



ISSN: 2230-9926

Available online at <http://www.journalijdr.com>

IJDR

International Journal of Development Research

Vol. 11, Issue, 06, pp. 48245-48251, June, 2021

<https://doi.org/10.37118/ijdr.22195.06.2021>



RESEARCH ARTICLE

OPEN ACCESS

OS TRADICIONAIS PRINCÍPIOS DA LICITAÇÃO PÚBLICA EM FACE DOS NOVOS VALORES CONSTITUCIONAIS: A EXCLUDENTE DE EXCLUSIVIDADE PREVISTA NO ART. 49, II, DO ESTATUTO DAS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE

¹Marco André Santos de Albuquerque and ²Paulo Afonso Cavichioli Carmona

¹Mestrando em Direito e Políticas Públicas pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

²Holds Postdoctorate in the University del Salento, Lecce, Italy

ARTICLE INFO

Article History:

Received 14th March, 2021

Received in revised form

22nd April, 2021

Accepted 08th May, 2021

Published online 30th June, 2021

Key Words:

Brasil. Licitação. Princípios.

Regra de exclusividade.

Estatuto das micro e pequenas empresas.

*Corresponding author:

Marco André Santos de Albuquerque,

ABSTRACT

Este artigo tem por objetivo discutir a excludente de exclusividade prevista no art. 49, II, da Lei Complementar nº 123, de 2006, diante dos tradicionais princípios da licitação pública, a partir da análise de um edital lançado pelo Município de Cocal do Sul – SC. O presente estudo utiliza o método comparativo e dedutivo; quanto ao procedimento, é uma pesquisa bibliográfica, constitucional e jurisprudencial, mediante a revisão de estudos e artigos científicos realizados sobre o tema. A contribuição central desta pesquisa está em identificar que não fere o ordenamento jurídico a previsão de que o comparecimento de apenas uma empresa enquadrada como micro ou pequena empresa impede a participação no certame de empresas não enquadradas nessas categorias.

Copyright © 2021, Marco André Santos de Albuquerque. This is an open access article distributed under the Creative Commons Attribution License, which permits unrestricted use, distribution, and reproduction in any medium, provided the original work is properly cited.

Citation: Marco André Santos de Albuquerque and Paulo Afonso Cavichioli Carmona., 2021. “Os tradicionais princípios da licitação pública em face dos novos valores constitucionais: a excludente de exclusividade prevista no art. 49, II, do estatuto das microempresas e empresas de pequeno porte”, *International Journal of Development Research*, 11, (06), 48245-48251.

INTRODUCTION

A licitação pública constitui instituto jurídico tradicionalmente associado à ideia de igualdade de condições entre os interessados e de busca da melhor oferta pelo poder público. Tais valores, como se sabe, estampavam a parte inicial da redação original do art. 3º Lei nº 8.666, de 1993, que, por sua vez, sintetizava o comando inserto no art. 37, XXI, da Constituição de 1998 (CF/88). Em paralelo a essa visão pragmática do instituto da licitação, a própria Constituição Federal sinalizava uma orientação marcadamente preocupada com uma justiça de natureza mais distributiva, como forma de promover a valorização do trabalho humano como vetor capaz de assegurar a todos existência digna. Entre os princípios elencados pelo texto constitucional em busca desse objetivo, encontra-se o tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. A partir do modelo pretendido pela nova ordem constitucional, o espaço antes dominado pelos valores da isonomia entre os licitantes e da busca da melhor oferta foi paulatinamente cedendo terreno para outros valores, culminando com a percepção de que a licitação deve desempenhar a chamada “função extra-econômica”, figurando entre os melhores exemplos dessa mudança de orientação vocacional a promulgação da

Lei Complementar nº 123, de 2006. Mais especificamente, o art. 48 da referida lei introduziu no ordenamento nacional a regra de exclusividade para a participação de microempresas e empresas de pequeno porte em licitações lançadas pela administração pública até determinado valor, em franca demonstração de que o legislador brasileiro havia, enfim, incorporado a compreensão de que o atendimento ao interesse público deveria se dissociar da rigidez originalmente imposta pela primazia da isonomia entre os licitantes e da busca pela melhor oferta para a administração. A regra de exclusividade prevista na LC 123/2006, portanto, representa uma exceção à regra geral dos objetivos da licitação, cabendo ao art. 49 do Estatuto da Microempresa, por sua vez, estabelecer as hipóteses de exceção da exceção, ou, em outras palavras, as situações em que a regra de exclusividade não deverá ser observada.

Entre essas hipóteses, a prevista no art. 49, II, estabelece que a regra de exclusividade não será aplicada quando

“não houver um mínimo de 3 (três) fornecedores competitivos enquadrados como microempresa e empresa de pequeno porte sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório”.

