constituição de 1934 sofreu forte influência da constituição alemã de 1919¹⁵, e entrou para história como a primeira constituição econômica brasileira ao fixar o modelo de organização

¹³ “O primado da iniciativa privada, consubstanciado implicitamente como decorrência da liberdade trazida no texto constitucional, era assegurado pela abolição das corporações de ofícios, garantia do direito da propriedade, e em especial pela consagração da liberdade de indústria e do comércio e da liberdade de associação.” NICZ, Alvacir Alfredo. **A liberdade de iniciativa na constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 60.

¹⁴ Para mais detalhes, veja REZENDE, Fernando A. **A produção pública na economia brasileira**. Rio de Janeiro: Dados, 1978, n°18, p. 83-100.

¹⁵ “A repercussão da constituição germânica foi instantânea e profunda, na Europa e fora dela. E foi ela e não a mexicana que serviu de inspiração e foi copiada, às vezes, pelas Constituições da Europa central e báltica, da Espanha e pela brasileira de 1934”. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **A democracia no limiar do século**

constitucional da atividade econômica seguidas pelas leis magnas produzidas em momento posterior.

Correspondente as aspirações das classes trabalhadoras, sem desfavorecer a iniciativa privada, preservando o cunho liberal, esta carta estabeleceu um padrão social concebendo à matéria econômica finalidade de justiça social. Estabelecia o art. 115 daquele texto: “A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos a existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica.¹⁶”

Ao normatizar a ordem econômica, essa constituição confere a sociedade mais garantias de direitos. Dessa forma, ao estabelecer essa ordem, não só o indivíduo, mas todo o sistema econômico do qual ele participa e vive sua vida, ganha proteção constitucional. A ordem econômica complementa o sistema de garantias e direitos que já eram assegurados pela constituição, mas com um enfoque maior sobre as consequências econômicas na vida dos indivíduos.

Cabe destacar, que devido a grande insegurança que dominava o mercado internacional da época, no contexto da crise ocasionada pelo crash da bolsa de valores de Nova Iorque, existia na constituição a ampla possibilidade de intervenção estatal na economia. Preceituava em seu art. 116: “Por motivo de interesse público e, autorizada em lei especial, a União poderá monopolizar determinada indústria ou atividade econômica, asseguradas as indenizações devidas, conforme o art. 112, n. 17, e ressalvados os serviços municipalizados ou de competência dos poderes locais”.

Outro dispositivo que demonstra o cunho interventivo do referido diploma¹⁷ é o art. 117, que foi enfático:

A lei promoverá o fomento à economia popular, o desenvolvimento do crédito e a nacionalização progressiva dos bancos de depósito. Igualmente providenciará sobre a nacionalização das empresas de seguros em todas as suas modalidades, devendo constituir-se em sociedade brasileira as estrangeiras que atualmente operam no país.

Por fim, a égide da Constituição Brasileira de 1934, foram concebidos outros códigos e leis, que regularam algumas atividades econômicas, a exemplo dos códigos de caça e pesca, de

XXI. Revista da Faculdade de Direito da Universidade São Paulo, São Paulo, v. 96. 2001. Disponível em: < <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67530> > Acesso em: 13 de set. 2015

¹⁶ Forte se fez aqui, a influência da Constituição de Weimar que em seu art. 151: “A ordem econômica deve corresponder aos princípios da justiça tendo por objeto garantir a todos a existência conforme a dignidade humana. Só nesses limites fica assegurada a liberdade econômica do indivíduo”.

¹⁷ Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm > Acesso em 12 de set. 2015.

minas e de águas. Entretanto, três anos depois, após dar o golpe de estado, em novembro de 1937, o então presidente Getúlio Vargas, apresentou uma nova Constituição. A ditadura foi um período fértil em decretos leis¹⁸, muitos deles, fontes efetivas de normas econômicas que então vigoraram.

Nesse sentido, instituiu¹⁹ o seu art. 135:

Na iniciativa individual, no poder de criação, de organização e de invenção do indivíduo, exercido nos limites do bem público, funda-se a riqueza e a propriedade nacional. A intervenção do estado no domínio econômico só se legitima para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores da produção, de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais os pensamentos dos interesses da Nação, representados pelo estado.

No início do dispositivo poder-se-ia inferir que se tratava de uma atuação restrita do governo na economia. Mas ao final do dispositivo em comento, fica clara a existência de ampla abertura para a intervenção no domínio econômico.

O nacionalismo e a tendência de concentração de poderes também estiveram presentes nesta constituição, que foi fortemente influenciada pelo corporativismo que naquele momento, vigorava na Itália e em Portugal. Com destaque para a redação do art. 140²⁰, que assim dispunha: “A economia da produção será organizada em corporações, e estas, como entidades representativas das forças do trabalho nacional, colocadas sob a assistência e a proteção do estado, são órgãos deste e exercem funções delegadas de poder público”.

A Constituição de 1946 trouxe inúmeras modificações em relação a carta anterior, reestabelecendo-se o sistema de economia de mercado pregado em 1934. Mas ainda era possível perceber as hipóteses intervencionistas. Esta carta, a exemplo da Constituição de 1934, preocupou-se em conciliar a iniciativa individual com o estímulo estatal, e por resguardar os direitos fundamentais. Para Themístocles Brandão Cavalcanti²¹, essa Constituição “orientou-se no sentido de um neoliberalismo econômico, que concilia a iniciativa individual com a

¹⁸ VENANCIO FILHO, Alberto. **A intervenção do estado no domínio econômico: o direito público econômico no Brasil**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1968, p. 32.

¹⁹ Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm > Acesso em 12 de set. 2015.

²⁰ “Na carta de 1937, outorgada por Getúlio Vargas, pretendeu-se substituir o capitalismo por uma economia corporativista, na qual a economia de produção deveria ser organizada em corporações colocadas sob a assistência e a proteção do Estado. Além disso, eram entendidas como órgãos do Estado, exercendo funções delegadas do Poder Público.” BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 7. p. 124.

²¹ CAVALCANTI, Themistocles Brandão apud RAMOS, André, *ibidem* p. 114.

intervenção do Estado, sem entretanto, disciplinar os detalhes desse mecanismo, tarefa destinada ao legislador ordinário”.

Esta mesma constituição, em seu art. 145, dispôs: “A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano”. Mas para Pontes de Miranda²² apenas editar normas como estas, não era o suficiente. Para o renomado civilista, esta Carta só garantia até onde não exijam que fossem restringidos os princípios da justiça. O mal da constituição de 1946, como da constituição de 1937, é o mesmo da constituição de Weimar: não ter fins precisos. Não havia sanção para o que ali fora estabelecido, também faltavam direitos subjetivos capazes de conferir eficiência ao texto.

No artigo seguinte, foi erigida uma possibilidade geral, indefinida e limitada de intervenção no domínio econômico, mediante leis especiais. Dispunha o art. 146:

A união poderá, mediante lei especial, intervir no domínio econômico e monopolizar determinada indústria ou atividade. A intervenção terá por base o interesse público e por limite os direitos fundamentais assegurados nessa Constituição.

Seguindo os passos de sua antecessora, a Constituição de 1967 fixou os princípios fundamentais do ordenamento econômico. Apesar disso, esta carta também caracterizou-se pela indefinição, indeterminação e pela vagueidade. Em seu caput. o art. 157 estabelecia que a ordem econômica tinha por finalidade realizar a justiça social. Todavia, para atender a necessidade de intervenção do estado, foi editado, no mesmo dispositivo, o §8º, permitindo que o Estado, por meio de lei federal, instituísse o monopólio por motivo de segurança nacional ou para organizar o setor que se mostrasse ineficiente dentro do regime de competição e de livre-iniciativa.

De acordo com o que foi previsto no art. 160, da Emenda Constitucional de 1969, a ordem econômica tinha como objetivo, não apenas princípio sem qualquer ênfase conforme ocorrera nas Cartas anteriores, “realizar o desenvolvimento nacional”. Foi acrescido como princípio a “expansão das oportunidades de emprego produtivo” e consagrou-se a “harmonia e solidariedade entre as categorias sociais de produção”.

O legislador, compreendendo que certas atividades ou explorações não poderiam ser deixadas em mãos particulares sem prejuízo para a coletividade, dispôs em seu art. 163: “A União poderá, mediante lei especial, intervir no domínio econômico e monopolizar determinada

²² MIRANDA, Pontes de. **Comentários à constituição de 1967 com a Emenda 1 de 1969**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 13.

indústria ou atividade. A intervenção terá por base o interesse público e por limite os direitos fundamentais assegurados nesta Constituição”. Com exceção deste artigo, não houve no texto da Emenda outros dispositivos com conotação intervencionista ampla. Isto porque, no contexto constitucional daquele período, não havia razões que justificassem uma intervenção ampla e irrestrita.

1.3 A ORDEM ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Sendo a constituição, basicamente, um estatuto do poder, a carta estrutural de um Estado, quando incorpora normas econômicas, acaba servindo de fundamento ou parâmetro de análise e interpretação para as atuações econômicas do Estado e, para as intervenções do Estado na Economia.

Nesse contexto constitucional, como bem anota Vital Moreira²³: “A ordem econômica é constituída por todas as normas ou instituições jurídicas que tem por objeto as relações econômicas”. André Ramos vai além, e conceitua²⁴:

Ordem Econômica é a expressão de um certo arranjo econômico, dentro de um específico sistema econômico, preordenado juridicamente. É a sua estrutura ordenadora, composta por um Conjunto de elementos que conforma um sistema econômico. A ordem econômica constitucional seria o conjunto de normas que realizam uma determinada ordem econômica no sentido concreto, dispondo acerca da forma econômica adotada.

A Constituição Federal de 1988 pretendeu operar uma profunda mudança na concepção econômica-intervencionista do Estado, promovendo uma ordem econômica eficaz, solidificada em princípios e diretrizes, que já não incorpora as normas programáticas de outrora. Dessa forma, o resultado foi um modelo econômico de bem-estar, desenhado desde o disposto nos artigos 1º e 3º, até o enunciado do art. 170, numa profunda consonância entre o Título IV e todo o resto da constituição. Assim dispôs em Ação Direta de Inconstitucionalidade, o então ministro, e autor constitucionalista, Eros Grau²⁵:

É certo que a ordem econômica na Constituição de 1988 define opção por um sistema no qual joga um papel primordial a livre iniciativa. Essa circunstância não legitima, no entanto, a assertiva de que o Estado só intervirá na economia em situações excepcionais.

²³ MOREIRA, Vital. *apud* RAMOS, André *ibidem* p. 116.

²⁴ *Ibidem*, p.83.

²⁵ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigobd.asp?item=%201663>> Acesso em: 11 de Set. de 2015.

Mais do que simples instrumento de governo, a nossa Constituição enuncia diretrizes, programas e fins a serem realizados pelo Estado e pela sociedade. Postula um plano de ação global normativo para o Estado e para a sociedade, informado pelos preceitos veiculados pelos seus arts. 1º, 3º e 170. A livre iniciativa é expressão de liberdade titulada não apenas pela empresa, mas também pelo trabalho. Por isso a Constituição, ao contemplá-la, cogita também da 'iniciativa do Estado'; não a privilegia, portanto, como bem pertinente apenas à empresa. Se de um lado a Constituição assegura a livre iniciativa, de outro determina ao Estado a adoção de todas as providências tendentes a garantir o efetivo exercício do direito à educação, à cultura e ao desporto (arts. 23, V, 205, 208, 215 e 217, § 3º, da Constituição). Na composição entre esses princípios e regras há de ser preservado o interesse da coletividade, interesse público primário. O direito ao acesso à cultura, ao esporte e ao lazer são meios de complementar a formação dos estudantes." (ADI 1.950, rel. min. Eros Grau, julgamento em 3-11-2005, Plenário, DJ de 2-6-2006.)

Esta Carta Magna previu um regime bem menos intervencionista do que as anteriores, consagrando a adoção do sistema capitalista de economia descentralizada, baseada no mercado e na impossibilidade de autuação econômica direta do Estado em qualquer seguimento, baseada na mera vontade do estado.

