



FACULDADE EVANGÉLICA DE GOIANÉSIA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

**O IMPACTO DA LEI COMPLEMENTAR Nº 123/2006 QUANTO AOS
BENEFÍCIOS PARA AS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS NA
LICITAÇÃO PÚBLICA: À LUZ DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL
DA ISONOMIA**

VITOR HUGO LUCIANO VERÍSSIMO

Goianésia/GO

2021

VITOR HUGO LUCIANO VERÍSSIMO

**O IMPACTO DA LEI COMPLEMENTAR Nº 123/2006 QUANTO AOS
BENEFÍCIOS PARA AS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS NA
LICITAÇÃO PÚBLICA: À LUZ DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL
DA ISONOMIA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade Evangélica de Goianésia (FACEG), em nível de bacharel, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.^a Ma. Luciângela Ferreira do Brasil

Goianésia/GO

2021

FOLHA DE APROVAÇÃO

**O IMPACTO DA LEI COMPLEMENTAR Nº 123/2006 QUANTO AOS
BENEFÍCIOS PARA AS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS NA
LICITAÇÃO PÚBLICA: À LUZ DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL
DA ISONOMIA**

Este Artigo Científico foi julgado adequado para a obtenção do título de Bacharel em Direito e aprovado em sua forma final pela banca examinadora da Faculdade Evangélica de Goianésia/GO- FACEG

Aprovado em 16 de dezembro de 2021.

Nota Final_____

Banca Examinadora

Prof.^a Ma. Luciângela Ferreira do Brasil
Orientadora

Prof. Me. Jean Carlos Moura Mota
Professor convidado 1

Prof. Esp. Nedson Ferreira Alves Júnior
Professor convidado 2

Dedico este trabalho primeiramente a Deus, pois sua misericórdia é sem fim em minha vida. A meus pais, pela abdicação em prol de minha educação. Dedico também a todos os servidores públicos que servem com a boa-fé e que desenvolvem uma Gestão Pública com lhanza.

AGRADECIMENTOS

A Deus, fonte inesgotável de amor e bondade em minha vida e que tem cuidado de mim.

A meus pais, por todo o desprendimento em meu favor e para que eu pudesse realizar meus objetivos.

A todos os meus professores, em especial a minha professora orientadora Luciângela Ferreira do Brasil, pela orientação de forma prudente e paciente.

À Faculdade Evangélica de Goianésia, por oportunizar a minha formação.

*“[...] a injustiça, por ínfima que seja a criatura
vitimada, revolta-me, transmuda-me, incendeia-
me, roubando-me a tranquilidade do coração e a
estima pela vida.”*

(Rui Barbosa)

O IMPACTO DA LEI COMPLEMENTAR Nº 123/2006 QUANTO AOS BENEFÍCIOS PARA AS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS NA LICITAÇÃO PÚBLICA: À LUZ DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA ISONOMIA

VITOR HUGO LUCIANO VERÍSSIMO¹
LUCIÂNGELA FERREIRA DO BRASIL²

¹*Discente do curso de Direito da Faculdade Evangélica de Goianésia- e-mail: v_vitorverissimo@hotmail.com*

²*Docente do curso de Direito da Faculdade Evangélica de Goianésia- e-mail: luciangelabrasil@gmail.com*

RESUMO: O presente exposto trata-se de uma pesquisa denominada “O impacto da Lei Complementar nº 123/2006 quanto aos benefícios para as micro e pequenas empresas na licitação pública: à luz do princípio constitucional da isonomia”. Para tanto, analisou-se a aplicabilidade do regime favorecido e diferenciado concedido às microempresas e empresas de pequeno porte dentro das licitações públicas, adotado pelo direito brasileiro através da Lei Complementar nº 123, de 2006, – famosa como Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte. Nesse viés, foi essencial uma abordagem das noções básicas a respeito de licitações, normas regulamentadoras, bem como as modalidades licitatórias que vigoram. Foram exibidas as relevantes alterações introduzidas na normatização para as microempresas e empresas de pequeno porte, cujo objetivo é o incentivo à participação nas aquisições públicas. Questionou-se, neste caso: ocorre uma possível “lesão” ao princípio constitucional da isonomia na aplicação do favorecimento legal concedido às micro e pequenas empresas através da Lei Complementar nº 123/2006? Quanto à metodologia empreendida no decorrer deste estudo, utilizou-se o método dedutivo com uma abordagem qualitativa mediante uma pesquisa bibliográfica que resultou, sobretudo, no exame da literatura especializada por meio de livros e artigos doutrinários; e a documental, pois se esteou na legislação e na jurisprudência. Em síntese dos resultados alcançados, constatou-se que a legislação brasileira trouxe importantes benesses para as micros e pequenas empresas, a saber, visando gerar a promoção e/ou incentivo ao desenvolvimento econômico e social. Destarte, a discriminação determinada constitucionalmente, dada pelas margens de preferência, sequer diverge do princípio da isonomia.

Palavras-chave: Licitações; Microempresa; Empresa de Pequeno Porte; Tratamento favorecido

ABSTRACT: The present exposed it is research called “The impact of Complementary Law #123/2006 regarding the benefits for micro and small companies in the public bidding: in light of the constitutional principle of equality”. For this purpose, the applicability of the favored and differentiated regime granted to micro and small businesses within public tenders was analyzed, adopted by Brazilian law through Complementary Law #123, of 2006, - famous as the National Statute of Microenterprise and Enterprise of Small Size. In this bias, it was essential to approach the basics of bidding, regulatory standards, as well as the bidding modalities that are in force. The relevant changes introduced in the regulation for micro and small businesses, whose objective is to encourage participation in public procurement, were exhibited. In this case, it was questioned: is there a possible “damage” to the constitutional principle of isonomy in the application of legal favoritism granted to micro and small companies through Complementary Law #123/2006? As for the methodology used during this study, the deductive method was used with a qualitative approach through bibliographical research that resulted, above all, in the examination of specialized literature through books, doctrinal articles, legislation and jurisprudence. In summary of the results achieved, it was found that the Brazilian legislation brought important benefits to micro and small companies, namely, aiming to generate the promotion and/or encouragement of economic and social development. Thus, constitutionally determined discrimination, given by the margins of preference, doesn't even diverge from the principle of isonomy.

Keywords: Bids; Microenterprise; Small business; Favored treatment.

INTRODUÇÃO

A Administração Pública não é autossuficiente, por isso, para concretizar vontades públicas, representada por seus gestores públicos, constantemente efetuam contratos com particulares, e para contratar algum serviço e/ou adquirir bens, obrigatoriamente precisa respeitar certas medidas previstas na lei, o que torna imprescindível o uso do procedimento denominado licitação pública, para alcançar tal objetivo, evidenciada no artigo 37, XXI da Carta Magna. Com fundamento no artigo supramencionado da Constituição Federal, foi editada a Lei Federal nº 8.666/1993, posteriormente a Lei Federal nº 14.133/2021, que estabelece um regramento para licitações e contratos no âmbito da Administração Pública.

No procedimento da licitação, a Administração Pública precisa respeitar princípios basilares, dentre eles o princípio da isonomia, que em regra o ente não deve dar preferência a nenhum outro participante da licitação em detrimento de outro, ou seja, deve-se primar pela igualdade entre as partes e garantir a igualdade entre os licitantes para a contratação com a Administração.

Entretanto, existem exceções ao princípio da isonomia, um exemplo é a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte, – que concede benefícios em favor das microempresas e das empresas de pequeno porte. Tal qual, trouxe vários benefícios, dentre eles no que tange a participação nas licitações públicas, o chamado “Tratamento Diferenciado e Favorecido”, com fulcro nos arts. 42 a 49 da referida Lei.

Apura-se, logo, a presença da conseqüente indagação: há a ocorrência de “conflito” entre os princípios fundamentais do procedimento de licitação, à luz do princípio da isonomia, em face do favorecimento legal concedido às micro e pequenas empresas, normatizado principalmente na Lei Complementar nº 123/2006?