Chega-se, assim, ao âmago do presente trabalho, que tem por objetivo discutir a licitude do edital de licitação que prevê a manutenção da regra de exclusividade quando ao menos uma microempresa ou empresa de pequeno porte comparece ao certame lançado pela administração.

Desenvolvimento

A evolução dos estatutos licitatórios: “E não se fará obra alguma, sem primeiro andar em pregão, para se dar de empreitada a quem houver de fazer melhor e por menos preço”. A previsão contida nas Ordenações Filipinas, em 1592, e lembrada por Motta (1997, apud SCARPINO, 2009), sinaliza que o embrião do tratamento jurídico acerca das licitações no Brasil já contemplava a ideia de competitividade (o termo *pregão* na citação significava divulgar, anunciar, apregoar o objeto de interesse da Administração Pública) e de menor preço. Os estatutos jurídicos que se seguiram sobre licitação pública no Brasil mantiveram essa mesma orientação. Assim foi com a Lei nº 4.401, de 1964, que inaugurou o uso do termo “licitação” no país, e com o famoso Decreto-Lei nº 2.300, de 1986, que disciplinou o assunto em seu art. 3º, nos seguintes termos:

A licitação destina-se a selecionar a **proposta mais vantajosa** para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os **princípios básicos da igualdade**, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. (grifo nosso)

Sobreveio aos aludidos normativos a Constituição de 1988, apontada por Bonavides (2014, p. 379 e 382) como uma constituição, “*em muitas de suas dimensões essenciais como uma Constituição do Estado social*”, que, agora, “*imprime uma latitude sem precedentes aos direitos sociais básicos, dotados agora de uma substantividade nunca conhecida nas Constituições anteriores, a partir da de 1934*”.

Apesar das mudanças “*sem precedentes*” introduzidas em nosso ordenamento jurídico pela Constituição de 1988, fato é que a Lei nº 8.666, de 1993, praticamente se limitou a reproduzir o texto do Decreto-Lei nº 200, de 1964, no tocante aos objetivos almejados pela licitação pública, mesmo tendo sido publicado quase 5 anos depois da promulgação da Carta da República, verbis:

A licitação destina-se a garantir a observância do **princípio constitucional da isonomia** e a selecionar a **proposta mais vantajosa** para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. (grifo nosso)

Somente em 2010, com as alterações provocadas com a publicação da Medida Provisória nº 495 e, ainda com maior amplitude, posteriormente, com a publicação da Lei nº 12.349, o Estatuto Licitatório se curvou ao peso dos novos interesses constitucionais e incorporou seu atual caráter de instrumento fomentador de políticas públicas, para o que foi preciso romper, de uma vez por todas, com a rigidez da ideia de supremacia absoluta dos princípios da isonomia e da melhor proposta, porque incompatíveis com a nova vocação da licitação pública, agora também voltada para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável. Assim é que, ao lado dos princípios da isonomia e da proposta mais vantajosa, a nova redação do caput do art. 3º passou a prever que a licitação tem por objetivo garantir a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, ao passo que o inciso I do § 1º do mesmo dispositivo legal passou a prever expressamente, ainda que de forma oblíqua, a possibilidade de o agente público admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo do certame, bem assim a possibilidade de serem estabelecidas preferências ou distinções, em razão dos critérios ali dispostos, verbis:

Art. 3º **A licitação destina-se a garantir** a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a **promoção do desenvolvimento nacional sustentável** e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010)

[...]

§ 1º **É vedado aos agentes públicos:**

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, **ressalvado** o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991; (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010) (grifo nosso)

Não fosse o bastante, o Estatuto Licitatório passou a prever de forma específica o favorecimento às microempresas e empresas de pequeno porte (MPE), com as alterações promovidas pela Lei Complementar nº 147, de 2014:

Art. 3º

[...] § 14. As preferências definidas neste artigo e nas demais normas de licitação e contratos devem privilegiar o tratamento diferenciado e favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte na forma da lei. (Incluído pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

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

É fácil perceber pelos exemplos citados que a legislação brasileira não se amoldou automaticamente aos valores priorizados pelo constituinte originário, sendo razoável aceitar que as mudanças nesse sentido ocorrem de forma gradual, à medida que esses valores foram sendo incorporados ao patrimônio cultural da sociedade.

Como se verá a seguir, a situação jurídica das MPE não foi diferente.