Com todas essas mudanças, o estado passa a operar, pois, "como agente normativo e regulador da atividade econômica" (art. 174). Podendo, se necessário for, complementar as normas federais, não agindo além do indispensável para atender as demandas do mercado. Neste sentido, a jurisprudência²⁶ do Supremo Tribunal Federal:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 7.844/92, DO ESTADO DE SÃO PAULO. MEIA ENTRADA ASSEGURADA AOS ESTUDANTES REGULARMENTE MATRICULADOS EM ESTABELECIMENTOS DE ENSINO. INGRESSO EM CASAS DE DIVERSÃO, ESPORTE, CULTURA E LAZER. COMPETÊNCIA CONCORRENTE ENTRE A UNIÃO, ESTADOS-MEMBROS E O DISTRITO FEDERAL PARA LEGISLAR SOBRE DIREITO ECONÔMICO. CONSTITUCIONALIDADE. LIVRE INICIATIVA E ORDEM ECONÔMICA. MERCADO. INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA. ARTIGOS 1º, 3º, 170, 205, 208, 215 e 217, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. É certo que a ordem econômica na Constituição de 1.988 define opção por um sistema no qual joga um papel primordial a livre iniciativa. Essa circunstância não legitima, no entanto, a assertiva de que o Estado só intervirá na economia em situações excepcionais. 2. Mais do que simples instrumento de governo, a nossa Constituição enuncia diretrizes, programas e fins a serem realizados pelo Estado e pela sociedade. Postula um plano de ação global normativo para o Estado e para a sociedade, informado pelos preceitos veiculados pelos seus artigos 1º, 3º e 170. 3. A livre iniciativa é expressão de liberdade titulada não apenas pela empresa, mas também pelo trabalho. Por isso a Constituição, ao contemplá-la, cogita também da "iniciativa do Estado"; não a privilegia, portanto, como bem pertinente apenas à empresa. 4. Se de um lado a Constituição assegura a livre iniciativa, de outro determina ao Estado a adoção de todas as providências tendentes a garantir o efetivo exercício do direito à educação, à cultura e ao desporto [artigos 23, inciso V, 205,

²⁶Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=ADI.SCLA.+E+1950.NUME.&base=baseAcordaos> Acesso: 13/09/2015

208, 215 e 217 § 3º, da Constituição]. Na composição entre esses princípios e regras há de ser preservado o interesse da coletividade, interesse público primário. 5. O direito ao acesso à cultura, ao esporte e ao lazer, são meios de complementar a formação dos estudantes. 6. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente.

Destaque-se a forma elegida pelo legislador constituinte para tratar essa matéria. Ao assunto é dedicado um título específico, intitulado pela primeira vez com a expressão *ordem econômica e financeira*, pois até então havia referência a uma ordem econômica e social. Nesta Carta, o Estado assume o papel de agente normativo e também faz as vezes de regulador da economia, exercendo em estrita conformidade com a lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento. E esta atuação é sempre fundamentada no amplo princípio da liberdade de iniciativa e de concorrência.

O núcleo da ordem econômica brasileira está contido na primeira parte do caput do art. 170 da Constituição, e prescreve: “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(…)” Além desses princípios fundamentais – livre iniciativa e valor social da iniciativa humana, estão elencados em nove incisos, no mesmo artigo, os princípios constitucionais da ordem econômica. São os seguintes: soberania nacional, propriedade privada, função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente, redução das desigualdades regionais e sociais, busca do pleno emprego e tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país.

Muitos outros princípios adotados pela constituição repercutem diretamente na economia, a exemplo do princípio dos valores sociais e da livre iniciativa (art. 1º, inc. IIV) e o princípio do desenvolvimento social (art. 3º, inc. II). Admitindo-se, pois, que os princípios elencados no art. 170, não excluem ou se sobrepõem a outros princípios, não alocados no referido artigo, mas que também disciplinam a ordem econômica. Nas palavras de Raul Machado Horta²⁷:

A Ordem Econômica e financeira não é ilha normativa apartada da Constituição. É fragmento da Constituição, uma parte do todo constitucional e nele se entrega. A interpretação, a aplicação e a execução dos preceitos que a compõem reclamam o ajustamento permanente das regras de Ordem Econômica e Financeira às disposições do texto constitucional que se espraiam nas outras partes da Constituição. A Ordem Econômica e Financeira é indissociável dos princípios fundamentais da República Federativa e do Estado Democrático de Direito (...) A concretização dos princípios que informam a ordem Econômica e Financeira é inseparável dos Direitos e Garantias

²⁷ MACHADO, Raul apud RAMOS, André *ibidem* p.81.

Fundamentais, que asseguram aos Brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

1.4 PRINCÍPIO DO TRATAMENTO FAVORECIDO À MICROEMPRESA E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE

O inciso IX do art. 170 estabelece o tratamento favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte. Uma breve leitura deste dispositivo poderia induzir a pensar que se trata de uma norma contrária ao princípio da livre concorrência. Contudo este tratamento favorecido, visa proteger os organismos que possuem menores condições de competitividade em relação às grandes empresas e conglomerados. E só assim, garantir de forma efetiva a liberdade de concorrência.

Este princípio é ainda reforçado pelo art. 179 da Constituição quando aponta que é dever da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios dispensar: “as microempresas e as empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei”. A intenção do legislador complementar e ordinário é a criação de leis que viabilizem a existência e o desenvolvimento destas empresas para assim fortalecer a economia²⁸. Pois de acordo com o Estudo de Empreendedorismo, lançado em dezembro de 2014 pela Endeavor e o IBGE²⁹, as microempresas e empresas de pequeno porte desempenham papel fundamental no tratamento de questões essenciais de políticas públicas, principalmente, pela sua participação na geração de emprego. O mesmo estudo, afirma que estas empresas tem importância ainda maior na economia de países em desenvolvimento.

Com a finalidade de materializar esses comandos constitucionais o legislador complementar criou um regime tributário diferenciado, instituindo o Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições, o Simples, por meio da Lei ordinária nº 9.317, de 3 de dezembro de 1996 (seguidamente alterada pelas leis nº. 9.732 de 1997, nº. 9.799 de 1998, nº.

²⁸ “(...)o constituinte pátrio- até por força da legislação infraconstitucional pretérita, insuficiente mas sinalizadora do caminho protecionista- não insensível a tal realidade, em dois artigos de particular relevância, impôs ao legislador complementar e ordinário a necessidade de regras capazes de viabilizar a existência e o desenvolvimento de empresas de pequeno porte como forma de fortalecer a economia de mercado” MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Direito constitucional interpretado**. São Paulo: RT, 1992. p. 71.

²⁹ Disponível em: <<https://endeavor.org.br/empresas-que-mais-geraram-empregos-brasil/>> Acesso em: 15 de set. de 2015.

10.034 de 2000 e mais recentemente pela Lei Complementar n°. 123 de 2006, que a revogou expressamente). A adoção do Simples implica no recolhimento mensal, mediante um único documento arrecadatário, dos impostos relacionados à atividade econômica. Trata-se de um tratamento jurídico tributário qualitativamente conferido a essas empresas, geradoras de mais de 95% dos empreendimentos brasileiros, produzindo 27% do PIB (produto interno bruto) e empregando mais de 17 milhões de pessoas em todo o país³⁰, para que suas especificidades possam ser atendidas.

A esta Lei Complementar n° 123/2006, também coube a definição das MPE. Estas, só serão beneficiadas pela proteção indicada no inc. IX do art. 170, em razão da sua potencialidade financeira. Sua conceituação atenta para um critério certo e livre de contestação: o tamanho da renda dessas empresas. O conceito de microempresa e empresa de pequeno porte tem como fator objetivo a renda auferida durante o exercício financeiro. A Lei Complementar n° 123/2006 prevê para as microempresas que seu faturamento anual bruto possua o limite máximo de R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais). Já para as empresas de pequeno porte, o valor deve ficar entre R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e R\$ 3.600.00,00 (três milhões e seiscentos mil reais), limites introduzidos pela Lei Complementar n° 139 de 2011, que alterou a Lei Complementar n° 123/2006 que institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte.

Este tratamento específico surgiu diante da necessidade de incremento e desburocratização da atividade empresarial, na esperança de que, uma vez concedidos os incentivos e benefícios, essas empresas aumentem sua produção de empregos, estimulando a economia, aumentando a renda e o consumo dentre outros fatores importantes para desenvolvimento do Estado. Não se trata de um tratamento mais benéfico, que possui a desburocratização como fim em si mesmo. Luta-se pelo desenvolvimento econômico e pelo bem-estar, e nessa peleja, o desemprego é um dos maiores problemas a serem enfrentados. Solucioná-lo é vital para que outros problemas referentes à saúde, educação e habitação possam ser eliminados. Justificado está, pois, o tratamento mais benéfico distribuído nas mais diversas searas econômicas, concedidos a estas empresas. Visto que, estas geram 52% dos empregos formais em todo o território nacional. Quer-se um tratamento mais benéfico, reduzido em

³⁰ Dados do SEBRAE, disponível em :< <http://www.compredopequeno.com.br/>> Acesso em: 15 de set. de 2015.

encargos, em ônus e também em obrigações, conferindo as beneficiadas mais auxílio e suporte das autoridades.

Assim, a Carta Magna não apenas dispõe sobre direitos fundamentais de cunho negativo como a proteção da liberdade e da propriedade. São também elencados os direitos fundamentais de natureza positiva, consistentes nas prestações estatais, como aqueles que têm como objetivo corrigir as discrepâncias entre as grandes empresas e as MPE. É por isso que a Constituição contempla incentivos através de tratamento mais benéfico por meio de simplificações, na tentativa de promover o desenvolvimento social, e entendendo que este ocorrerá a partir do momento em que essas empresas com porte menos avantajado, são fortalecidas.

CAPÍTULO II

A LEI DE LICITAÇÕES E E CONTRATOS

2.1 DA LICITAÇÃO E SUAS FINALIDADES

2.1.1 BREVE HISTÓRICO SOBRE AS LICITAÇÕES NO BRASIL

Comenta-se que a licitação surgiu na idade média tendo origem na Europa onde era conhecida como sistema de “vela e prego”. No referido sistema acontecia uma disputa de lances enquanto uma vela queimava, sagrava-se vencedora a menor proposta ofertada até então, no momento em que a vela se apagasse. Já a palavra licitar vem do latim *licitatio* e significa “a venda por lances”, isto é, coisa que se arremata em leilão.

No Brasil, a licitação foi introduzida pelo Decreto nº 2.926, de 14 de maio de 1862 que regulamentou as contratações e arrematações de serviços do antigo Ministério da Agricultura, Comércio e Obras Públicas. Com o decorrer dos anos, outras legislações trataram, modestamente, sobre o assunto. Mas somente com a criação do Código de Contabilidade da União, proveniente do Decreto nº 4.536 de 28 de Janeiro de 1922, tratou-se do procedimento concorrencial. Naquele período ainda não se utilizava o termo “licitação”, e o instituto era conhecido como “concorrência”.

Somente em meados da década de sessenta, através do Decreto-Lei nº 220 de 25 de Fevereiro de 1967, é que o procedimento administrativo prévio, necessário a realização dos contratos administrativos, passou a ser entendido pelo termo “licitação”. Este decreto, que também dispunha sobre a organização administrativa, foi quem regulamentou e ampliou o instituto da licitação. Neste passo evolutivo, surgiu o primeiro Estatuto das Licitações e contratos administrativos, promulgado pelo Decreto-Lei nº 2.300 de 21 de novembro de 1986. Mesmo com muitas lacunas este primeiro estatuto objetivava reprimir os desvios de conduta e corrupções que já aflingiam a administração pública daquela época.

A Constituição Federal de 1988 traçou novos rumos para a Administração Pública. A partir desta Carta, a licitação passou a ter status de princípio constitucional, criando para o Estado, todos os entes federados e para a Administração indireta, a obrigatoriedade de usar o

processo licitatório como única forma de contratação, e tornando crime a não observância a estas normas.