No que se refere ao tema objeto deste projeto de pesquisa, a análise bibliográfica evidenciou-se sobretudo, no exame da literatura especializada por meio de livros e artigos doutrinários; e a documental, esteou-se na legislação e na jurisprudência, principalmente, com enfoque nas normas jurídicas nacionais mais recentes que regem sobre a matéria. Tendo ainda, por fundamento, a contribuição de grandes obras de renomados autores, tais como: Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Jair Eduardo Santana, Edgar Guimarães, José Anacleto Abduch Santos, Sidney Bittencourt e Marçal Justen Filho.

Quanto à metodologia empreendida no decorrer deste estudo, foi utilizado o método dedutivo. No que concerne ao ponto de vista da abordagem, classifica-se como pesquisa qualitativa. Isso posto, a referida metodologia a ser empregada na presente pesquisa, tem por finalidade desmistificar a problemática apresentada e o saneamento dos objetivos apontados. Destarte, o presente estudo surge para observar as complicações confrontadas pelas MEs e EPPs na participação das licitações públicas, em razão de que o principal objetivo da licitação é na obtenção da proposta mais vantajosa para o ente público visto que, pode estar acontecendo uma censura deste quinhão de licitantes.

O objetivo geral desta pesquisa tem como intuito analisar os impactos dos benefícios criados pela da Lei Complementar nº 123/2006 alterada pela lei 147/2014, na participação em licitações públicas pelas microempresas e empresas de pequeno porte. Já, no que pertine aos objetivos específicos: apresentar os fundamentos gerais sobre o procedimento da licitação pública, com fulcro nas Leis de Licitação nº 8.666/1993 e nº 14.133/2021; Conceituar as microempresas e empresas de pequeno porte, com fulcro na Lei Complementar nº 123/2006; Identificar as vantagens concedidas pela Lei Complementar nº 123/2006 às microempresas e empresas de pequeno porte que configura um tratamento diferenciado e favorecido, bem como a sua constitucionalidade; Explicar acerca do princípio da isonomia que norteia a licitação pública; e Mostrar o favorecimento da participação das microempresas e empresas de pequeno porte no procedimento de licitação e como isso reflete na sociedade.

O norte da presente pesquisa será configurado em três tópicos, dos quais inaugura-se o primeiro tópico analisando o tema sobre Direito Administrativo e o Direito Público, dentre os quais, trata-se as noções gerais sobre licitação e suas modalidades em vigor, sendo conceituada e definida segundo vários doutrinadores. Discorrendo ainda, sobre a previsão constitucional dada às MEs/EPPs dentro do procedimento licitatório, alude-se a definição legal das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte e, por consecutivo a análise geral da Lei Complementar nº 123/2006.

No segundo tópico, será inaugurada a análise específica da Lei Complementar nº 123/2006 e suas alterações, a saber, trazidas pela Lei Complementar nº 147/2014. Por conseguinte, aborda-se com foco a aplicabilidade minuciosa do tratamento favorecido e diferenciado dispensado às MEs/EPPs.

Por fim, o terceiro tópico traz de forma objetiva, o debate no que tange a legalidade jurídica acerca do tratamento favorecido e diferenciado dispensado aos ME/EPP frente ao princípio da isonomia, sob a perspectiva de vários doutrinadores e jurisprudências. Bem como, destaca a relevância e importância desses benefícios concedidos aos ME/EPP.

1 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E OS FUNDAMENTOS DAS LICITAÇÕES PÚBLICAS

Neste tópico, abriga-se as principais ideias de doutrinadores e autores sobre o presente tema e é estabelecida a base teórica que fundamenta este estudo, tratando a início sobre noções básicas da Administração Pública e os fundamentos das licitações públicas, discorrendo sobre seus conceitos, definições e modalidades.

O direito é comumente separado em dois grandes ramos, sendo o público e o privado. E destaca-se ainda, que o tema “licitação” se encontra incrustado no direito público, sendo uma de suas matérias.

Conforme ensinam os professores Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2016), o direito público tem como intuito fundamental o regulamento dos interesses da sociedade por inteiro, a obediência das ligações entre esta e o Estado, e dos vínculos dos entes e órgãos do estado entre si. Tendo como característica fundamental a preponderância do interesse público em detrimento do interesse privado. Dito isto, na federação brasileira, o direito administrativo não se encontra reunido em códigos, como acontece com outros ramos do direito, tais como Código Civil e Código Penal. Portanto, as normatizações administrativas estão difundidas na Carta Magna, nas variadas espécies de leis do Poder Executivo (ALEXANDRINO; PAULO, 2016).

A mais famosa normativa brasileira, no que tange às normas gerais de licitações e contratos administrativos, era a Lei nº 8.666/1993. No entanto, em 1º de abril de 2021, foi sancionada e publicada a Nova Lei de Licitações e Contratos (NLLC), a Lei nº 14.133, que passa a vigorar concomitantemente com a Lei nº 8.666/1993 e as outras demais leis de licitação (Lei 10.520/2002, que versa sobre a modalidade pregão e a Lei 12.462/2001, que trata sobre o RDC - Regime Diferenciado de Contratações), pelo prazo de dois anos para adaptação, findado esse prazo, somente a Lei nº 14.133 vigorará, e as outras serão revogadas. Conforme se observa, não existirá o prazo de vacância, o chamado “*vacatio legis*”, logo a NLLC terá a vigência e aplicação imediata. Portanto, o administrador poderá optar ou pelo novo regime de licitação ou pelo velho, dentro desse prazo de 2 (dois) anos.

1.1 Licitação

As normas gerais que regem sobre o tema de licitações e contratos públicos é a já conhecida Lei nº 8.666/1993 e a nova Lei nº 14.133/2021, que abrangem toda a Administração Pública, seja no âmbito federal, estadual ou municipal.

Conforme preleciona José Calasans Junior (2015), a normatização que trata sobre o tema de Licitações foi elaborada com a intenção de regulamentar o art. 37, inciso XXI da Carta Política de outubro de 1988, que disciplina sobre a obrigatoriedade do uso do procedimento licitatório na aquisição, na prestação de serviços ou na contratação de obra.

A administrativista Di Pietro (2017), discorre que

fala-se em procedimento, no Direito Administrativo, para designar uma série de atos preparatórios de ato final objetivado pela Administração. A licitação é um procedimento que exige uma sucessão de atos e fatos da Administração e atos e fatos do licitante (DI PIETRO, 2017, p.389).

Por sua vez, Ricardo Alexandre e João de Deus (2017) conceituam licitação da seguinte forma:

A licitação é um procedimento administrativo mediante o qual a Administração, antes de celebrar um contrato administrativo, abre a todos os interessados que com ela pretendam contratar e que atendam às condições previstas no instrumento convocatório a possibilidade de apresentar suas propostas, com o objetivo de que seja escolhida aquela que melhor atenda ao interesse público (ALEXANDRE; DEUS, 2017, p.275).

O procedimento licitatório visa uma disputa igualitária, entre os concorrentes, com a finalidade de se escolher a proposta mais vantajosa, visando o interesse administrativo, com o intuito de posteriormente se firmar o contrato administrativo, para conseqüentemente prestar um serviço, aquisição ou a realização de uma obra (ALEXANDRINO; PAULO, 2016).

1.2 Modalidades

Atualmente o gestor público faz o uso de 8 modalidades licitatórias (somando-se o antigo e novo regime de licitações). Pela NLLC, em seu art. 28 apresenta-se 5 (cinco)

modalidades: pregão, concorrência, concurso, leilão e diálogo competitivo, sendo que as modalidades: Tomada de preços, Convite e Regime Diferenciado de Contratações (RDC), não existirão mais, a partir de 1º de abril de 2023. Dessa forma, o pregão, modalidade antes prevista na Lei nº 10.520/2002 integrou-se a Nova Lei Geral. No entanto, também se criou uma nova modalidade denominada de "diálogo competitivo".

Segundo Niebuhr *et al.* (2021), no artigo 28 já retromencionado, evidencia que a NLLC proíbe a criação de outras modalidades ou a junção entre elas. Sendo que as modalidades são normativas gerais de licitação necessitando serem obedecidas pelas demais unidades federativas. Outro ponto que se deve destacar na NLLC é que a escolha da modalidade deve ser feita em razão de seu objeto, não existindo mais obediência formal ao art. 23 da Lei nº 8.666/1993 que previa como parâmetro de escolha da modalidade em razão do valor.