Os valores das MPE na constituição federal: Diferentemente das Constituições anteriores, que calaram sobre o assunto, a Constituição de 1988 tratou de forma específica das MPE, conferindo-lhes tratamento favorecido e diferenciado. Assim é que, além de definir que a matéria deveria ser tratada mediante um trâmite qualificado (art. 146, alínea “d”), o legislador constituinte estabeleceu que o tratamento diferenciado para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras representa princípio geral da ordem econômica (art. 170, IX), prevendo, ainda, que o tratamento diferenciado e favorecido conferido às MPE deveria ser observado por todos os entes políticos – União, Estados, Distrito Federal e Municípios –, com o objetivo de incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei (art. 179). Passados oito anos desde a promulgação da CF/88, a publicação da Lei Complementar nº 123, de 2006 (LC 123/2006), pôs fim ao longo período de maturação dos comandos constitucionais relativos às MPE, superando as lacunas existentes nas leis anteriores que trataram do assunto. De acordo com o art. 1º, a LC 123/2006 estabelece normas gerais relativas ao tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às MPE no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, especialmente nas áreas fiscal, trabalhista, previdenciária, creditícia e de acesso ao mercado, inclusive quanto à preferência nas aquisições de bens e serviços pelos Poderes Públicos. Em relação a essa última área, os dispositivos que tratam “*do acesso ao mercado*”, constituem o

Capítulo V da LC 123/2006, compreendendo a Seção I do aludido capítulo a parte da lei que versa sobre “*aquisições públicas*”, cujo tema se estende do art. 42 ao art. 49.

MPE e aquisições públicas – pontos de relevo: Interessam para o presente trabalho as disposições contidas nos arts. 47 a 49 da LC 123/2006, por dizerem respeito aos objetivos vislumbrados pelo legislador, bem assim as regras de tratamento diferenciado a serem dispensadas para as MPE e também as hipóteses em que tais regras não se aplicam. Assim, o art. 47 da LC 123/2006 informa que o tratamento diferenciado e simplificado para as MPE mira três objetivos distintos: (i) promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional; (ii) ampliação da eficiência das políticas públicas; e (iii) incentivo à inovação tecnológica.

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. (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

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

Vale notar que os três objetivos informados pelo art. 47 da LC 123/2006 refletem aspirações da própria Constituição Federal. Com efeito, a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional encontra fundamento em dois dos objetivos fundamentais da República: “*garantir o desenvolvimento nacional*” (art. 3º, II, CF/88) e “*erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais*” (art. 3, III, CF/88), e em um dos princípios gerais da ordem econômica: “*redução das desigualdades regionais e sociais*” (art. 170, VII, da CF/88).

O segundo objetivo, não só encontra fundamento no caput do art. 37 da Constituição Federal, como reforça a percepção de Justen Filho (2007, p. 28), no sentido de que a licitação governamental passou a ser compreendida como um instrumento de implementação de política pública. Por fim, o incentivo à inovação tecnológica encontra seu fundamento principalmente no Capítulo IV da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 85, de 2015, que conferiu especial tratamento ao tema da ciência, tecnologia e inovação, valendo citar a previsão contida no art. 218, caput e § 1º, segundo os quais, “*o Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação*”, e “*a pesquisa científica básica e tecnológica receberá tratamento prioritário do Estado, tendo em vista o bem público e o progresso da ciência, tecnologia e inovação*”. O art. 48, por sua vez, instrumentaliza o art. 47, especificando as situações de aplicação do tratamento diferenciado a ser conferido às MPE.

Entre as disposições contidas no art. 48, é a prevista no inciso I, e que diz respeito às situações em que o poder público vier a realizar processo licitatório cujo valor de contratação seja de até R\$ 80.000,00, a de maior relevo para o presente estudo e que, portanto, será analisada de forma mais detalhada. Para uma compreensão adequada desse dispositivo, é importante lembrar das alterações provocadas pela LC 147/2014, no tocante ao grau de liberdade do poder público em relação aos seus comandos. Nesse sentido, à luz da redação original do art. 48, I, da LC 123/2006, a decisão sobre a realização de processo licitatório exclusivo para MPE em licitações até R\$ 80.000,00 era um ato discricionário da administração pública, todavia, com as alterações introduzidas pela LC 147/2014, o que era uma mera faculdade passou a ser um ato vinculado, conforme se pode ver a seguir:

Redação original:

Art. 48. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública poderá realizar processo licitatório:

I - destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nas contratações cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais); (grifo nosso)

Redação atual:

Art. 48. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública: (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

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); (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014) (grifo nosso)

Tem-se, então, que as alterações sofridas pelo art. 48, I, da LC 123/2006 criaram uma regra de exclusividade em favor das MPE, pois, toda vez que o poder público intencionar adquirir itens de contratação cujo valor seja de até R\$ 80.000,00, deverá realizar processo licitatório destinado exclusivamente às empresas assim definidas. Em relação às demais disposições do art. 48, a LC 147/2014 alterou a redação dos incisos II e III, revogou o § 1º e incluiu o § 3º, mantendo inalterado o § 2º. No tocante aos referidos incisos, foi mantida a faculdade conferida para que a administração pública exija dos licitantes a subcontratação de MPE nos processos licitatórios destinados à aquisição de obras e serviços (inciso II), e tornado obrigatório o estabelecimento de cota de 25% do objeto para a contratação de MPE em certames para aquisição de bens de natureza divisível. A previsão de valor máximo licitado por meio do disposto no art. 48 (§ 1º) foi revogada, a possibilidade de destinar os empenhos e pagamentos diretamente às MPE subcontratadas (§ 2º) foi mantida e, por fim, foi incluído o § 3º, que prevê a possibilidade de os benefícios previstos no caput do art. 48 estabelecerem a prioridade de contratação para MPE sediadas local ou regionalmente, até o limite de 10% do melhor preço válido. Na sequência, o art. 49 da LC 123/2008 estabeleceu as hipóteses em que o tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às MPE não será aplicado.