Por fim, foi editada a lei nº8.666, de 21 de junho de 1993, disciplinando o instituto e os contratos públicos em 125 artigos, a partir das diretrizes impostas pela Constituição. Esta Lei Federal passou a ser o aparelho essencial da licitação e do contrato administrativo, substituindo o Decreto-lei nº 2.300/86 e sendo posteriormente modificado pela Lei nº 9.648, de 27 de Maio de 1998. Após a edição desta lei, com exceção das hipóteses que esta previu, nenhum órgão ou entidade da Administração Pública, pode contratar compra, obras ou serviço sem prévia licitação sob pena de ofender os princípios fundamentais da Administração Pública.

As constituições anteriores a de 1988, não haviam regulado expressamente a competência da união para dispor sobre licitações e contratos administrativos, em nível nacional. A primeira disposição neste sentido adveio da Lei nº 8.666/93 que ao regulamentar o art. 37, inc XXI da Constituição Federal ditou as normas gerais sobre licitações e contratos, previstos no art. 22, inc. XXVIII, do texto constitucional. Com isto, definiu-se como competência da União legislar sobre normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades para a Administração Pública direta e indireta, de todos os entes governamentais e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173,§ 1º, III.

2.1.2 CONCEITO E FINALIDADES

A licitação é um processo administrativo empregado pela Administração Pública com o objetivo de selecionar a proposta mais vantajosa, utilizando-se de critérios objetivos e travando relações de cunho patrimonial, para elaboração de contratos. Sendo esta matéria, em orbita federal, regida pela Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, que também vincula normas gerais³¹ e desta forma obriga os outros entes federativos. Na definição de Marçal Justen Filho³²:

³¹ Há, por um lado, a necessidade de assegurar a padronização mínima na atuação administrativa de todos os entes federativos, inclusive daqueles integrantes da Administração indireta. Essa padronização mínima é indispensável como instrumento de realização do valor da segurança. Se cada ente estatal consagrasse institutos e soluções distintas para as suas licitações e contratações administrativas, o resultado seria a inviabilidade de ampla competição e o surgimento de obstáculos ao livre acesso às contratações administrativas. Por outro lado, existe a necessidade de padronização para assegurar a efetividade do controle por órgãos externos e pela própria comunidade. A proliferação de regimes licitatórios distintos impediria a adoção de soluções gerais aplicáveis em todas as licitações, o que exigiria o desenvolvimento de instrumentos de controle próprios e específicos. JUSTEN, Marçal. **Comentários a lei de licitações e contratos administrativos Lei 8.666/1993**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.21.

³² JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.495.

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

Já, Celso Antonio Bandeira de Mello³³ traz a seguinte conceituação:

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

O objeto da licitação é o conteúdo do futuro contrato que será celebrado pela Administração Pública. O art. 3º a Lei nº. 8.666/93 elenca seus objetivos, quais sejam: garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração Pública e promover o desenvolvimento sustentável. Dessa forma, enquanto os particulares desfrutam de ampla liberdade na contratação de serviços, obras e compras em geral, a Administração Pública precisa observar, como regra, o procedimento preliminar licitatório determinado e delimitado conforme dispõe a legislação.

Ao participar de um pacto contratual, a *res* pública fica comprometida, portanto, a conduta do administrador deve estar pautada pelos princípios constitucionais e legais. Nesse sentido, com a finalidade de preservação dos princípios da legalidade, igualdade, impessoalidade, moralidade, probidade e da própria ilecividade do patrimônio público, o legislador constituinte impõe para as contratações com o poder público a adoção da licitação, sob pena de invalidade do contrato. Logo, o aludido certame garante ao cidadão uma proteção contra discriminações injustificadas que lhe possam ser causadas pela Administração.

Em outra obra, leciona o mesmo autor³⁴:

(...) o acatamento aos princípios mencionados empece – ou ao menos forceja por empecer – conluius inadmissíveis entre agentes governamentais e terceiros, no que se defende a atividade administrativa contra negócios desfaráveis, levantando-se, ainda, óbice a favoritismo ou perseguições, inconvenientes com o princípio da igualdade.

³³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *apud* DOURADO, Márcia. **Licitações no Brasil**. Disponível em: < <http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=1196> > Acesso em 07 de out. 2015.

³⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 180.

Desta feita, o que se pretendeu e se pretende preservar ao impor-se a licitação como procedimento obrigatório é estabelecer em benefício de todos os membros do corpo social a igualdade de possibilidades, independente de critérios subjetivos, de contratarem com o poder público. Aliás é isso que dispõe o já mencionado art. 3º da Lei nº. 8.66/93 ao estabelecer como objetivo a observância ao princípio constitucional da isonomia.

Em verdade, a observância fiel ao procedimento em comento protege as pessoas dos maléficos que lhes acometeriam caso essas limitações à administração não existissem. Não fossem estas limitações o poder público agiria com base em favoritismos ao contratar determinadas empresas em detrimento de outras, sem que lhes fosse oportunizado o oferecimento de propostas e a verificação de condições, desrespeitando assim, o princípio constitucional da isonomia.

Neste sentido, o Superior Tribunal da Justiça, ao dispor sobre a exigibilidade da realização do processo licitatório com vistas a afastar o arbítrio e o favorecimento, na busca pela contraprestação mais vantajosa para a Administração: “o procedimento licitatório há de ser o mais abrangente possível, dando azo à participação do maior número possível de concorrente. A escolha final há de recair sempre na proposta mais vantajosa para a administração.”³⁵

Seguindo esta mesma interpretação, o Supremo Tribunal Federal deferiu medida cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade do §1º do art. 163, da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, por flagrante desrespeito ao princípio da isonomia nas licitações. O referido dispositivo assegurava aos empregados das empresas públicas e sociedades de economia mista, na hipótese de privatização destas, a preferência em assumí-las sob forma de cooperativas, caracterizando assim ofensa ao art. 37, inc. XXI da Constituição Federal de 1988, que garante a igualdade de condições a todos os concorrentes em procedimento de licitação pública.

Conforme afirmado pela Suprema Corte³⁶:

(...) não podem a lei, o decreto, os atos regimentais, ou instruções normativas, e muito menos acordo firmado entre partes, superpor-se a preceito constitucional, instituindo privilégios para uns em detrimento de outros, posto que, além de odiosos e iníquos, atentam contra os princípios éticos e morais que precipuamente devem reger os atos relacionados com a Administração Pública. O art 37, inciso XXI, da Constituição Federal, de conteúdo conceptual extensível primacialmente aos procedimentos licitatórios, insculpiu o princípio da isonomia asseguratória da igualdade de tratamento entre todos os concorrentes, em sintonia com o seu *caput* – obediência aos critérios da

³⁵ STJ – Pleno - MS nº 5.602/DF – Rel. Min. Presidente Américo Luz, Diário da Justiça, Seção I, 4 fev. 1998, p. 4.

³⁶ STF – Pleno – MS nº 22.509/SP – Rel. Min. Maurício Corrêia, RTJ, v. 165, p. 749-1144, set. 1998.

legalidade, impessoalidade e moralidade – e ao de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (CF, art. 5º, *caput*).

Com efeito, a licitação nos termos do que hoje estabelece a legislação, é um procedimento administrativo, em regra, composto de duas fases distintas: habilitação e julgamento. Sendo aquela a fase da comprovação dos documentos exigidos pela Administração Pública e esta o momento no qual é selecionada a melhor proposta.

Destaque-se que o art. 37, *caput* e inciso XXI, da Constituição Federal, obrigam a realizar a licitação Pública não apenas as pessoas de Direito Público mas também suas entidades administrativas indiretas, quais sejam: autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações governamentais. Enquanto que o art. 1º da Lei nº 8.666/1993 vincula todos os Poderes dos entes políticos. Logo, órgãos do Poder legislativo ou Judiciário, bem como do Ministério Público e até os Tribunais de Contas, na medida em que exercerem atividades de natureza administrativa, estão sujeitas aos princípios e regras condizentes com à atividade administrativa do Estado. Não é outra a posição adotada pelo STJ³⁷:

A obrigatoriedade de observar o regime licitatório decorre do disposto no art.37, XXI, da CF/1988, e, antes mesmo do advento da lei 8.666/1993, as sociedades de economia mista já estavam subordinadas ao dever de licitar. Malgrado sejam regidas pelo direito privado, as sociedades de economia mista, ainda que explorem atividade econômica, integram a Administração Pública entando jungidas aos princípios norteadores da atuação do Poder Público, notadamente a impessoalidade e a moralidade.

Entretanto, essa obrigatoriedade não é absoluta, pois o próprio texto constitucional enumera as possibilidades em que o dever de licitar é afastado, visto que em determinadas situações a licitação formal pode vir a impossibilitar ou frustrar a adequada realização das funções estatais.³⁸ Por isso, a Lei nº 8.666/1993 trata de duas formas de contratação direta, a dispensa e a inexigibilidade, sendo aquela, doutrinariamente subdividida em dispensada e dispensável.

Numa conceituação breve e não exaustiva, a licitação dispensada é aquela, na qual a própria lei de licitações e contratos, em seu art. 17, dispensa a licitação. Não havendo, nesse caso, margem de liberdade por parte do agente público. Nesses casos a dispensa é obrigatória. Já a licitação dispensável afigura-se como aquela em que a Administração pode dispensar o certame,

³⁷ Resp 80.061/pr, 2.ª T., Rel. Min. Castro Meira, j. Em 24.08.2004, DJ de 11.10.2004.

³⁸ (...) a licitação, além de ser exigência legal quando bem conduzida, visa -e permite- a obtenção de ganhos para a administração. E quando a possibilidade de prejuízos existe, a própria lei, novamente com base no princípio da eficiência, prevê os casos em que o certame licitatório pode ser dispensado. Tribunal de contas da União, Acórdão 34/2011, Plenário, rel. Min Aroldo Cedraz.

se assim lhe convier, restando as hipóteses enumeradas no art. 24 da Lei nº8.666/1993. Enquanto que a inexigibilidade da licitação se ocupa das hipóteses em que há impossibilidade jurídica de competição entre os contratantes. Trata-se de inviabilidade de competição, e acontece nas seguintes hipóteses previstas no art. 25 da referida lei: fornecedor exclusivo, serviços técnicos especializados e na contratação dos serviços artísticos.

2.2. FUNÇÃO REGULATÓRIA DA LICITAÇÃO

A intervenção do estado sobre os particulares é, numa concepção tradicional, baseada em ideias de poder de polícia e da sobreposição dos interesses da coletividade sobre os direitos meramente individuais, em favorecimento da sociedade. Mas essa concepção clássica, que ao longo do tempo, justificou diversos tipos de ingerência do Estado sobre os agentes privados, vem sendo superada e substituída por outras noções que buscam, principalmente, a solidariedade, a cooperação e uma relação mais horizontal entre o Estado e a Sociedade. Tal comportamento tem ocasionado paulatina diminuição de instrumentos jurídicos de repressão, tais como a instituição de tributos, a criação de subsídios e até a imposição de modelos de padronização para o mercado.

Estas transformações na maneira como o Estado tem se comportado ao tratar os assuntos econômicos e sociais, demandam um novo fundamento legal, que legitime e embase as provisões de como, onde e com qual intensidade ocorrerá a intervenção estatal. Com isso, o direito acaba por assumir um duplo papel, sendo instrumento a disposição da atividade regulatória organizando os setores privados e também assumindo uma função propositiva, uma vez que utiliza a estrutura do mercado para alcançar objetivos e metas socialmente desejáveis.

Definindo de forma bastante ampla a temática da regulação econômica e do papel regulador do Estado, Marçal Justen Filho³⁹, descreve o que seria a regulação:

(...) o conjunto ordenado de políticas públicas que buscam a realização dos valores econômicos e não econômicos, essas políticas envolvem a adoção de medidas legislativas e de natureza administrativas destinadas a incentivar políticas privadas desejáveis a reprimir tendências individuais e coletivas incompatíveis com a realização dos valores fundamentais da república, a cidadania, dignidade humana, desenvolvimento regional, desenvolvimento nacional.

³⁹ JUSTEN FILHO, Marçal apud FERRAZ, Luciano. **Função Regulatória da Licitação**. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Bel Horizonte, ano 9, n. 37, p. 133-142, jul./set.2009.