Quanto ao conceito das modalidades licitatórias e as causas de cabimento que as envolve, temos que, o pregão encontra respaldo na lei especial nº 10.520/2002 e conforme o artigo 1º e parágrafo único, é a modalidade usada para a aquisição de bens e serviços comuns, sendo aqueles quais padrões de desempenho e qualidade poderão ser especificados no instrumento convocatório, independentemente do valor considerado.

Existem duas modalidades no pregão, sendo elas: o pregão presencial e o pregão eletrônico. O pregão presencial é definido através do acompanhamento físico dos interessados (agentes públicos e licitantes) nas dependências do setor público. Por outro lado, o pregão eletrônico é feito por meio do uso de computadores, através da internet (GONTIJO, 2012). É válido ressaltar, que a modalidade pregão está disciplinada pela lei nº 14.133/2021 e, portanto, a Lei nº 10.520/2002 será revogada dois anos após a vigência da NLLC.

Conforme leciona Carvalho Filho (2017, p.201) “concorrência é a modalidade de licitação adequada a contratações de grande vulto” marcadas por duas características fundamentais, que são o formalismo e a publicidade. O formalismo, apresenta um maior rigor na sua via procedimental, sendo, portanto, um ato mais complexo, e ainda a publicidade de forma ampla, garantindo a participação de todos os interessados (CARVALHO FILHO, 2017).

Segundo Oliveira (2021) uma grande e importante mudança nesta modalidade, conforme a NLLC, foi a inversão de fases, ocorrendo a fase de julgamento anterior a de habilitação, o que assegura uma maior agilidade procedimental.

A respeito da modalidade Concurso, tanto o conceito na Lei nº 8.666/1993, em seu art. 22 § 4º, quanto o da Lei nº 14.133/2021, art. 6º XXXIX, são similares, pois se trata de

modalidade licitatória a fim de escolher o trabalho técnico, científico ou artístico, tendo como base de julgamento o de melhor técnica ou conteúdo artístico, com a finalidade de conceder ao vencedor prêmio ou remuneração.

Já o Leilão, conforme a redação do inciso XL do artigo 6º da Lei nº 14.133/2021, é a modalidade licitatória usada na "alienação de bens imóveis ou de bens móveis inservíveis ou legalmente apreendidos a quem oferecer o maior lance". Usa-se o leilão quando a Administração Pública tem a intenção de alienar um bem sem serventia ou ainda, que foi apreendido (NIEBUHR *et al*, 2021).

É possível perceber, aqui, sensível mudança em relação ao leilão regulado na Lei 8.666/1993 e, em última análise, à modalidade de licitação exigida para alienação de bens da Administração.

Isso porque os arts. 17, I e II, e 22, § 5.º, da Lei 8.666/1993 estabelecem, como regra geral, a utilização da concorrência para alienação de bens imóveis e do leilão dos bens móveis. Admite-se, excepcionalmente, a utilização do leilão para alienação de bens imóveis, cuja aquisição haja derivado de procedimentos judiciais ou de dação em pagamento (art. 19, III, da Lei 8.666/1993).

A partir da nova Lei de Licitações, o leilão poderá ser utilizado para alienação de bens imóveis e móveis, sem distinção (OLIVEIRA, 2021, p.147).

Nesse sentido, conforme a inteligência do artigo 31 da Lei nº 14.133/2021, o leilão pode ser realizado por leiloeiro oficial ou por agente público com competência.

O diálogo competitivo é uma modalidade inédita recém-criada pela NLLC e em seu artigo 6º, *ipsis litteris*, tem-se que:

XLII - diálogo competitivo: modalidade de licitação para contratação de obras, serviços e compras em que a Administração Pública realiza diálogos com licitantes previamente selecionados mediante critérios objetivos, com o intuito de desenvolver uma ou mais alternativas capazes de atender às suas necessidades, devendo os licitantes apresentar proposta final após o encerramento dos diálogos; (BRASIL, 2021, *online*).

O diálogo competitivo é utilizado em contratos complexos, com o intuito de promover o diálogo entre a Administração Pública e o ente privado selecionado previamente, a fim de constatar e determinar as medidas que melhor cumpra suas precisões, assegurando igualdade entre os presentes. Conclui Oliveira (2021, p.144) que, “após a conclusão do diálogo, os interessados deverão apresentar suas propostas finais, com todos os elementos requeridos e necessários à realização do projeto”.

A tomada de preços é definida pela Lei nº 8.666/1993, em seu artigo 22, § 2º “modalidade de licitação entre interessados devidamente cadastrados ou que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do

recebimento das propostas, observada a necessária qualificação.” (BRASIL, 1993, *online*). À vista disso, a Tomada de Preços está atualmente em vigor, entretanto, será extinta por não estar contemplada na NLLC. Portanto, será revogada após 2 (dois) anos da publicação da Lei nº 14.133/2021.

De acordo com o artigo 22, § 3º, o convite é a modalidade licitatória realizada entre interessados do ramo pertinente ao objeto da licitação, que estejam ou não cadastrados, escolhidos e convidados em número não menor que 3 (três) pela Administração Pública. Gontijo (2012) afirma que nesta modalidade compreende-se pouco formalismo, remetendo-se a contratações de menor vulto. Destaca-se então, que o instrumento convocatório neste ato não se chama edital, e sim carta-convite. O convite está atualmente em vigor, entretanto, será extinta por não estar contemplada na NLLC. Portanto, será revogada após 2 (dois) anos da publicação da Lei nº 14.133/2021.

Conforme ministra Carvalho Filho (2017), o Regime Diferenciado de Contratação regulamentado pela Lei 12.462, de 05 de agosto de 2011, foi direcionado a princípio exclusivamente para três grandes eventos esportivos a serem realizados no país, sendo eles: a Copa das Confederações, a Copa do Mundo e os Jogos Olímpicos e Paraolímpicos. Posteriormente foi ampliado a outras categorias. A modalidade RDC está atualmente em vigor, entretanto, será extinta por não estar contemplada na NLLC. Portanto, os arts. 1º a 47-A da Lei 12.462/2011 serão revogados após 2 (dois) anos da publicação da Lei nº 14.133/2021.

1.3 O tratamento diferenciado dado às MEs/EPPs dentro do procedimento licitatório

A previsão constitucional acerca do tratamento diferenciado e favorecido às ME/EPP está contida nos artigos 146, “d”, 170, IX, e 179 da Constituição Federal, desse modo registrados:

Art. 146. Cabe à lei complementar: [...]

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:[...]

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

[...]

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

[...]

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

[...]

Art. 179. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei (BRASIL, 1988, *online*).

Destarte, foi criada a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, justamente para atender o que determina os preceitos ordenados na Carta Magna, trazendo um arcabouço jurídico diferenciado e favorecido no que pertine as ME/EPP. Posteriormente a referida LC foi alterada significativamente pela Lei Complementar 147, de 7 de agosto de 2014.

Nessa mesma perspectiva, Almeida (2009) ao seu modo, acrescenta que

ao contrário do que possa parecer, não são as grandes empresas as que, entre nós, mantêm maior contingente de empregados. Ao revés, são as microempresas e empresas de pequeno porte as responsáveis pela contratação de número expressivo de obreiros, merecendo, por isso mesmo, especial atenção do Estado, como deixa claro o art. 179 da Constituição Federal (ALMEIDA, 2009, p.14).

Conforme apregoa Marçal Justen Filho (2007), as benesses concedidas às microempresas e empresas de pequeno porte são vistas na própria Constituição Federal, em seu artigo 179, no que se refere aos incentivos nas áreas administrativa, tributária, previdência e creditícia. Marçal complementa que o inciso XI do artigo 170 da Carta Magna, tem o intuito de assegurar proteção no que tange também a recomposição do equilíbrio às ME's e EPP's, justificando que “assim, as grandes empresas são dotadas de poder econômico muito mais elevado do que se passa no âmbito de pequenos empreendimentos” (FILHO, 2007, p.20).