Isto posto, a implementação de um modelo de regulamentação que procura induzir o comportamento dos agentes particulares a práticas socialmente almejadas, utilizando mecanismos que melhor contemplem aos interesses dos agentes envolvidos, ao invés de impor determinados padrões, tem sido mais eficaz para a realização dos objetivos propostos pelo Estado. Uma vez que normas com imposições de diretivas tendem a ser dificilmente aceitas no mercado, por muitas vezes, serem muito rigorosas e de difícil observância.

Contudo, é possível, como alternativa a essas normas de “comando e controle”, substituir o modelo rígido e coercitivo utilizando como alternativa a modelos normativos invasivos, que preservem na medida do possível a liberdade de escolha dos agentes privados, estabelecendo dessa forma, sistemas convidativos aos particulares e que o façam contribuir com os objetivos formulados pela Administração Pública. Esse tipo de parceria confere maior legitimidade ao processo regulatório, visto que se estabelece sobre uma relação harmônica entre o público e o particular, na qual o Estado não impõe, mas orienta as escolhas privadas com vistas a usufruir dos resultados daí decorrentes.

Nesse contexto é possível visualizar a utilização da Licitação como instrumento regulatório e de fomento a determinadas atividades econômicas e resultados socialmente relevantes. Nas palavras de Rafael Carvalho Rezende Oliveira:

Trata-se da denominada “função regulatória da licitação”⁴⁰. Por esta teoria, o instituto na licitação não se presta, tão somente, para que a Administração realize a contratação de bens e serviços a um menor custo; o referido instituto tem espectro mais abrangente, servindo como instrumento para o atendimento de finalidades públicas outras, consagradas constitucionalmente.

Logo, desde que esteja em fiel observância do princípio da legalidade, a licitação pode vir a ser usada para outros objetivos, permitidos em lei, diferentes daqueles que lhe são tradicionalmente reservados. Sendo assim, a partir do momento em que o legislador pátrio, seguindo a tendência de regular a economia de uma forma menos impositiva e mais cooperativa, sob uma ótica constitucional e que consagra valores socioeconômicos plurais, a licitação deixa de ser um mero instrumento de compras do Estado para tornar-se mais um instrumento a garantir os interesses coletivos e do desenvolvimento nacional.

Pois, conforme dispõe a Constituição Federal de 1988, em seu art. 174, ao tratar da atividade de regulação da economia, é papel do Estado como agente normativo e regulador da

⁴⁰ Sobre a função regulatória da licitação, vide: GARCIA, Flávio Amaral. Licitações e contratos administrativos. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 73-75.

atividade econômica, em conformidade com o princípio da legalidade, exercer as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este último determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

Nesta perspectiva é possível falar-se em função regulatória da licitação, visto que as compras governamentais movimentam vultoso capital e geram muito emprego e renda. No Brasil, esta via de compras movimenta recursos estimados entre 15% e 20% do PIB⁴¹ nacional, gerando repercussão direta sobre a iniciativa privada.

Bem por isso, a licitação pode servir como instrumento de regulação do mercado com vistas a torná-lo mais competitivo, além de ser possível utilizá-la como mecanismo capaz de induzir determinadas práticas de mercado que possam estimular resultados sociais benéficos, sejam imediatos ou futuros a população, em outras palavras, este instituto pode ser empregado tanto para coibir práticas que limitem o arbítrio da administração como também para induzir práticas que produzam efeitos sociais almejáveis⁴².

2.3 DAS MODALIDADES DE LICITAÇÃO

A licitação é um procedimento. Isto posto, a sequência de atos que compõem o procedimento licitatório poderá variar de acordo com o objetivo pretendido pelo agente público. As diferenças que existem entre uma modalidade e outra, representam, em suma, a peculiaridade da contratação pretendida que dependerá do nível de complexidade de cada fase do procedimento bem como da destinação destas.

Logo, para uma licitação, apenas poderá ser utilizada uma das seis modalidades previstas, levando-se sempre em consideração os critérios de conveniência e a adequação de cada uma delas ao caso concreto.

O art. 22 da Lei nº 8.666/1993 arrola cinco modalidades de licitação; concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão. De modo que é possível conceber a licitação como um gênero, do qual as modalidades são espécies.⁴³ Ainda sobre as modalidades o §8º do mesmo

⁴¹ Disponível em: < <http://www.comprasgovernamentais.gov.br/paginas/artigos/compras-compartilhadas-sustentaveis> > Acesso em 09 de out. 2015.

⁴² FERRAZ, Luciano. **Função Regulatória da Licitação**. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Bel Horizonte, ano 9, n. 37, p.142, jul./set.2009.

⁴³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo Brasileiro**. 35. ed. Malheiros: São Paulo. 2009. p. 315.

artigo, dispõe: é vedada a combinação delas ou a adoção de outras. Entretanto, existe uma sexta modalidade, que em despeito da vedação mencionada, concebeu o pregão, cuja regulamentação e procedimento é disciplinada pela Lei nº 10.250, de 17 de julho de 2002.

No que diz respeito às três primeiras modalidades mencionadas, os valores para sua seleção estão enumerados no art. 25 da Lei de Licitações e contratos e conforme o art. 120 do mesmo diploma, esses valores podem ser anualmente atualizados pelo Poder Executivo Federal, observada como limite superior a variação geral dos preços no mercado no período. É importante destacar que não é vedada a substituição de uma modalidade por outra desde que não seja desrespeitado valor e que a modalidade escolhida seja mais rigorosa⁴⁴.

Saliente-se que, com a edição dos novos consórcios públicos pela Lei nº 11.107, publicada em 07 de abril de 2005, se o contratante for um consórcio público, as faixas de valor serão alteradas, valendo o dobro quando formado por até três entidades federativas, e o triplo, quando a quantidade de pactuantes for mais que três.

Concorrência é a modalidade de licitação adequada a contratações de grande vulto. Tal, modalidade é sempre precedida de ampla divulgação e dela podem participar, nos termos do art. 22, §1º da Lei de Licitações, quaisquer interessados que comprovem possuir os requisitos mínimos exigidos no edital para execução de seu objeto. Aqui a fase de habilitação é preliminar, é o marco inicial do procedimento licitatório, momento no qual a administração avalia se o concorrente possui aptidão e idoneidade para ter sua proposta apreciada.

A concorrência é obrigatória nas contratações de obras, serviços e compras dentro dos limites de valor fixados pelo ato competente, que são diversos para obras e serviços de engenharia e para outros serviços de compras⁴⁵. Tais limites estão fixados no art. 23 da Lei nº 8.666/1993 que aduz que as contratações com valor superior a R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais) para os contratos de obras e serviços de engenharia, bem como as contratações com valores acima de R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais) para os outros bens e serviços que não os de engenharia, dar-se-ão por esta modalidade.

Além do valor do negócio, a concorrência será obrigatória ainda, em razão da natureza do objeto em algumas hipóteses expressamente previstas em lei. De modo que, independente do valor, nas compras e alienações de bens imóveis, nas concessões de direito real de uso, nas

⁴⁴ MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 8. Ed. Impetus. Rio de Janeiro. 2014. p 390.

⁴⁵ Meirelles, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 25. Ed. Malheiros. São Paulo. 2009. p. 316.

licitações internacionais, nos contratos de empreitada integral, bem como nas concessões de serviços públicos (quando se tratar de concessão comum de serviço), utilizar-se-á essa modalidade.

A tomada de preços, se comparada com a modalidade anterior, é menos formal visto que é exigida para contratos de valores médios. Sua adoção implica numa licitação mais sumária e rápida, pois nesta modalidade existe a possibilidade de realização de um cadastro prévio de candidatos e este cadastramento corresponde à fase de habilitação. Assim, a habilitação preliminar será resumida a verificação dos dados constantes dos certificados de registro dos interessados.

Para que o certame se enquadre na modalidade de tomada de preços é preciso que os valores, para obras e serviços de engenharia sejam superiores a R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) chegando até R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais) e, para outros bens e serviços que não os de engenharia, valores superiores a R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) até R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais). Ficando os valores mencionados, acima do de convite e abaixo do limite da concorrência.

A modalidade convite é a modalidade de licitação mais simples, visto que comporta menor formalismo. Nessa modalidade não existe edital, e por isso não é exigida a publicação, utiliza-se como instrumento convocatório a carta-convite, sendo esta encaminhada às empresas convidadas e afixada em local apropriado dentro do órgão público licitante. Na carta-convite, à semelhança do que acontece no edital, estarão contidas de forma sucinta, as regras da licitação.

A lei estabelece que Administração deve remeter as cartas-convite a, no mínimo, três interessados na categoria a que pertence o objeto do contrato, os quais são livremente escolhidos pelo administrador, entre empresas cadastradas ou não. Não sendo obtida essa quantidade mínima de três propostas aptas a seleção, dispõe a súmula 248 do TCU, que será necessária a repetição do ato com vistas a convocação de outros possíveis interessados.

Essa modalidade é destinada as contratações de menor vulto e por isso é menos formal que as outras. Segundo Hely Lopes⁴⁶: “Dada a sua singeleza, dispensa a apresentação de documentos, mas, quando estes forem exigidos, a documentação, como nas demais modalidades de licitação, deverá ser apresentada em envelope distinto da proposta.”

Observe-se que a referida modalidade é utilizada para contratos de valores de menor expressão, que correspondem às obras e serviços de engenharia com valores de zero a R\$

⁴⁶ *Ibidem*, p. 323.

150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) e, para outros bens e serviços, de zero até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais). Por fim, nos casos em que houver contratos com valores de até 10% desses limites, a licitação poderá ser dispensada, mas se não o for, será realizada por meio desta modalidade.

O concurso pressupõe o interesse da Administração em selecionar trabalho técnico, científico, projeto arquitetônico ou artístico, ou seja, para trabalhos que exijam determinadas capacidades personalíssimas, seja visando o desenvolvimento cultural ou algum resultado prático imediato. Qualquer interessado poderá participar da licitação, devendo somente atender as exigências do Edital. O interesse não é na contratação permanente da empresa ou indivíduo que realiza o projeto, o concurso pretende apenas, selecionar um projeto que se encaixe no seu objetivo e recompensar ou premiar, o seu idealizador.

Por dizer respeito à seleção de um projeto intelectual, nos termos do §2º do art. 52 da Lei nº 8.666/1993, o prêmio ou a remuneração só poderão ser pagos se o autor do projeto ceder à Administração os direitos patrimoniais a ele relativos. Pretende-se com isso autorizar a Administração a utilizar o projeto quando julgar conveniente.

Os critérios de participação deverão ser fixados no ato convocatório, estabelecendo de maneira clara quais serão os critérios que nortearão o concurso. E, apesar de a natureza artística ou técnica, por vezes, inviabilizarem uma apreciação desta ordem, dificultando o julgamento “objetivo”, a Administração deverá, ainda assim, definir os critérios de escolha do vencedor, afim de que não seja facilitado eventual desvio de finalidade.

A finalidade precípua da modalidade de licitação por leilão é a alienação de bens pelo menor preço. Para alcançar esse fim, a Administração pode agir com três objetivos: vender bens imóveis inservíveis, vender produtos legalmente apreendidos ou penhorados e alienar bens imóveis adquiridos em procedimento judicial através de dação em pagamento, como permite o art. 19 da Lei nº 8.666/1993.

O que diferencia esta modalidade, das outras já mencionadas é que, no leilão não existe sigilo quanto às propostas, visto que é de sua essência que tais propostas sejam públicas, sendo considerada campeã a proposta mais elevada. O procedimento será realizado por leiloeiro especial ou servidor designado pela Administração e o lance vencedor deverá ser igual ou superior ao preço estimado na avaliação.

O art. 22 da Lei de Licitações não faz menção a modalidade pregão, visto que esta foi estabelecida por lei federal específica. O instituto do pregão surgiu com a edição da Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e foi instituído para aperfeiçoar o regime de licitações. Para Fernanda Marinela⁴⁷, o pregão contribui para desburocratizar os procedimentos para a habilitação e o cumprimento da sequência das etapas do procedimento, concorrendo para a redução de despesas e concedendo maior agilidade nas aquisições.