Seguindo essa mesma linha, Santana e Guimarães (2014) afirmam que

a legitimidade dos benefícios estabelecidos pela LC nº 123/06 advém de determinação constitucional, expressamente prevista nos art.170, inciso IX, e art. 179 da Constituição Federal. Considera-se, portanto, que o favorecimento às MEs e EPPs constitui princípio constitucional da ordem econômica, devendo ser observado pela Administração Pública por ocasião de suas licitações que objetivam contratações com particulares (SANTANA e GUIMARÃES, 2014, p.30).

1.4 microempresa e empresa de pequeno porte

Ademais, Marçal Justen Filho (2007) explica que se caso, as grandes empresas também pudessem ser alcançadas pelo tratamento diferenciado, na prática o resultado seria a deturpação do processo. Por isso, apenas as empresas que preencherem os requisitos constantes do art. 3º da LC nº 123/2006 beneficiarão dos direitos ali consagrados.

Assim, conforme inteligência do artigo 3º da Lei Complementar nº 123/2006, em seu capítulo II, tem-se a seguinte definição sobre Microempresa e Empresas de Pequeno Porte, conhecidos como os destinatários das regras, logo:

Art. 3º Para os efeitos desta Lei Complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte, a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei 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 de 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\$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais) (BRASIL, 2006, *online*).

José Anacleto Abduch Santos (2015), assevera que a regra legal para o enquadramento na situação de ME ou de EPP é unicamente a do faturamento bruto no ano-calendário. Assim, são alvos, conforme disposição legal, as empresas que geram receita bruta até R\$ 4.800.000,00 no ano-calendário, e não estejam incluídas em nenhuma das disposições legais que indicam a extinção desse estado, tal como o do §4º do art. 3º da LC 123/2006. Conforme o autor “o tratamento diferenciado e favorecido, no que tange às aquisições públicas, não depende, portanto, de adesão ao regime tributário denominado legalmente de Simples Nacional” (SANTOS, 2015, p.38).

A respeito deste tema, o Tribunal de Contas da União, através do acórdão do Plenário nº 1100/2014 se posicionou seguindo o mesmo pensamento “[...] o que confere a condição de micro ou empresa de pequeno porte é a receita bruta obtida em cada ano-calendário, e não o regime de tributação.”

Dessa forma, a conceituação, bem como a distinção entre as ME e as EPP, levando-se em conta as outras pessoas disciplinadas pelo *caput* do artigo retromencionado

(pessoa jurídica, empresário ou sociedade), serão detectadas por meio da receita bruta auferida pela pessoa, dentro de cada ano-calendário.

No que tange a comprovação do enquadramento da licitante na categoria de ME/EPP, em regra, subordina-se aos ditames do instrumento convocatório, necessitando ser apreciada regramento específico, caso haja. Contudo, na esfera da Administração Pública Federal, é suficiente a declaração do licitante, conforme inteligência do art. 13, §2º, do Decreto nº 8538/2015. Destarte, a declaração tem efeito *juris tantum* de verdade em relação ao enquadramento, de forma que seria aceito prova em contrário, inclusive diligências nesse sentido (AMORIM, 2020).

1.5 lei complementar nº 123/06

O Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, instituído pela Lei Complementar nº 123 começou a vigorar em 15 de dezembro de 2006. Para tanto, Sidney Bittencourt (2010) esclarece que embora a LC nº 123/06 trate principalmente sobre o assunto de caráter tributário, por outro lado deliberou sobre outros ramos do Direito, tais como Direito Trabalhista, Direito Processual e o Direito Administrativo, cabendo neste último, providências sobre licitações públicas.

Esse Estatuto, com predominância de preceitos de natureza tributária, também consagrou, de forma surpreendente, regras licitatórias, tendo como marca, nesse particular, o estabelecimento de tratamento diferenciado e favorecido às microempresas e às pequenas empresas no que diz respeito à preferência nas contratações de bens e serviços pela Administração Pública (Bittencourt, 2010, p.13).

Argumenta Almeida (2009), que o referido Estatuto tem por finalidade garantir aspecto de proteção e estimular as atividades desenvolvidas pelas empresas de pequeno porte, por meio da simplificação tributária, do incentivo ao crédito e da diminuição da burocracia.

O tratamento favorecido às EPP's/ME's, no que tange às licitações, está previsto nos artigos 42 a 45 e 47 a 49 da mencionada LC. Pois, como Santana e Guimarães (2014) afirmam, o artigo 46 está mais ligado à execução contratual do que à licitação propriamente dita. Nas palavras dos pesquisadores sobre a Cédula de Crédito Microempresarial: “o assunto não tem a ver propriamente com licitações, mas com o pagamento de valores decorrentes

daquelas. É, assim, algo que se localiza no domínio financeiro e orçamentário, estando diretamente ligado às cláusulas contratuais.” (SANTANA e GUIMARÃES, 2014, p.101).

A respeito da Lei Complementar de 14.12.2007, José Anacleto Abduch Santos (2015) enfatiza que,

a lei complementar ingressa no ordenamento jurídico com o propósito específico, expresso e declarado de determinar o tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte, especificamente em relação (I) à apuração e recolhimento de impostos e contribuições da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, mediante regime jurídico único de arrecadação, inclusive obrigações acessórias; (II) ao cumprimento de obrigações trabalhistas e previdenciárias, inclusive obrigações acessórias; **(III) ao acesso a crédito e ao mercado, inclusive quanto à preferência nas aquisições de bens e serviços pelos Poderes Públicos, à tecnologia, ao associativismo e às regras de inclusão.** Trata a lei de um conjunto de medidas orientadas a instituir uma condição jurídica privilegiada para as microempresas e empresas de pequeno porte (ABDUCH, 2015, p.13, grifo nosso).

Santana e Guimarães (2014, p.40) elucidam que apesar da LC nº 123/06 não estabelecer quais as modalidades ou sequer, sobre o tipo da licitação que aplicariam à LC para beneficiar as ME/EPP nas licitações públicas, aduz “[...] que a LC nº 123/06 estabeleceu critérios de preferência a serem observados por ocasião de licitações que visem aquisição de bens e contratação de serviços.” Dessa forma, adotando-se um método de caráter excludente, se verifica que a LC talvez não efetue nenhum resultado nas modalidades de licitação concurso e leilão. Restando dessa forma, na aplicabilidade da aludida LC nas modalidades concorrência, tomada de preços, convite, pregão (via presencial ou modelo eletrônico) e RDC.

Sidney Bittencourt (2010) e José Anacleto Abduch Santos (2015), relatam que o tratamento diferenciado e favorecido na LC nº 123, no que se refere às contratações públicas, é conduzido às aquisições de bens, serviços e obras (esta última tendo previsão legal no Decreto nº 8.538/2015). Entretanto, exclui-se as alienações, concessões de serviços públicos e concessões de uso.

Ressalta-se ainda, a necessidade de diferenciar o contrato de receita e o contrato de despesa, o primeiro se refere quando há ganhos para o poder público, já o segundo ocasiona despesas de recursos públicos. Sabe-se que a LC contempla duas conjecturas de tratamento favorecido e diferenciado: regularidade fiscal e trabalhista tardia e o direito de preferência. No que diz respeito ao direito de preferência, não existe aplicação sobre os contratos de receitas, tendo em vista que esses tipos de contratos não abrangem aquisição pública, visto que o critério de julgamento jamais será o de menor preço, porém, o de maior

lance ou oferta. Já em relação a regularidade fiscal tardia, contempla-se o favorecimento amplo das ME e EPP se aplicando até mesmo aos contratos de receita (SANTOS, 2015).

2. TRATAMENTO LEGAL DIFERENCIADO DISPENSADO ÀS EMs/EPPs

2.1 Da regularidade fiscal e trabalhista tardia (fase de habilitação)

Ora, na Lei nº 8.666/93 em seu art. 27, ora na Lei nº 14.133 em seu art. 62, restringe-se a fase de habilitação e, conseqüentemente, os documentos que serão obrigatórios aos licitantes, tais como: habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira, regularidade fiscal, social e trabalhista e mais ainda o estabelecido no inciso XXXIII, do art. 7º da CF/88 (proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de 14 anos).