Por meio desta modalidade podem ser adquiridos, os bens e serviços comuns cujos padrões de desempenho e qualidade sejam objetivamente definidos no edital, por meio de especificações usuais de mercado. Sendo vedada a aplicação do pregão para a contratação de serviços de engenharia, locações imobiliárias e alienações. Adotando parcialmente o princípio da oralidade, surge com o pregão, a possibilidade de os participantes oferecerem outras propostas verbalmente na sessão pública destinada à escolha. Dessa forma o processo de escolha dos futuros contratados da Administração ganha celeridade, sem, contudo, prejudicar a publicidade do procedimento.

Os órgãos públicos não estão obrigados a utilizarem o pregão sempre que desejarem obter bens ou serviços de interesse comum. Pois a lei que instituiu esta modalidade, determinou que a sua adoção seria uma faculdade conferida à Administração. Vale salientar, que existem dois procedimentos distintos de pregão, o presencial e o eletrônico, sendo este de adoção obrigatória pela Administração Federal.

Definindo essa modalidade o Tribunal de Contas da União⁴⁸, aduz:

Pregão é modalidade de licitação em que a disputa pelo fornecimento de bens ou serviços comuns é feita em sessão pública, ainda que virtual. Os licitantes após apresentação das propostas com os preços escritos têm a faculdade de reduzi-los mediante lances verbais ou via internet. Ao contrário do que ocorre nas demais modalidades, em pregão a escolha da proposta é feita antes da análise da documentação, razão maior da celeridade que envolve o procedimento.

Em resumo, as regras do pregão são inovadoras e simples concebendo, em geral, resultados mais vantajosos do que os da Lei nº 8.666/1993. Sendo o pregão eletrônico, ainda mais ágil que o presencial, visto que reduz os custos da licitação e facilita a participação do maior número de competidores. A diminuição de despesas e de tempo necessário para a realização do certame licitatório, bem como a possibilidade de realizar tantos pregões quanto forem necessários

⁴⁷ MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 8. Ed. Impetus: Rio de Janeiro, 2014. p. 399.

⁴⁸ Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br>> Acesso em: 02 nov de 2015.

para um mesmo objeto sem restrições quanto ao valor para a sua realização são, em suma as características mais marcantes dessa modalidade que é realizada por meio da internet.

Em sua versão eletrônica, o pregão se desenvolve em duas etapas. Na primeira delas, o participante do certame apresenta suas propostas por meio de lances via internet, na sequência, os licitantes disputam entre si mediante lances sucessivos e decrescentes. Dessa forma, fica claro que diferente das outras modalidades no pregão eletrônico, e também no presencial, a fase competitiva precede o julgamento da idoneidade do licitante.

2.4. LICITAÇÃO NO DIREITO COMPARADO

2.4.1. LICITAÇÃO NOS EUA

No Brasil, as compras públicas são precedidas de procedimento licitatório, sendo tal procedimento regulamentado pela Lei nº 8.666/1993, que estabelece as normas gerais sobre licitação. Entretanto, os Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios possuem a faculdade de editar normas específicas para as suas licitações e contratos administrativos de obras serviços e alienações, caso não contrariem as normas gerais do procedimento licitatório.

Ao estabelecer uma norma geral a ser seguida por todos os entes federativos e conceder-lhes a faculdade de editar normas específicas que não contrariem a lei geral, o direito brasileiro se aproxima do sistema de compras utilizado pelos EUA. Os americanos utilizam-se do Sistema FAR (Federal Acquisition Regulation)⁴⁹, sendo este sistema responsável pelas diretrizes federais nas compras de bens, serviços e obras dos Estados Unidos, tendo sido estabelecido para a codificação e publicação de políticas e procedimentos de compras uniformes por todas as agências executivas do país. Contudo, nos termos do art.1.101 do referido sistema, cada órgão ou departamento pode definir normas internas, desde que sejam preservados os princípios gerais previstos na lei e que não afetem os procedimentos dos demais órgãos da administração.

Um segundo aspecto em que ambas as legislações concernentes as compras públicas se assemelham é quando discernem a respeito da preferência pela produção nacional. No direito pátrio, tal preferência encontra fundamento no art. 3º, §2º incisos II e III da Lei nº 8.666/1993, ao estabelecer que, em caso de empate, decidir-se-ão as licitações favorecendo as empresas que

⁴⁹ Regulamento Federal de Aquisições. Disponível em: < <https://www.acquisition.gov/>> Acesso em: 02 nov 2015.

produzam seus bens e serviços no país ou que sejam prestados por empresas brasileiras. Não é diferente nos EUA, que utiliza dois programas para conferir preferência à produção nacional nas aquisições governamentais, são eles: o Buy American Act, e o Balance of Payments Program⁵⁰.

Este estabelece restrições à compra pelo governo de bens não produzidos nos Estados Unidos. Sendo tais restrições descartadas em três situações: se for do interesse público, se não há disponibilidade interna do produto e se o preço do produto nacional não é razoável. Enquanto aquele institui que embaixadas, consulados e outros órgãos estadunidenses localizados fora dos EUA também devem conferir preferência aos produtos estadunidenses nas compras governamentais.

Convém ainda, destacar a ampla preferência concedida pela legislação estadunidense às micro e pequenas empresas na hora de contratar com o poder público, tratamento muitíssimo semelhante ao conferido, às mesmas empresas, pela legislação brasileira. A preferência concedida a estas empresas está contida em diversos dispositivos legais, tais como o Small Business Act, o Armed Services Procurement Act e o Federal Property and Administrative Services Act⁵¹. Enquanto que no Brasil, tal tratamento diferenciado encontra fundamento no art. 170, inc IX e art. 179 da Constituição Federal e na Lei nº 123/2006.

2.4.2. LICITAÇÕES NO CONTEXTO DA UNIÃO EUROPEIA

A União Europeia é formada por Alemanha, Áustria, Bélgica, Bulgária, Chipre, Croácia, Dinamarca, Eslováquia, Eslovênia, Espanha, Estónia, França, Finlândia, Grécia, Hungria, Irlanda, Itália, Letônia, Lituânia, Luxemburgo, Malta, Países Baixos, Polónia, Portugal, Reino Unido, República Checa, Romênia e Suécia, tem como base o Tratado de Roma, firmado em março de 1957. Nesse tratado, não ficou estabelecido quais seriam as regras específicas a disciplinar as compras governamentais. Contudo, ali foram definidos princípios gerais, sendo os principais: livre circulação de bens e serviços aplicáveis às contratações governamentais de qualquer valor, livre circulação de bens e serviços, não discriminação em razão da nacionalidade, proibição de restrições quantitativas de importações e exportações ou de medidas com efeitos equivalentes.

⁵⁰ **COMPRAS PÚBLICAS NO BRASIL E EUA: Análise da Concorrência segundo o paradigma Estrutura-Conduto-Desempenho.** Disponível em: <http://www3.tesouro.fazenda.gov.br/Premio_TN/XPremio/financas/3tefpXPTN/3pemieo_tefp.pdf> Acesso em 02 nov 2015.

⁵¹ *idem.*

O estabelecimento desses princípios, não regulamentaram de fato como os países integrantes deste grupo econômico deveriam agir para uniformizar seus processos licitatórios de modo a garantir a abertura dos mercados e o aumento da competição nos procedimentos adotados nas compras dos governos dos países da Comunidade. Nesse contexto, foi necessária a adoção de legislação específica, na forma de Diretivas, estabelecendo a obrigatoriedade e a forma de aplicação daqueles princípios gerais aos mercados de compras governamentais.⁵²

Uma das diretivas que mais se assemelha ao que dispõe o ordenamento brasileiro é a Diretiva 77/62/EEC, adotada pelo Conselho das Comunidades Europeias, que ao estabelecer o princípio do livre movimento dos bens, determina: i) ampla publicidade das licitações, de forma a aumentar a competição entre os ofertantes de bens; ii) proibição de especificações técnicas que possam representar discriminações contra potenciais fornecedores externos; iii) aplicação de critérios objetivos para a seleção de ofertantes e a adjudicação de contratos.⁵³

Na esteira do que estabeleceu a Diretiva 77/62/EEC, percebe-se a consonância do que ali foi exposto com o que determina o art. 3º, *caput* da Lei nº 8.666/1993 que prevê o julgamento objetivo para a seleção do vencedor do certame licitatório. Outra semelhança está contida no §3º do mesmo dispositivo legal que determina: “A licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis ao público os atos de seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura”.

Há que se destacar, por fim, que conforme estabelecido na Diretiva 92/50⁵⁴, na União Europeia, serão utilizadas 3 modalidades de procedimentos para a seleção de propostas nas licitações: i) Procedimentos abertos de contratação, qualquer fornecedor, empreiteiro ou prestador de serviços interessado pode apresentar propostas; ii) Procedimentos limitados, só os fornecedores ou empreiteiros ou prestadores de serviços convidados pelas entidades adjudicantes podem participar, oferecendo propostas; e, iii) Procedimentos negociados, em que as entidades

⁵² “Conforme o artigo 189 do Tratado da Comunidade Européia, “uma Diretiva deve ser cumprida quanto aos resultados a serem alcançados pelos Estados-membro para os quais é dirigida, deixando a cada país a escolha das formas de aplicação e dos métodos a adotar”.As Diretivas, portanto, não harmonizam todas as normas nacionais, sendo seu propósito estabelecer a coordenação dos procedimentos para a adjudicação de contratos, por meio de um conjunto de regras comuns, a serem adotadas a partir de determinado patamar de valor. Para criar as condições efetivas de aplicação das normas comuns, os países devem transpor as provisões determinadas nas diretivas ao seu ordenamento jurídico.” **Compras Governamentais: Políticas e Procedimentos na Organização Mundial de Comércio, União Européia, Nafta, Estados Unidos e Brasil.** Disponível em: < <http://www.cepal.org/publicaciones/xml/8/11038/r130hcamargosjosemauro.pdf> > Acesso em 02/11/15.

⁵³ **Guide to the community rules on public supply contracts.** Disponível em : < http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/guidelines/supply_en.pdf > Acesso em 02/112015.

⁵⁴ Idem.

adjudicantes consultam fornecedores ou empreiteiros ou prestadores de serviços a sua escolha, negociando as condições do contrato com um ou mais entre eles. Modelos mais genéricos e simplificados que os estabelecidos na legislação brasileira.

2.4.3. LICITAÇÃO NO CONTEXTO DO MERCOSUL

O MERCOSUL, ou Mercado Comum do Sul, consiste segundo o Professor Fabrício Mota⁵⁵, em um processo de integração entre estados soberanos, ainda em estágio intermediário como união aduaneira, visando ampliar a dimensão de seus mercados nacionais pela constituição de um mercado comum. Os países que o constituem são: Brasil, Argentina, Uruguai, Paraguai e Venezuela.

A consolidação do bloco vem ocorrendo de forma gradual indicando que há muito ainda a fazer, inclusive na atual fase de integração. Na tentativa de criar um regime unificado de licitação, foi editado pelo Conselho de Mercado Comum (CMC) o Decreto nº40, de 2003, tendo em vista o Tratado de Assunção, o Protocolo de Ouro Preto e a Resolução Nº 79/97 do Grupo Mercado Comum aprovando o Protocolo de Contratações Públicas do MERCOSUL.

Desta forma, o Protocolo expressa em seu art. 1º⁵⁶ o objetivo de proporcionar aos fornecedores e prestadores estabelecidos nos Estados Partes, e aos bens, serviços e obras públicas originários desses Estados Partes, um tratamento não discriminatório nos processos de contratações efetuadas pelas entidades públicas. Devendo esses processos serem realizados de forma transparente, observando os princípios básicos de legalidade, objetividade, imparcialidade, igualdade, devido processo, publicidade, vinculação ao instrumento convocatório, concorrência e os que concordem com eles.

Quanto ao âmbito de aplicação, o Protocolo se destina às contratações públicas que as entidades de todos os níveis de governo, federais e sub-federais, celebrem para a aquisição de bens e serviços, qualquer que seja sua combinação, incluídas as obras públicas, mediante qualquer método contratual, sem prejuízo das reservas dos Estados Partes. Sendo vedado, nos

⁵⁵MOTTA. Fabrício M. **A harmonização das normas sobre licitação nos estados partes do MERCOSUL.** Disponível em: < <http://www.direitodoestado.com.br/artigo/fabricio-motta/a-harmonizacao-das-normas-sobre-licitacao-nos-estados-partes-do-mercosul>> Acesso em: 30 /09/15.

⁵⁶**Protocolo de contratações públicas do MERCOSUL.** Disponível em: < http://www.mercosur.int/msweb/Normas/normas_web/Decisiones/PT/Dec_040_003_Protoc.Contrat.Publicas%20Merc_At%2002_03.PDF> Acesso em: 03/11/15.

termos do art. 5º do protocolo discriminar um fornecedor ou prestador estabelecido em qualquer dos Estados Partes por motivo de uma afiliação ou propriedade estrangeira ou ainda, discriminar um fornecedor ou prestador estabelecido no seu território em razão de que os bens, serviços ou obras públicas oferecidas por esse fornecedor ou prestador para uma contratação em particular sejam de outro Estado Parte.

CAPÍTULO III

BENEFÍCIOS LICITATÓRIOS CONCEDIDOS ÀS ME E EPP

3.1 REGRAS ESPECÍFICAS QUE FAVORECEM AS ME E EPP NAS CONTRATAÇÕES COM O PODER PÚBLICO

A Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, que estabeleceu o Estatuto Nacional da Microempresa (ME) e Empresa de Pequeno Porte (EPP), ingressa no ordenamento jurídico brasileiro com o propósito expresso de determinar o tratamento diferenciado e favorecido a ser destinado a estas empresas. Entre outras matérias abordadas nesta lei, ganha relevância para o presente trabalho, as normas que dizem respeito ao acesso ao 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.

Com o advento desta lei, surge um conjunto de medidas jurídico e econômicas orientadas a conceber condição jurídica privilegiada para as MPE. Havendo também, a implementação de novas regras de licitações públicas no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, dos Municípios, no que concerne à preferência nas aquisições de bens e serviços pela Administração Pública.

Assim, percebe-se que a instituição da Lei Complementar nº 123/2006 reconheceu que por tratar-se de um grupo empresarial de maior relevância no setor econômico, as empresas em comento fizeram jus ao regime jurídico específico, ampliando assim seu acesso ao mercado e eliminando as barreiras burocráticas que dificultam sua sobrevivência e desenvolvimento.

No que tange a prerrogativa fixada no inciso III do art. 1º do Estatuto, são destinatários dessa lei, os particulares que contratem com a Administração e que se encontrem na categoria de microempresa ou de empresa de pequeno porte. A definição dessas empresas está contida no art. 3º da LC nº123/2006, a saber:

(...) 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 nº 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 da microempresa, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais); e II - no caso da empresa de pequeno porte, aufera, 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).

E mais, nos termos do §1º do referido artigo:

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.

Vencida essa questão, é possível concluir que não é uma faculdade da Administração providenciar para que sejam asseguradas as prerrogativas legais conferidas às ME e EPP. Constitui, isso sim, um dever jurídico estabelecido por lei à Administração Pública. Logo, uma vez que tenha sido demonstrada a qualificação jurídica exigida para obter os benefícios e as preferências estabelecidas em lei, deverá o ente público contratante pautar sua conduta para conferir a essas empresas, o tratamento privilegiado legalmente previsto.

Pois bem, no tocante as licitações públicas, um dos benefícios concedidos às ME e EPP é a possibilidade de comprovação de regularidade fiscal “a posteriori”, no que tange à demonstração documental por parte da empresa. O art. 43 da Lei exige que as microempresas e empresas de pequeno porte, por ocasião da participação em certames licitatórios, apresentem toda a documentação exigida para efeito de comprovação de regularidade fiscal, mesmo que esta apresente alguma restrição.

Contudo, caso a apresentação desses documentos não seja feita dentro do prazo, ou havendo alguma restrição na comprovação da regularidade fiscal, será assegurando um novo prazo para que o proponente possa, perante a Administração Pública, regularizar sua documentação e pagar ou parcelar seu débito, emitindo, por fim, as certidões negativas exigidas. Note-se que todo esse processo de comprovação de regularidade fiscal, não é postergado em relação às empresas licitantes que não disfrutem do direito da LC nº123/2006, visto que estas devem fazer suas comprovações logo na fase da habilitação do certame licitatório.

Consoante defendido por José dos Santos Carvalho Filho⁵⁷:

A regra geral é a de que essa prova seja produzida antecipadamente pelos participantes da licitação, sendo acomodados os documentos em envelope próprio, juntamente com os documentos relativos aos demais requisitos de habilitação. A LC nº123/2006, porém, consignou que a regularidade fiscal, a ser comprovada pelas referidas empresas, somente deverá ser exigida para efeito de assinatura de contrato. Desse modo, nada terão que comprovar durante a licitação, podendo mesmo ocorrer que nesse período a situação fiscal não esteja regularizada. Em consequência, esse requisito não será apreciado antes do julgamento do certame.

A estas considerações, acrescente-se a posição do Tribunal de Justiça do Paraná:

⁵⁷ CARVALHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28. ed. Atlas: São Paulo, 2014. p. 327.

DECISÃO:ACORDAM os Desembargadores da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná, por unanimidade de votos em manter a sentença em sede de reexame necessário, nos termos do voto e sua fundamentação. EMENTA: REEXAME NECESSÁRIO - MANDADO DE SEGURANÇA - CONCESSÃO - **PREGÃO PRESENCIAL Nº 22/2012 - MICROEMPRESA - EXIGÊNCIA DE REGULARIDADE FISCAL COMO CONDIÇÃO DE HABILITAÇÃO - REGIME JURÍDICO ESPECÍFICO PARA MICROEMPRESAS - LEI COMPLEMENTAR Nº 123/2006 - ART. 42 - COMPROVAÇÃO DE REGULARIDADE FISCAL SOMENTE PARA EFEITO DE ASSINATURA DO CONTRATO - ATO ABUSIVO E ILEGAL - CONFIGURAÇÃO - ORDEM CONCEDIDA - SENTENÇA MANTIDA EM SEDE DE REEXAME NECESSÁRIO.** (TJPR - 4ª C.Cível - RN - 988998-9 - Bocaiúva do Sul - Rel.: Regina Afonso Portes - Unânime - - J. 31.03.2015) (grifos nossos).

Não é outro o entendimento do Tribunal de Justiça de São Paulo:

REEXAME NECESSÁRIO MANDADO DE SEGURANÇA CONCORRÊNCIA PÚBLICA INABILITAÇÃO - Pretensão da impetrante para que seja invalidado o ato administrativo que a inabilitou do certame, bem como anulada a Concorrência Pública nº 009/2010 Concessão parcial da segurança, tão somente para o fim de reconhecer a **ilegalidade do ato administrativo de inabilitação - Possibilidade Considerando que a postulante está enquadrada na condição de microempresa, não lhe pode ser exigida a apresentação da certidão negativa de tributos imobiliários na fase de habilitação - Consoante inteligência do artigo 42, da Lei Complementar Federal 123/2006 e da cláusula 6.2.5.1 do edital, a comprovação da regularidade fiscal das microempresas nas licitações somente será exigida no momento da assinatura do contrato** Sentença mantida - Reexame necessário não provido. (TJ-SP - REEX: 00069089420118260032 SP 0006908-94.2011.8.26.0032, Relator: Paulo Barcellos Gatti, Data de Julgamento: 27/10/2014, 4ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 03/11/2014) (grifos nossos).

Atente-se que o benefício exposto anteriormente diz respeito exclusivamente ao saneamento da regularidade fiscal e não a complementação da documentação mais básica, sob pena de desordem no procedimento licitatório, caso os beneficiários da Lei Complementar nº 123/2006 tivessem o direito de apresentar parte dos documentos no momento que lhes fosse mais conveniente.⁵⁸

Outra benesse conferida às ME e EPP pelo legislador infraconstitucional é o direito de preferência nas situações em que ocorra empate em licitação pública. Dispõe a Lei de Licitações e Contratos que em caso de empate, a única forma de desempatar as propostas, nos termos do art. 45, §2º da referida lei, é por meio de sorteio. Contudo, tendo em vista o tratamento diferenciado previsto no Estatuto das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, fica determinado, em

⁵⁸ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. O estatuto nacional da microempresa e da empresa de pequeno porte, a lei de Licitações e contratos e a lei do pregão. **Fórum de Contratação e Gestão Pública- FCGP**, Belo Horizonte, ano 6, nº65, maio.2007, p. 15.

atenção ao que aduz o art. 44 do referido estatuto, que nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte.

Sendo assim, naquelas situações em que a proposta apresentada por ME ou EPP sejam iguais ou até 10% superiores à proposta mais bem classificada, será considerado empate. Bem como, nos casos em que a licitação for realizada na modalidade pregão, considerar-se-á empate quando o lance destas empresas for até 5% superior à proposta com o menor preço.

Note-se, porém, que as margens de preferência mencionadas valem para o empate entre as empresas que se enquadram nas defendidas pela LC nº123/2006 e outra sem a mesma qualificação jurídica. De modo que, se o empate ocorrer entre duas empresas classificadas como ME ou EPP, tal critério de desempate não poderá ser adotado, recorrendo-se então, ao critério geral adotado na Lei nº 8.666/1993.

É também, privilégio das empresas em comento, a participação em licitações nas quais apenas as empresas protegidas e privilegiadas pela LC nº123/2006 podem concorrer. Dessa forma em seu art. 48, a lei criou a licitação exclusiva às microempresas e empresas de pequeno porte, desde que o valor total das compras administrativas que não ultrapasse oitenta mil reais. Sendo assim, verifica-se a obrigação conferida à Administração de suportar eventuais contratações menos vantajosas até o aludido valor, para o objeto licitado de modo a fomentar a atividade das ME e EPP. Com isto, fica claro que o que discerne esse tipo de licitação das outras é que as empresas não agraciadas pelo Estatuto não poderão, sequer apresentar suas propostas.⁵⁹

No que se refere à licitação exclusiva para as microempresas e empresas de pequeno porte, cabe destacar que essa possibilidade é conferida pelo art.47 do Estatuto, que ao tratar da lei complementar faculta a adoção de alguns procedimentos específicos no que diz respeito às licitações.⁶⁰ Neste sentido, para dar cumprimento ao 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, dispõe o art. 48 da LC nº 123/2006, que a Administração Pública:

⁵⁹ MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 8.ed. Impetus: Rio De Janeiro. 2014. p.407.

⁶⁰ SANTOS, José Anacleto Abduch. As licitações e o estatuto da microempresa. **Revista Brasileira de Direito Público**. Salvador. n.14, jun.jul.ago 2008 p.26.

I - deverá realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nos itens de contratação cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais);

II - poderá, em relação aos processos licitatórios destinados à aquisição de obras e serviços, exigir dos licitantes a subcontratação de microempresa ou empresa de pequeno porte;

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

Note-se, contudo, que as três prerrogativas legais, acima elencadas, conferidas às ME e EPP, devendo ser adotada pelos entes da federação, recebem no art. 49 do mesmo Estatuto, limites para a fixação destas formas de tratamento diferenciado e simplificado. Resta claro, pois, que a regra das licitações exclusivas para microempresas e empresas de pequeno porte (artigos 47 e 48 do Estatuto) não terá aplicação absoluta.