Entretanto, por seu turno, Santana e Guimarães (2014, p.67) esclarecem que “a prerrogativa conferida às MEs/EPPs diz respeito tão-somente à parcela da habilitação, a chamada regularidade fiscal e trabalhista. ” Desse modo, conforme Santana e Guimarães (2014) dentre os aspectos citados pelos autores, cabe mencionar que

de outra parte, notemos que a LC nº 123/06, ao falar de restrição na comprovação da regularidade fiscal concede prazo para que:

- a) Os documentos sejam regularizados;
- b) Haja pagamento;
- c) Haja parcelamento; ou
- d) Emita-se certidões de efeitos inversos. (SANTANA e GUIMARÃES, 2014, p.70).

Assevera Marçal Justen Filho (2007), que a LC nº 123 garantiu para as pequenas empresas uma regalia própria no tangente a habilitação, na questão da regularidade fazendária. Conforme o exame conjunto dos arts. 42 e 43 da referida norma, tem-se que o legislador, desde cedo, revelou sua vontade, a saber, que o licitante apresentasse toda sua documentação pertinente à regularidade fiscal e trabalhista. Tão logo, não se tratando de dispensa na apresentação de tais documentos e nem mesmo na dilação a bel prazer do licitante em apresentar os documentos. Mas sim, conforme Santana e Guimarães (2014, p.74) “de fato,

o que a LC nº 123/06 facilitou para as MEs/EPPs foi a apresentação tardia (para permitir saneamento) da regularidade fiscal e trabalhista. E nada mais que isso.”

De igual modo, José Anacleto Abduch Santos (2015) menciona que o licitante precisa mostrar toda a documentação solicitada, mesmo que esteja irregular. Sendo assim, a essência da LC nº 123 é garantir que a regularidade fiscal e trabalhista seja propiciada somente caso a pequena empresa venha a ser contratada pela Administração Pública, na assinatura do contrato. Não ferindo dessa forma, o princípio da isonomia.

Sob a análise do §1º do art. 43 da LC, tem-se que tal dispositivo legal concede ao vencedor cinco dias úteis – desde sua vitória – para regularizar sua documentação, caso esteja irregular, podendo esse prazo ser prorrogável por mais cinco dias a critério da Administração.

2.2 Do empate ficto e desempate (julgamento das propostas)

Conforme Santana e Guimarães (2014, p.52), “[...] a LC nº 123/06 criou situação na qual considera artificialmente empatadas propostas que originalmente assim não estariam à vista de suas expressões concretas e reais.” Dentre as diversas alegações dos autores, vale destacar que

[...] um dos privilégios dado a tais empresas (ME/EPP), no tocante às propostas. Estamos diante do que chamamos de empate ficto. Ficto porque ele não é real; é um empate imaginado, inventado, fingido, falso ou simulado. Mas, válido porque a ordem jurídica assim estabeleceu. [...] Tal solução, a ser dada ao empate ficto, podemos chamar simplesmente de desempate. (SANTANA e GUIMARÃES, 2014, p.53).

Nesse contexto, Marçal Justen Filho (2007) orienta que os arts. 44 e 45 dispõem da figura do “empate ficto”, tal dispositivo assegura às pequenas empresas a preferência ao pacto com a Administração nos casos em que houver o empate. Isto é, o empate será declarado no momento em que existir mais de uma proposta com igual valor. Marçal Justen Filho (2007, p.63) complementa que “[...] também serão consideradas como empate as situações em que a diferença entre as propostas se enquadre num determinado limite porcentual”. Dessa forma, o art. 45 informa que em tais casos, a microempresa ou empresa de pequeno porte que estiver melhor classificada será capaz de oferecer proposta com preço

abaixo daquela consagrada como vencedora da licitação (empresa vencedora não classificada como ME ou EPP).

Assim sendo, Sidney Bittencourt (2010) preceitua que este benefício no que tange ao pregão, se difere das outras modalidades no tocante a margem percentual, se a proposta oferecida pela ME/EPP estiver igual ou até 5% (nos casos da modalidade pregão) e igual ou até 10% (nas demais modalidades), acima da proposta vencedora (nos casos dessa ser uma grande empresa) a ME/EPP tem a faculdade/oportunidade – caso queira – de melhorar o valor e conseqüentemente ser a vencedora do certame.

De acordo com Amorim (2020), acontecendo o empate ficto na modalidade pregão, a ME/EPP melhor qualificada terá o prazo máximo de cinco minutos para a apresentação de uma nova proposta, logo, sendo facultativo para a ME ou EPP e não um dever. Nas modalidades restantes, o prazo, sob pena de preclusão deverá ser estabelecido no instrumento convocatório. Por fim, o autor esclarece que “havendo equivalência dos valores apresentados pelas MEs ou EPPs, será realizado sorteio entre elas para que se identifique a que primeiro poderá apresentar melhor oferta.” (AMORIM, 2020, p.144)

2.3 Contratações diferenciadas e simplificadas

Em consonância, Santana e Guimarães (2014) esclarecem que os artigos 47, 48 e 49 da aludida LC nº 123/06 evidenciam temas ligados às contratações diferenciadas e simplificadas. Conforme extrai-se, em seu art. 47, tem-se que:

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 (Brasil, 2006, *grifo nosso*).

Santana e Guimarães (2014, p.106) sobre o tema em questão, afirmam que “logo, faculdade não há em implantar o tratamento diferenciado.”

Em razão dessas expressivas mudanças na LC nº 123/06, criadas pela LC nº 147/14 no que tange ao tratamento diferenciado e simplificado, foram acrescentados à Lei nº 8.666/93 os §§14 e 15 no art. 3º, e também a inclusão do art. 5ºA. A fim de que antes de

qualquer outra preferência legal, seja adotada antes, os privilégios às MEs e EPPs. (SANTOS, 2015). Já a Nova Lei de Licitações e Contratos, Lei nº 14.133/2021, disciplinou sobre o tema em seu art. 4º.

2.4 Das licitações exclusivas das MEs ou EPPs

O artigo 48 da LC nº 123/06 abrange 3 causas independentes de restrições admitidas nas contratações mencionadas no artigo 47, sendo elas: Das licitações exclusivas das MEs ou EPPs; Da subcontratação de Micro e Pequena Empresa e a Reserva de cotas na aquisição de objetos divisíveis. Ademais, Santana e Guimarães (2014, p.107) esclarecem que “o dispositivo criou três situações (preferimos dizer instrumentais) viabilizadoras das diretrizes do art. 47”.

Trata-se de uma limitação no âmbito dos licitantes, conforme inteligência do inciso I do artigo 48, sendo que as licitações nos itens de contratação cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) deverá ser destinada exclusivamente para as ME/EPP, *in verbis*:

Art.48 [...]

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); (BRASIL, 2006, *online*).

Conforme dizeres alhures, José Anacleto Abduch Santos (2015, p.106), explica que “com a medida, restringe-se muito o universo de competidores, afastando as médias e grandes empresas das disputas nos certames instaurados dentro do limite fixado.”

Nas palavras de Vivas (2013) acerca do acórdão nº 2957/2011 emanado do TCU sobre inciso I do art. 48, assentou que

[...] o TCU publicou dois Acórdãos estabelecendo que o limite máximo de R\$ 80.000,00 a que se refere o art. 48, inciso I, da Lei nº 8.443/1993 deve ser aferido para cada item, já que tal Corte de Contas entende que cada item licitado corresponde, na verdade, a uma licitação distinta, só sendo agrupado em uma mesma licitação por motivo de economia processual. Desta forma, tal teto, parâmetro para adoção de licitação de licitação exclusiva para as microempresas, cooperativas e empresas de pequeno porte, deve ser feito para cada item isoladamente [...] (VIVAS, 2003, *online*).

2.5 Da subcontratação de micro e pequena empresa

Trata-se da causa em que, conforme inteligência do inciso II do artigo 48, se faculta a licitante vencedora a subcontratação de ME ou EPP nas licitações com a finalidade de aquisição de obras e serviços, *in verbis*:

Art.48 [...]

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; (BRASIL, 2006, *online*).

Evidencia-se, portanto, que cabe de modo exclusivo ao contratado, a preferência da microempresa a ser subcontratada (SANTANA e GUIMARÃES, 2014).

Posto isso, sabe-se que, esta subcontratação de modo algum poderá se dar no que diz respeito à integralidade do objeto e que precisa estar prevista no edital e, além do que, é de competência da Administração estabelecer o percentual do objeto passível de subcontratar. Além disso, fica descartada visivelmente a subcontratação em relação à aquisição de bens (SANTOS, 2015).