O legislador, ao restringir o tratamento diferenciado e preferencial, é sensível a um dos objetivos precípuos da licitação, que é a obtenção da proposta mais vantajosa para o Poder Público. Dessa forma, quando restar incompatível com a situação jurídica mais vantajosa para a Administração, não deverá ser aplicado o tratamento simplificado e diferenciado. Nesta temática, a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

MANDADO DE SEGURANÇA - REEXAME NECESSÁRIO E RECURSO VOLUNTÁRIO - LEI COMPLEMENTAR Nº 123/2006 - LICITAÇÃO - BENEFÍCIO ESTABELECIDO NOS ARTS. 44 E 45, EM CASO DE EMPATE FICTO - DIFERENÇA DO PERCENTUAL DE 10% ENTRE AS PROPOSTAS - APRESENTAÇÃO DE NOVA PROPOSTA PELA MICROEMPRESA OU EMPRESA DE PEQUENO PORTE COM PREÇO INFERIOR - PREFERÊNCIA COMO CRITÉRIO DE DESEMPATE - APLICAÇÃO COGENTE DA LEI - INAPLICABILIDADE, NO CASO CONCRETO, DOS ARTS. 47 E SEGUINTE DA LEI COMPLEMENTAR - LICITAÇÕES DIFERENCIADAS - LIMITE DE R\$ 80.000,00 - NECESSIDADE DE PREVISÃO NO EDITAL. 1. No caso de empate ficto, para aplicação dos arts. 44 e 45 da LC nº 123/2006, desnecessária a regulamentação do benefício pelo ente federativo no edital de licitação, pois, além de provir de Lei, o Tribunal de Contas da União já assentou, no acórdão 2.144/2007 - Plenário, que tal prerrogativa dispensa a menção expressa nas regras do certame. 2. Por força do Princípio da Legalidade, a não inclusão de referência às Leis no edital não determina que não sejam aplicáveis quando caracterizadas as suas hipóteses de incidência. 3. **O art. 47 da LC nº 123/2006 estabelece apenas que nas contratações da União, dos Estados e dos Municípios, poderá ser concedido tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte, objetivando a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica, desde que previsto e regulamentado na legislação do respectivo ente. 4. **O art. 48, por sua vez, estabelece, dentre outros, que, para o cumprimento do disposto no art. 47 da Lei Complementar nº 123/2006, a Administração Pública poderá realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nas contratações cujo valor seja de até R\$ 80.000,00, hipótese diversa da temática dos autos.** 5. **O art. 49 apenas fixa os critérios de aplicação dos****

anteriores preceptivos, dispondo que é necessário apenas prever expressamente nos editais a incidência das regras previstas nos artigos 47 e 48 da referida lei; ou seja, a realização de licitação destinada exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte, ou em que seja exigida dos licitantes a subcontratação de microempresa ou de empresa de pequeno porte, ou ainda, nas licitações em que se estabeleça cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte. 6. Do exame dos arts. 47 a 49, conclui-se que nenhum deles estabelece restrições à aplicação dos arts. 44 e 45 da LC n° 123/2006 às microempresas e empresas de pequeno porte. 6. Em reexame necessário, confirmar a sentença, prejudicado o apelo voluntário. (TJ-MG - AC: 10027120132066002 MG , Relator: Raimundo Messias Júnior, Data de Julgamento: 15/10/2013, Câmaras Cíveis / 2ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 25/10/2013) (grifos nossos).

Ainda no que diz respeito ao art. 49 da LC n°123/2006, são três as hipóteses em que o agente público deverá estabelecer limites para a aplicação do tratamento já mencionado: quando não houver um mínimo de três fornecedores competitivos enquadrados como ME e EPP sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório; o tratamento diferenciado e simplificado para as ME e EPP não for vantajoso para a administração pública ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado; a licitação for dispensável ou inexigível, nos termos dos artigos 24 e 25 da Lei n° 8.666, de 21 de junho de 1993, excetuando-se as dispensas tratadas pelos incisos I e II do art. 24 da mesma Lei, nas quais a compra deverá ser feita preferencialmente de microempresas e empresas de pequeno porte, aplicando-se o disposto no inciso I do art. 48.

Essas restrições justificam-se na medida em que, caso aplicadas de maneira absoluta, as normas dos artigos 47 e 48, implicariam na diminuição da competitividade, prejudicando o erário, uma vez que não seriam escolhidas as propostas mais vantajosas e excluindo do certame, empresas que também poderiam ser beneficiadas.

3.2 APONTAMENTOS SOBRE AS MODIFICAÇÕES OPERADAS NA LEI COMPLEMENTAR N°123/2006 PELA LEI COMPLEMENTAR N° 147/2014 NO TOCANTE AS LICITAÇÕES

Desde a sua edição em 2006, a Lei Complementar n° 123, conferiu importantes benesses nas contratações com o poder público às micro e pequenas empresas. Amplamente conhecida como Lei do Simples ou Estatuto da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte, essa lei

proporcionou expressivo progresso e desenvolvimento para estas empresas. Com destaque para o Capítulo V, do Acesso aos Mercados, Seção I, Das Aquisições Públicas, nos artigos 43 a 49.

A Lei Complementar nº147, sancionada pela Presidente Dilma Rousseff no dia 7 de agosto de 2014, altera de forma considerável as vantagens que já haviam sido estabelecidas pela Lei Complementar nº 123/2006, conferindo mais garantias de efetividade, as normas que já estabeleciam vantagens e preferências para as micro e pequenas empresas.

No que tange à demonstração documental por parte da empresa, a LC nº147/2014 majorou o prazo para a regularização da documentação fiscal irregular das ME e EPP de dois dias úteis para cinco. Dessa forma, sendo constatada alguma irregularidade na documentação fiscal da empresa, conforme aduz o §1º do art. 43 da LC nº123/2006, esta não será, de imediato, eliminada no certame. Ela passará, com essa alteração, a dispor de um prazo maior, prorrogável a critério da Administração, para que possa regularizar sua documentação, pagamento ou parcelamento de eventuais débitos fiscais e emissão de certidões negativas ou positivas com efeito de certidão negativa.

Entretanto, a microempresa ou empresa de pequeno porte só gozará desse prazo estendido, caso venha a sagrar-se vencedora na etapa de lances. Em suma, amplia-se a probabilidade destas empresas serem vencedoras do certame, devendo ser observado, contudo, que dessa majoração de prazo pode ser acarretado um atraso maior na conclusão do procedimento licitatório.

Concernente ao art. 47 do Estatuto e a sua previsão de tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte como forma de promoção do desenvolvimento econômico e social houve uma significativa alteração. Com a mudança, o artigo que antes revestia-se de faculdade da Administração, agora ganhou feição de obrigação legal. Conforme a redação atual a Administração Pública deverá conceder tratamento diferenciado àquelas empresas nas licitações para a aquisição de bens e serviços.

Dispunha a antiga redação do art. 47 da Lei Complementar nº123/2006 que nas contratações públicas realizadas entre particulares e o Poder Público, qualquer um dos entes federativos poderia conceder tratamento diferenciado e simplificado para as MP e EPP, desde que previsto e regulamentado na legislação do respectivo ente. Note-se que essa norma não era autoaplicável e dependia de regulamentação em cada uma de suas respectivas esferas, ou seja, na União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Com a modificação ocasionada pela edição da Lei Complementar nº147/2014, assim passou a dispor o art. 47:

Art. 47. Nas contratações públicas da administração direta e indireta, autárquica e fundacional, federal, estadual e municipal, deverá ser concedido tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte objetivando a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica.

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.

Foi excluído do dispositivo a disposição “desde que previsto e regulamentado na legislação do respectivo ente” e a ele acrescentado um parágrafo único, o que fez com que o tratamento favorecido nas licitações deixasse de ser facultativo e passasse a ser obrigatório e autoaplicável em todas as esferas. Com isto, os estados e municípios não mais podem alegar impossibilidade de implantar políticas que favoreçam as ME e EPP, por omissão de legislação local.

Além das alterações já explicitadas, houve mudança também nas licitações exclusivas para ME e EPP. Antes das novas regras introduzidas pela LC nº147/2014, havia para a Administração Pública, apenas a possibilidade de realizar licitações exclusivas para as micro e pequenas empresas. Conforme a antiga redação do artigo 48, I, da LC 123/2006, c/c §1º, sempre que o valor da contratação não ultrapassasse R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) e desde que o valor a ser licitado não ultrapassasse 25% do total licitado em cada ano civil, dar-se-ia exclusividade para as empresas em comento.

Para conseguir licitar nos termos da antiga redação do Inciso I do artigo 48 da LC nº 123/2006, a Administração Pública deveria atentar para um limite quantitativo atual de 25%, sendo esse limite muito difícil de ser precisado, visto que para aferi-lo o administrador deveria saber quanto licitaria em todo o ano. Neste caso, utilizando o exemplo do Prof. Jair Santana⁶¹, seria necessário que o gestor público já houvesse contabilizado o quanto licitaria durante todo o ano de forma certa e austera, para saber se teria condições de, por exemplo, dentro dos 100%, destinar 5% para uma licitação com uma microempresa e saber se esses 5% estão dentro do limite de R\$ 80.000,00(oitenta mil reais).

⁶¹ SANTANA, Jair Eduardo. Microempresas e Empresas de Pequeno Porte nas Licitações. **BDA- Boletim de Direito Administrativo** – Agosto/2008. Disponível em: < http://www.jairsantana.com.br/portal/media/download_gallery/Bdadoagosto_Microempresas.pdf>. Acesso em: 11 de nov. 2015.

Com a nova redação as licitações até este valor passam, necessariamente a ser exclusivas para as microempresas e empresas de pequeno porte, de modo que o que era uma faculdade passou a ser obrigação para a Administração. Houve também a exclusão do inciso I, suprimindo de vez a exigência de que o valor licitado não excedesse a 25% do total licitado em cada ano civil. Com isso os itens cujo valor não ultrapasse o valor limite em comento serão sempre comprados a estas empresas, ocasionando uma considerável diminuição na quantidade de empresas participantes do certame licitatório, e trazendo para as ME e EPP mais oportunidade e demanda nas licitações exclusivas por itens.

Houve também uma sensível alteração no que diz respeito a possibilidade de subcontratação de microempresa e de empresa de pequeno porte. Dispunha a antiga redação do inciso II do artigo 48 da LC n° 123/2006 que leis específicas deveriam propor procedimento licitatório no qual seria exigido dos licitantes a subcontratação de micro e pequena empresa, desde que não fosse ultrapassado o percentual máximo de 30% do total a ser licitado. Com a modificação proveniente da LC n° 147/2014, o referido inciso passou a figurar com a seguinte redação:

II- poderá, em relação aos processos licitatórios destinados à aquisição de obras e serviços, exigir dos licitantes a subcontratação de microempresa ou empresa de pequeno porte;

A subcontratação passa a ser concebida como uma faculdade da empresa licitante vencedora do certame, dentro do que for estabelecido em cada caso concreto pela Administração, obedecendo as normas do instrumento convocatório. Dessa forma a possibilidade de exigir dos licitantes a subcontratação de ME ou EPP ainda existe, o que deixa de existir é a limitação para essa subcontratação. É importante destacar que a subcontratação precisa ser controlada visto que é vedada a subcontratação total do objeto no contrato administrativo.

Ainda com relação a modificações ao art. 48 da LC n° 123/2006, foi realizada também, alteração em seu inciso III, que dispõe sobre o regime de cota reservada para aquisição de bens de natureza divisíveis. Antes da alteração o referido inciso conferia a possibilidade de reservar a cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte, para as contratações que visassem a aquisição de bens e serviços de natureza divisível. A edição da LC n° 147/2014 conferiu a obrigatoriedade dessa reserva de cotas para a contratação de ME e EPP. Observa-se que a cota de até 25% a ser reservada para estas

empresas deverá ser calculada pelo quantitativo do objeto divisível e não pelo valor estimado da contratação.

Outra alteração que a LC n° 147/14 acrescentou ao já mencionado artigo 48 da LC n° 123/2006 foi a criação de um terceiro parágrafo criando a possibilidade de, justificadamente, ser estabelecida a prioridade de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente, até o limite de 10% (dez por cento) do melhor preço válido. Destaque-se que diferente das mudanças comentadas anteriormente o comando desse dispositivo é facultativo.

A superveniência da LC n° 147/2014 revogou ainda, o que dispunha o inciso I, do art. 49 que dispunha que o tratamento diferenciado dos artigos 47 e 48 não seriam levados em consideração quando não estivessem previstos de maneira expressa no instrumento de convocação do certame. Conforme estatuiu essa mudança, a possibilidade de uma ME ou EPP participar desse tipo de contratação, independe de previsão no edital.

Por meio de tantas alterações buscou-se de forma considerável massificar a participação das microempresas e empresas de pequeno porte nas contratações com o Poder Público. A antiga redação da LC n° 123/2006 conferia muitas faculdades ao Administrador Público quando da contratação destas empresas, de forma que os comandos ali expressos não eram efetivados a contento. A LC n° 147/2014 alterou os comandos genéricos, e impôs o tratamento diferenciado e as ME e EPP objetivando o aumento da participação destas empresas, e o consequente fomento da economia.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Carta Magna de 1988 não apenas dispõe sobre direitos fundamentais de cunho negativo como também sobre a proteção da liberdade e da propriedade. São também elencados os direitos fundamentais de natureza positiva, consistentes nas prestações estatais, como aqueles que têm como objetivo corrigir as discrepâncias entre as grandes empresas e as ME e EPP. É por isso que a Constituição contempla incentivos por meio de tratamento mais benéfico através de simplificações, para que as empresas em desvantagem possam competir no mercado em que atuam.

Nesse contexto, as microempresas e empresas de pequeno porte, por representarem mais de 97%⁶² das empresas brasileiras, por sua importância social e por empregarem grande parte dos trabalhadores que possuem carteira de trabalho assinada no país, quando licitam com o Poder Público, recebem tratamento diferenciado das demais empresas, no âmbito dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Esta foi a questão chave do presente trabalho. O que se viu, com base na importância social e econômica destas empresas, é que na intenção de normatizar o princípio do tratamento favorecido para estas empresas, previsto no inciso IX do art. 170 da Constituição Federal de 1988, o legislador infraconstitucional editou a Lei Complementar nº 123/2006, com o objetivo de regulamentar como tais empresas seriam favorecidas.

Foram avaliados os benefícios licitatórios previstos no Livro IV, em sua Seção I da referida lei complementar, que dispunha sobre as aquisições públicas. O que foi visto foram os benefícios concedidos àquelas empresas pela Administração Pública como forma de fomentar a economia, garantir a geração de empregos e renda além de estimular o mercado financeiro.

A licitação, como um fenômeno da Administração Pública, é instrumento utilizado pelo Estado para materializar os comandos constitucionais previstos no Capítulo da Ordem Econômica, sendo eficaz a partir do momento em que contribui para o alcance destes objetivos. Por ser um processo administrativo, notadamente dinâmico, a licitação é eficiente para equilibrar os interesses em jogo, quais sejam, os interesses dos particulares, econômicos e relevantes, bem como o interesse público em obter a melhor proposta.

⁶² Disponível em: < <http://www.compredopequeno.com.br/>>. Acesso em: 20/11/15.

Entretanto, ao promover licitações exclusivas para ME e EPP, hipóteses de subcontratação obrigatória, prioridade para a sua contratação, entre outros benefícios, são conferidas a estas empresas prerrogativas que implicam na limitação da competitividade. Mas, como visto, não é razoável questionar eventual violação ao princípio constitucional da igualdade, contemplado no art. 5º da Lei Maior. Afinal, o legislador reconhece, por meio deste tratamento constitucional diferenciado, a importância e hipossuficiência destas empresas, coadunando-se assim, com o princípio da igualdade.

De toda sorte, a concessão do tratamento simplificado e diferenciado a estas empresas importa na satisfação do interesse público no que tange o fortalecimento de um segmento da economia, o que gera mais captação de receitas e postos de emprego. Por essa magnitude, foi verificado que, também no direito alienígena, é possível encontrar ordenamentos jurídicos, que à semelhança do brasileiro, favoreçam as microempresas e empresas de pequeno em suas licitações. É o caso, como constatado, do direito estadunidense, que prevê em três dispositivos legais, quais sejam, o Small Business Act, o Armed Services Procurement Act e o Federal Property and Administrative Services Act, conferindo as pequenas empresas, tratamento licitatório diferenciado à exemplo do concedido no Brasil.

Em possuindo necessidades e objetivos, o legislador percebeu que os mandamentos contidos na LC nº 123/2006 careciam de ampliação, de modo a fomentar ainda mais a participação das ME e EPP nos procedimentos licitatórios e com isso previu, alterações no Estatuto destas empresas, por meio da Lei Complementar nº 147/2014. No presente trabalho, percebeu-se que o resultado mais positivo, proveniente dessa nova lei, foi o considerável incentivo à participação das microempresas e empresas de pequeno porte nas aquisições públicas acrescentando maior rigor e exigibilidade aos comandos genéricos constitucionais que impõem o tratamento diferenciado e favorecido a essas empresas.

Em sendo assim, conclui-se que o tratamento favorecido concedido às ME e EPP contempla a constatação da realidade nacional, que demonstra a fulcral importância dessas empresas, em virtude da incontestável magnitude desse nicho empresarial. A criação de normas específicas para disciplinar o acesso dessas empresas aos mercados, bem como a sua diferenciação e preferência nas licitações com o Poder Público, e a posterior ampliação dessas normas por meio da LC nº 147/2014, é fato que, como demonstrado, apenas favorece a situação político econômica do país.

REFERÊNCIAS:

OBRAS ACADÊMICAS PUBLICADAS:

BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. **Grandes temas de Direito Administrativo**. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. **Pareceres de Direito Administrativo**. 1. Ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

CARVALHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 28. ed. Atlas: São Paulo. 2014.

FABRETTI, Cláudio Camargo; FABRETTI, Denise; FABRETTI, Dilene Ramos. **Simplex nacional**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

GRAU, Eros. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários a lei de licitações e contratos administrativos Lei 8.666/1993**. 16. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. Pregão: **Comentários à legislação do pregão comum e eletrônico**. 6. ed. São Paulo: Dialética, 2013.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Gen/Método, 2014.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 8. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à constituição de 1967 com a Emenda 1 de 1969**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 13.

NICZ, Alvacir Alfredo. **A liberdade de iniciativa na constituição**. São Paulo: Revista dos

Tribunais, 1981.

PETTER, Lafayete. **Princípios constitucionais da ordem econômica**. 2. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2008.

RAMOS, André. **Direito constitucional Econômico**. 3. Ed. São Paulo: Método, 2011.

RAMOS, André. **Direito Constitucional Administrativo**. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2007.

RIANI, Flávio. **Economia do setor público: uma abordagem introdutória**. 5. Ed. Rio de Janeiro: Gen-LTC, 2009.

ULHOA, Fabio. **Manual de Direito Comercial**. 25. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

ARTIGOS CIENTÍFICOS:

AZEVEDO, Rodrigo. **O exercício do Direito de Preferência das ME's e EPP's nas licitações promovidas na modalidade técnica e preço. Respeito à Constituição Federal ou inovação indevida?** JusBrasil 30 de jan. 2015. Disponível em <<http://rodrigoazevedoadvocacia.jusbrasil.com.br/artigos/163665405/o-exercicio-do-direito-de-preferencia-das-me-s-e-epp-s-nas-licitacoes-promovidas-na-modalidade-tecnica-e-preco-respeito-a-constituicao-federal-ou-inovacao-indevida>> Acesso em: 22/02/2015.

ENDEAVOR. **As empresas que mais geram empregos no brasil**. Disponível em: <<https://endeavor.org.br/empresas-que-mais-geraram-empregos-brasil/>> Acesso em: 15/09/2015

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. O estatuto nacional da microempresa e da empresa de pequeno porte, a lei de Licitações e contratos e a lei do pregão. **Forum de Contratação e Gestão Pública- FCGP**, Belo Horizonte, ano 6, nº65, maio.2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **A democracia no limiar do século XXI**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade São Paulo, São Paulo, v. 96. 2001. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67530>> Acesso em: 13/09/2015

JUSTEN FILHO, Marçal; JORDÃO, Eduardo. A contratação administrativa destinada ao fomento de atividades privadas de interesse coletivo. **Revista Internacional de Contratos Públicos**. Nº1 fev. 2013. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br/artigo/marcal-justen-filho/A-CONTRATACAO-ADMINISTRATIVA-DESTINADA-AO-FOMENTO-DE->

ATIVIDADES-PRIVADAS-DE-INTERESSE-COLETIVO>. Acesso em: 19/02/2015.

MOTTA, Fabrício M. **A harmonização das normas sobre licitação nos estados partes do MERCOSUL**. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/artigo/fabricio-motta/a-harmonizacao-das-normas-sobre-licitacao-nos-estados-partes-do-mercosul>>. Acesso em: 30/09/15.

PRAZERES FILHO, Luiz Alberto. **Análise de Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte à luz da análise econômica do Direito**. Revista Direito UNIFACS – Debate, Salvador, n. 151, p. 119-150, jan. 2013. INNS 1808-4435 Disponível em <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/2448>>. Acesso em: 19/02/2015

SANTANA, Jair Eduardo. Microempresas e Empresas de Pequeno Porte nas Licitações. **BDA-Boletim de Direito Administrativo** – Agosto/2008. Disponível em: < http://www.jairsantana.com.br/portal/media/download_gallery/Bdadoagosto_Microempresas.pdf>. Acesso em: 11/11/2015.

SANTOS, José Anacleto Abduch. As licitações e o estatuto da microempresa. **Revista Brasileira de Direito Público**. Salvador. n.14, jun.jul.ago 2008. p. 26.

VENANCIO FILHO, Alberto. **A intervenção do estado no domínio econômico: o direito público econômico no Brasil**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1968 Disponível em: < <http://pt.scribd.com/doc/178089001/venancio-filho-alberto-a-intervencao-do-estado-no-dominio-economico#scribd>>. Acesso em: 10/09/2015.

LEGISLAÇÃO:

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 29/03/2015.

BRASIL. **Lei Complementar nº 123, de 6 de dezembro de 2006**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp123.htm>. Acesso em: 29/03/2015.

BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm>. Acesso em 24/04/2015.

BRASIL. **Lei Complementar nº 147, de 7 de agosto de 2014**. Disponível em

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp147.htm>. Acesso em: 29/04/2015.

BRASIL. Constituição (1934). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro: Senado. 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 12/09/2015.

TEXTOS DE INTERNET:

Compras compartilhadas sustentáveis. Disponível em: <<http://www.comprasgovernamentais.gov.br/paginas/artigos/compras-compartilhadas-sustentaveis>>. Acesso em 09/10/2015.

Compras Governamentais: Políticas e Procedimentos na Organização Mundial de Comércio, União Européia, Nafta, Estados Unidos e Brasil. Disponível em: <<http://www.cepal.org/publicaciones/xml/8/11038/r130hcamargosjosemauro.pdf>>. Acesso em 02/11/15.

COMPRAS PÚBLICAS NO BRASIL E EUA: Análise da Concorrência segundo o paradigma Estrutura-Condução-Desempenho. Disponível em: <http://www3.tesouro.fazenda.gov.br/Premio_TN/XPremio/financas/3tefpXPTN/3pemio_tefp.pdf>. Acesso em: 02/10/2015

Empresas que mais geram empregos no Brasil. Disponível em: <<https://endeavor.org.br/empresas-que-mais-geraram-empregos-brasil/>>. Acesso em: 15/09/ 2015.

Estatísticas. Disponível em: <<http://www.compredepequeno.com.br/>>. Acesso em: 15/09/14
Guide to the community rules on public supply contracts. Disponível em: <http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/guidelines/supply_en.pdf>. Acesso em 02/11/2015.

Licitações e contratos- Orientações e Jurisprudência do TCU. Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br>>. Acesso em: 02/11/2015.

Licitações no Brasil. Disponível em: <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=1196>>. Acesso em 07/10/2015.

Protocolo de contratações públicas do MERCOSUL. Disponível em: <http://www.mercosur.int/msweb/Normas/normas_web/Decisiones/PT/Dec_040_003_Protoc.Contrat.Publicas%20Merc_Ata%2002_03.PDF>. Acesso em: 03/11/15.

Regulamento Federal de Aquisições. Disponível em: <<https://www.acquisition.gov/>>. Acesso em: 02/11/2015.