2.6 Reserva de cotas na aquisição de objetos divisíveis

Trata-se da causa em que, conforme a inteligência do inciso III do artigo 48, consiste em possibilitar a divisão do objeto da licitação, de certa forma garantindo uma quota de até 25% (vinte e cinco por cento) em favor da contratação das ME/EPP, *in verbis*:

Art.48 [...]

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 (BRASIL, 2006, *online*).

Consonante observa Amorim (2020), o dispositivo retro apenas possui aproveitamento nas aquisições de bens, não tendo serventia, conseqüentemente, nas hipóteses de licitação designada à contratação de serviços, incluindo de engenharia e obras. Na presente licitação então, ter-se-ia para o mesmo objeto, duas cotas, sendo aplicada à cota reservada um

percentual de até 25% (vinte e cinco por cento) destinada a competição exclusiva entre ME e EPP e o restante 75% (setenta e cinco por cento), cabe à competição dos tipos como ME/EPP e às empresas não enquadradas, a cota de ampla participação.

2.7 Hipóteses excludentes de aplicabilidade dos benefícios

A própria lei em questão, a LC nº 123 em seu artigo 49, pontuou alguns casos em que não se aplicaria o favorecimento garantido nos arts. 47 e 48, tais como:

- I - (Revogado);
- II - não houver um mínimo de 3 (três) fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório;
- III - o tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte não for vantajoso para a administração pública ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado;
- IV - a licitação for dispensável ou inexigível, nos termos dos arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, 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 (BRASIL, 2006, *online*).

Conforme Sidney Bittencourt (2010, p.104) no que tange ao inciso II da referida norma, exige-se um quantitativo mínimo de 3 (três) fornecedores competitivos, pois, “avista-se que a intenção legislativa é certificar-se da ocorrência de efetiva competição entre micro e pequenas empresas”.

Ainda sobre o inciso II, o Decreto 8.538/2015 trouxe a definição dos termos “âmbito local” e “âmbito regional”, tais como:

- Art. 1º [...]
- § 2º Para efeitos deste Decreto, considera-se:
 - I - âmbito local - limites geográficos do Município onde será executado o objeto da contratação;
 - II - âmbito regional - limites geográficos do Estado ou da região metropolitana, que podem envolver mesorregiões ou microrregiões, conforme definido pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE; (BRASIL, 2015, *online*).

Justen Filho (2007) em relação ao inciso III, diz tratar de lesão ao princípio da República, quando a contratação tiver possibilidades de produzir efeitos contrários para a Administração Pública.

Numa perspectiva similar, Santana e Guimarães (2014) acrescentam que:

O inciso III cuida de tema que soa óbvio porque não havendo vantajosidade para a Administração Pública certamente não haverá de se aplicar não apenas a solução da LC n 123/06, mas qualquer outra que seja porque o interesse público deve mesmo ser sobreposto aos da MEs/EPPs (SANTANA e GUIMARÃES, 2014, p.113).

Em contrapartida, José Anacleto Abduch Santos (2015, p.151) em relação ao inciso IV do art. 49 da LC n° 123/06, explica que “não há sentido lógico-jurídico válido para a norma”. Segundo o autor, “a melhor interpretação para o dispositivo é no sentido de fixar que, quando das contratações diretas em razão do valor, a Administração Pública deverá dar preferência para as ME e EPP.”

Não obstante, a redação do inciso I do art. 48 da LC n° 123/06 alude claramente a licitação e não a dispensa e, faz-se expandir a sua aplicabilidade do mesmo modo para as causas de dispensa, sobremaneira às dos incisos I e II do art. 75 da NLL, no que tange ao inciso IV do art.49 (NIEBUHR *et al*, 2021)

Sob essa interpretação, o inciso IV do artigo 49 da Lei Complementar n.123/2006 prescreve que as dispensas de licitação fundadas nos incisos I e II do artigo 75 da Lei n. 14.133/2021 sejam realizadas apenas e exclusivamente com microempresas e empresas de pequeno porte. Empresas médias ou grandes já não podem mais ser contratadas com base nas hipóteses de dispensa em comento, salvo se, pressupõe-se, não se encontrar microempresas ou empresas de pequeno porte dispostas a fazê-lo, dentro das condições e preços considerados aceitáveis pela Administração Pública, o que, se acontecer, depende de justificativas (NIEBUHR *et al*, 2021, p.60).

3. A LEI COMPLEMENTAR E O PRINCÍPIO DA ISONOMIA

Alguns estudiosos questionam sobre o tratamento favorecido e diferenciado aplicado às microempresas e empresas de pequeno porte na licitação por meio da LC n° 123/2006 e indagam se fere ou não o princípio constitucional da isonomia, sendo desproporcional ou não, tal medida.

Seguindo essa linha, o administrativista Niebuhr (2007), investigando por outro viés a questão, evidencia que mesmo não considerando, em princípio, inconstitucional os direitos garantidos às MEs e EPPs, acredita que não aplicar-se-ia através da licitação pública. Pois segundo o mesmo, o legislador tornou-se desigual à concorrência e em sua visão, pressupõe que

o subscritor do presente texto, muito embora não considere em tese inconstitucional o privilégio concedido às microempresas e às empresas de pequeno porte, aproveita o ensejo para expressar a discordância com a opção do legislador de fazê-lo por meio de licitação pública. O privilégio deveria ser apenas de ordem fiscal e relacionada a outros elementos burocráticos. Ele não deveria tocar a licitação, criando embaraços procedimentais quase invencíveis e, de modo geral, desencorajando a participação de outras empresas, o que não se afaz ao princípio da competitividade (NIEBUHR, 2007, *online*).

Já para Satoshi (2013), os desafios da seara não se limitam apenas em se tratar de as normas do Estatuto serem ou não constitucionais, mas acrescenta o seguinte questionamento:

Nota-se que “facilidades” foram criadas para que as micro e pequenas empresas pudessem contratar com o poder público. Nesse cenário, surge outra dúvida: como evitar que grandes fornecedoras ou prestadoras de serviços “criem” suas próprias microempresas ou empresas de pequeno porte com a finalidade de disputar a fatia do mercado voltada para esse segmento? (SATOSHI, 2013, *online*).

Por outro lado, infere-se conforme explanado a seguir, que o tratamento favorecido e diferenciado está assegurado constitucionalmente. Conforme, por meio de regulamentos tais como a Constituição Federal do Brasil, doutrinas, legislação relacionada e jurisprudências.

Não convém indagar acerca da legitimidade jurídica de dispositivos legislativos que garantem tratamento diferenciado as pequenas empresas sob a alegação de desrespeito ao princípio da isonomia, pois, “a forma de incentivar as pequenas empresas, previstas na Constituição, consiste na eliminação ou atenuação de formalidades e exigências – não na atribuição a elas de uma prerrogativa de contratação privilegiada com o Poder Público” (FILHO, 2007, p.20).

Marçal Justen Filho (2007), admite que a discrepância financeira entre os possíveis contratados promova tratamento jurídico diferente para eles. No entanto, isso não quer dizer que a Administração Pública produza contratações que ofereçam desvantagens. Pois, se caso assim fizesse o Estado, apenas para garantir preferência em favor de uma pequena empresa, ocorreria dupla afronta ao ordenamento jurídico. Desse modo, o Estado estaria desembolsando valores vultuosos e desnecessários a fim de privilegiar uma categoria seleta de empresários, logo, tal providência seria inválida e não garantiria a ampla competição entre as empresas.

A respeito do princípio da isonomia frente a LC nº 123, discorre José Anacleto Abduch Santos (2015):

Certo que, para alguns, pode o benéfico parecer desconforme com o texto da Constituição Federal de 1988, por violar a isonomia, ou de alguma forma impedir a Administração Pública de obter a proposta mais vantajosa [...] contudo, a vantajosidade de proposta para a Administração Pública é elemento que transcende a noção de menor preço e maior qualidade, tão familiar aos intérpretes. Com efeito, de muito se trabalhou com a ideia de que a proposta mais vantajosa seria produto apenas dos fatores preço e qualidade. Ao longo do tempo de reflexões profundas acerca dos propósitos e finalidades da licitação, como parte do processo da contratação pública, concebeu-se a tese de que o poder de compra do Estado poderia constituir instrumento de fomento de mercado e de condutas sociais na perseguição de outros valores fundamentais expressados na Constituição (SANTOS, 2015, p.115-116).

De acordo com a doutrinadora Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2017), a LC nº 123/06, adveio com o objetivo de atribuir vantagens às microempresas e empresas de pequeno porte, sendo uma forma de ressalva ao princípio da isonomia na licitação. Di Pietro (2017, p.359) complementa ainda que “é levando em conta o princípio da razoabilidade que devem ser analisadas as exceções à isonomia previstas na Lei no 8.666/93 e em outras leis esparsas.”

Nesta mesma linha sobre o princípio da isonomia, discorre Di Pietro:

As exceções criadas em benefício das microempresas e empresas de pequeno porte não conflitam com o princípio da isonomia, tendo em vista que, no caso das microempresas e empresas de pequeno porte, o tratamento diferenciado resulta da própria situação desigual dessas empresas em relação a outras que não têm a mesma natureza e encontra fundamento nos artigos 170, IX, e 179 da Constituição Federal (DI PIETRO, 2017, p. 361).

Carvalho Filho (2017) recorda o art. 37, XXI da CF, onde ressalta que se trata de uma regra geral, que garante isonomia durante os processos licitatórios aos licitantes, no entanto, no artigo 179 da CF, traz uma exceção em relação ao tratamento favorecido e diferenciado no que se diz respeito às microempresas e empresas de pequeno porte. Porém ressalta que o art. 179 prevalece em confronto com o art. 37. O autor estabelece que “trata-se de normas aparentemente conflitantes, mas que devem ser interpretadas no sentido de que, ocorrendo o suporte fático previsto na norma especial, esta é que deverá ser aplicada em lugar da norma geral.” (FILHO, 2017, p.146). Em contrapartida, Santana e Guimarães (2014, p.31) afirma que “o tratamento diferenciado, portanto, não deverá ir além do estritamente necessário para eliminar as diferenças entre pequenas e grandes empresas sob pena de se afrontar o princípio da isonomia.”

O Próprio Tribunal de Contas da União, conforme consente a Súmula nº 347 do Supremo Tribunal Federal analisou, por meio do Acórdão nº 1.231/2008 – Plenário – Ministro Relator Guilherme Palmeira, a constitucionalidade do tratamento diferenciado e favorecido às MEs/EPPs, especificadamente os artigos que se referem as licitações públicas e, concluiu não

haver nenhum desrespeito aos preceitos da Constituição Federal, logo, não existindo inconstitucionalidade. O relator destaca em seu relatório que

o artigo 5º da CF/88 é a manifestação jurídica do princípio da isonomia, consagrando a igualdade entre todos como expressão concreta da ideia de justiça. Entretanto, é sabido que a isonomia não impõe a todos o tratamento com absoluta igualdade. O filósofo Aristóteles já compreendia que o princípio isonômico implica em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais. Compreendido dessa forma, é necessário enfatizar que o tratamento privilegiado às microempresas e às empresas de pequeno porte não implica, por si só, ofensa ao princípio da isonomia, uma vez que não há igualdade absoluta entre estas e as demais empresas. (Acórdão n. 1.231/2008. Tribunal de Contas da União – TCU. Votação Plenária)

Faz-se evidência, a Ação Direta de Inconstitucionalidade, ADIN nº 3.070, já delineada sobre a violação ao princípio da isonomia, proposta pelo Procurador Geral da República, face a inconstitucionalidade do § 4º do artigo 111 da Constituição do Estado do Rio Grande do Norte. Assim, julgando procedente segundo o STF,

a lei pode, sem violação do princípio da igualdade, distinguir situações, a fim de conferir a uma tratamento diverso do que atribui a outra. Para que possa fazê-lo, contudo, sem qual tal violação se manifeste, é necessário que a discriminação guarde compatibilidade com o conteúdo do princípio (Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3070/2007. Supremo Tribunal Federal – STF. Tribunal Pleno).

Santos (2015) fazendo ponderações sobre o prisma da constitucionalidade da LC no que tange ao princípio da isonomia, entende que a LC é legal, pois toda e qualquer discriminação legal é justa se tal distinção conter amparo constitucional e base fática, – que não necessariamente precisa ter previsão constitucional expressa – dessa forma a LC trata de modo desigual as empresas que são indiscutivelmente desiguais, com permissão legislativa para assim fazer.

Em suma, o pesquisador afirma:

Ao instituir tratamento diferenciado e favorecido para as ME e EPP, a Lei Complementar não viola o princípio da isonomia, porque parte da premissa de que não são elas iguais às empresas grandes. A premissa jurídica (e fática) de que as ME e as EPP não são iguais às grandes empresas torna possível conferir a elas tratamento desigual. (SANTOS, 2015, p. 24).

3.1 A importância dos benefícios da LC nº 123/2006 na economia

O tratamento diferenciado mostra-se não apenas conveniente aos microempresários e empresários de pequeno porte, como também aos gestores públicos e a sociedade, tendo em vista que aqueles que por ventura tiverem o interesse de contratar com a Administração Pública, logo, tornar-se um fornecedor ou prestador de serviços. Imprescindivelmente, precisa estar regularizado com as obrigações legais, por isso, a licitação é um meio para incentivar as MEs e EPPs a estarem sempre corretas perante a lei.

Neste contexto, o instituto de incentivo às MEs e EPPs faz-se importante no Brasil, tendo em vista a dificuldade enfrentada por estas. Nas palavras de Raphael Guilherme Araujo Torrezan (2015),

as Microempresas e Empresas de Pequeno Porte são colocadas em um grupo especial dado seu potencial de desenvolvimento, empregabilidade, e inserção na sociedade. Porém no Brasil possuem altas taxas de mortalidade, levando a elaboração do “Estatuto da Micro e Pequena Empresa” com o intuito de incentivá-las através de benefícios tributários e vantagens em processos licitatórios (TORREZAN, 2015, p. 5).

Observa-se, que esses tipos de empresas vêm crescendo e conquistando espaço tanto no comércio local quanto no regional, tendo em vista que juntas são as que mais empregam, conseqüentemente, promovendo o desenvolvimento econômico social do país, conforme destaca a pesquisa do SEBRAE (2018):

Não há dúvidas de que as Microempresas (ME) e Empresas de Pequeno Porte (EPP) são de grande importância para o país e podemos citar alguns dados que comprovam isso: representam cerca de 98,5% do total de empresas privadas, respondem por 27% do PIB e são responsáveis por 54% do total de empregos formais existentes no país, ou seja, empregam mais trabalhadores com carteira assinada que as médias e grandes empresas (SEBRAE, 2018, p.4).

Conforme orientação emanada no acórdão do Plenário do TCU nº 892/2020, – no qual o Tribunal de Contas da União admite a importância das microempresas e empresas de pequeno porte na geração de empregos no Brasil e finaliza destacando que, sobretudo, no momento atual que o país enfrenta – no que se refere ao contágio da Covid-19, tal política em favor das MEs e EPPs se mostram ainda mais importantes, por se tratar de diversas medidas relacionadas ao fechamento de estabelecimentos comerciais. E devido às MEs/EPPs ofertarem a parcela maior de empregos no país, podem então ser impactadas negativamente no índice de

desemprego e, por contribuírem na sustentação econômica do país. Logo, o estudo se mostra importante e atual.

Marçal Justen Filho (2007, p.20) considera:

Anote-se que a proteção às pequenas empresas se faz não apenas no interesse individual dos seus titulares, mas também para ampliação da competição ao interno do sistema econômico. Presume-se que a participação de pequenas empresas no mercado pode neutralizar os efeitos indesejáveis de monopólios e oligopólios. Sob esse prisma, a tutela à pequena empresa reflete-se na promoção de interesses coletivos e difusos (FILHO, 2007, p.20).

Dessa forma, entende-se que além do tratamento favorecido e diferenciado estar assegurado constitucionalmente, é um meio pelo qual a Administração Pública incentiva o fomento das microempresas e empresas de pequeno porte. Tendo em vista que essas empresas em relação às médias e grandes empresas se encontram em situação de prejuízo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Buscou-se apresentar no decorrer desta pesquisa, o advento e o avanço da Lei Complementar nº 123/2006, e suas alterações ocasionadas pela Lei nº 147/2014, bem como o efeito na sociedade e na economia, utilizando-se do tratamento diferenciado concedido às micro e pequenas empresas nas compras governamentais. Tal exame, mostrou-se importante a fim de que fosse entendido do melhor modo, as consequências das modificações provocadas pelo Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte quanto aos privilégios ofertados às MEs/EPPs na licitação pública.

No que tange à polarização de posicionamento sobre a constitucionalidade dos benefícios concedidos pelo Estatuto da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte, pertinente às compras públicas como foi demonstrado, o tratamento diferenciado está previsto na Constituição e encontra sustentáculo em todo o sistema jurídico brasileiro. Tais conflitos, são um meio de promover o desenvolvimento econômico e social nas esferas municipais, estaduais e federal das MEs/EPPs e o crescimento da eficácia das políticas públicas de estímulo à inovação tecnológica. Logo, o tratamento diferenciado não viola o princípio da isonomia, visto que parte da ideia de que as MEs/EPPs com relação às outras empresas não são iguais. Desse modo, faz-se que seja viável o uso do tratamento desigual nos certames.

Sob essa perspectiva, tem-se dois propósitos julgados importantes para a evolução de um Estado Democrático de Direito. Por um lado, o princípio constitucional da isonomia, por outro lado, a obrigação do Estado estimular e promover o desenvolvimento econômico e social de modo harmônico. A princípio, deduz-se que os dois estão correlatos: utilizam do princípio da isonomia para promover o desenvolvimento nacional de forma sustentável.

De tal maneira, com a criação da Lei Complementar nº 123/2006 a Administração procurou introduzir nas compras públicas às micro e pequenas empresas, estabelecimento de privilégios que possibilitam a disputa com a empresa de maior porte que improvavelmente seriam ultrapassadas em uma disputa livre.

Com a certeza de que as micro e pequenas empresas retratam no Brasil o maior número de empreendimentos e refletem mais de 50% (cinquenta por cento) dos empregos com registro na carteira profissional, logo, tornou-se imprescindível uma medida legal para que se pudesse estimular a criação e o progresso de tais empresas.

Contudo, na LC nº 123/2006 havia uma redação inapta de tornar-se eficiente, pois, quaisquer concessões de privilégio que garantissem a isonomia nas disputas com as outras empresas nos certames de licitação, tinha a aplicabilidade no tratamento diferenciado como facultativa aos órgãos públicos, de acordo com a discricionariedade administrativa. Inclusive, o prazo de apenas 2 (dois) dias para regularizar, quais sejam, as documentações, era desarrazoável sendo bastante criticado tendo em vista a burocracia brasileira.

A partir desse contexto, foi essencial a edição da Lei Complementar de nº 147/2014 que alterou significativamente a redação da LC nº 123/2006, mudando nesse instante a aplicabilidade do tratamento diferenciado às micro e pequenas empresas, tornando obrigatório ao Estado a concessão dos privilégios. Além disso, majorando 5 (cinco dias) para a regularização da documentação, caso estivesse irregular, portanto, bem mais razoável. Tudo isso, tendo em vista que as micro e pequenas empresas se tornassem mais competitivas, assegurando condições isonômicas diante das médias e grandes empresas e, também das estrangeiras.

Conclui-se desse modo, que aconteceu importantes alterações no procedimento licitatório com o intuito de incentivar as micro e pequenas empresas, que propiciaram o certame ainda mais complicado e lento. Contudo, os privilégios não poderão guiar a gestão pública a um negócio desfavorável, incorrendo no castigo de impedir a particular finalidade da licitação pública.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo; DEUS, João de. **Direito Administrativo**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Método, 2017.

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 24. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

ALMEIDA, Amador Paes. (Coord.). **Comentários ao estatuto da microempresa e da empresa de pequeno porte**. São Paulo: Saraiva, 2009.

AMORIM, Victor Aguiar Jardim de. **Licitações e Contratos Administrativos: Teoria e Jurisprudência**. 3 ed. Brasília: Senado Federal, 2020.

BITTENCOURT, Sidney. **As Licitações Públicas e o Estatuto Nacional das Microempresas**. 2ª ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 4 mai. 2021.

BRASIL. Lei Complementar 123, de 14 de dezembro de 2006. **Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte**. Brasília, 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp123.htm> Acesso em: 4 mai. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 8.538, de 6 de outubro de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/d8538.htm>. Acesso em: 16 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 3.070/RN**. Relator: Ministro Eros Grau. Julgamento: 29/11/2007. Tribunal Pleno. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=502946>>. Acesso em: 15 nov.2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 1100/2014**. Plenário. Relator: Ministro Benjamin Zymler. Sessão de 30/4/2014. Disponível em: <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao>

completo/*/NUMACORDAO%253A1100%2520ANOACORDAO%253A2014%2520RELATOR%253A%2522BENJAMIN%2520ZYMLER%2522%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520>. Acesso em: 23 out. 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 892/2020**. Plenário. Relator: Ministro Weder de Oliveira. Sessão de 8/4/2020. Disponível em: <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-2404827%22>>. Acesso em: 4 mai. 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 1.231/2008**. Plenário. Relator: Ministro Guilherme Palmeira. Sessão de 25/06/2008. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1231%2520ANOACORDAO%253A2008/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520>. Acesso em: 3 out. 2021.

CALASANS JUNIOR, José. **Manual da Licitação**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 31. ed. rev., amp. São Paulo: Atlas, 2017.

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. 4. ed. rev., amp. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2017.

GONTIJO, Cláudia da Franca. **O estatuto da microempresa e empresa de pequeno porte nas licitações públicas e o princípio da isonomia**. Brasília, 2012. 41f. – Monografia (Especialização). Instituto Brasiliense de Direito Público.

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

NIEBUHR, Joel de Menezes. Repercussões do estatuto das microempresas e das empresas de pequeno porte em licitação pública. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 12, n. 1529, 8 set. 2007. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/10380>>. Acesso em: 9 maio 2021.

NIEBUHR, Joel de Menezes et al. **Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 2. ed. Curitiba: Zênite, 2021.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Nova lei de licitações e contratos administrativos: comparada e comentada**. 1.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

SANTANA, Jair Eduardo; GUIMARÃES, Edgar. **Licitações e o estatuto da pequena e microempresa: reflexos práticos da LC nº 123/06**. 3. Ed. Ver., atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

SANTOS, José Anacleto Abduch. **Licitações e o estatuto da microempresa e empresa de pequeno porte**. 2ª Ed. ver. e atual. Curitiba: Juruá, 2015.

SATOSHI, Sérgio. **O Papel do Tribunal de Contas no Cumprimento do Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte**. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. São Paulo, ago. 2013. Disponível em: <<https://www4.tce.sp.gov.br/sites/default/files/artigo-sergio-satoshi-tcesp.pdf>>. Acesso em: 9 mai. 2021.

SEBRAE. **Perfil das Micro Empresas e Empresas de Pequeno Porte**. Publicado em abril/2018. Disponível em: <<https://www.sebrae.com.br/Sebrae/Portal%20Sebrae/UFs/RO/Anexos/Perfil%20das%20ME%20e%20EPP%20-%2004%202018.pdf>>. Acesso em: 2 mai. 2021

TORREZAN, Raphael Guilherme Araújo. **Análise dos efeitos adversos dos benefícios concedidos às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (EPP) nas licitações públicas brasileiras**. 2015. 1 CD-ROM. Trabalho de conclusão de curso (bacharelado - Ciências Econômicas) - Universidade Estadual Paulista Julio de Mesquita Filho, Faculdade de Ciências e Letras (Campus de Araraquara), 2015. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/11449/124349>>. Acesso em: 2 mai. 2021.

VIVAS, Rodrigo Cesar Aguiar. Contrapontos à Jurisprudência do TCU no que tange ao limite para adoção de licitação exclusiva para as microempresas, cooperativas e empresas de pequeno porte. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3606, 16 maio 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/24450>. Acesso em: 16 nov. 2021.