Dos quatro incisos do art. 49, a previsão contida no inciso II constitui o cerne do presente trabalho, sendo, portanto, tratada mais detidamente após uma rápida passagem pelos demais incisos. O inciso I informava que a aplicação do disposto nos arts. 47 e 48 da LC 123/2006 dependia de expressa previsão dos critérios de tratamento diferenciado e simplificado para as MPE no instrumento convocatório. O dispositivo em questão, todavia, foi revogado pela LC 147/2014, de modo que deixou de ser necessário que se repita no instrumento convocatório uma previsão já expressa na lei. O inciso III, a seu turno, prevê duas circunstâncias em que não será devido o favorecimento às pequenas empresas, que são: (i) quando esse tratamento não for vantajoso para a administração pública; e (ii) quando representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado. A situação em tela se assemelha à prevista no art. 23, § 1º, da Lei nº 8.666, de 1993.

Em ambos os casos são apresentados limites de ordem técnica e econômica como argumentos para afastar a regra prevista pela lei. Desse modo, no âmbito da LC 123/2006, quando a regra geral informada pela lei não se mostrar técnica e economicamente viável, a regra de exclusividade cederá espaço para a regra da isonomia, sendo que, no âmbito da Lei nº 8.666, de 1993, a regra do parcelamento cederá espaço para as aquisições em lote. Por fim, o inciso IV veda o tratamento diferenciado quando a licitação for indispensável ou inexigível.

O Inciso II do Art. 49 da LC 123/2006: Conforme adiantado, o inciso II do art. 49, a seguir reproduzido, é o que contempla a essência da discussão tratada neste trabalho acadêmico.

Art. 49. Não se aplica o disposto nos arts. 47 e 48 desta Lei Complementar quando:

[...] 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;

Em linhas gerais, o aludido dispositivo estipula um número mínimo de MPE sem o qual não há amparo jurídico para a concessão do tratamento diferenciado e simplificado previsto pela LC 123/2006. A disposição em exame é especialmente relevante em face da regra de exclusividade informada pelo art. 48, I, da lei, que, como visto, obriga a administração pública a realizar processo licitatório destinado exclusivamente às MPE nos itens de contratação cujo valor seja de até R\$ 80.000,00, devendo-se observar que o valor fixado leva em conta não o valor global de uma licitação, mas sim o valor de cada item que será objeto de contratação (SCARPINO, 2009). Nessas hipóteses, é bom realçar, a lei veda a participação de empresas maiores, não enquadradas como MPE, ainda que interessadas e em condições de oferecer o objeto demandado, o que, ao menos em tese, reduz o universo de potenciais interessados e amplia as possibilidades de que nenhuma empresa se mostre interessada. Em não sendo nada desprezível essa possibilidade, a administração do Município de Cocal do Sul-SC autorizou a participação de empresas não enquadradas como MPE em certame sujeito às regras de exclusividade previstas no art. 48, I, da LC 123/2006, nos seguintes termos:

3.3 - Os itens que possuem valor estimado até R\$ 80.000,00 destinam-se exclusivamente as Microempresas, Empresas de Pequeno Porte e Micro Empreendedores Individuais, tendo em vista o artigo 48, inciso I, da Lei Federal Complementar nº 123 de 14 de dezembro de 2006, com alteração dada pela Lei Federal Complementar nº 147 de 07 de agosto de 2014, que prevê a obrigatoriedade da Administração Pública em designar os processos licitatórios para os itens cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), a participação exclusiva de microempresas e empresas de pequeno porte.

3.3.1 - Poderão participar deste processo licitatório, de maneira subsidiária, àqueles demais participantes não enquadrados como ME, EPP ou MEI, caso seja constatada a inexistência de no mínimo 01 (um) fornecedor competitivo enquadrado na condição prevista no item 3.3 capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório.

O exame dos itens em tela revela, de um lado, o correto enquadramento do certame à hipótese de licitação exclusiva prevista pela LC 123/2006 (item 3.3), e, de outro, a possibilidade de que empresas não enquadradas como MPE participem do mesmo certame (subitem 3.3.1). Ainda no subitem 3.3.1, chamam atenção tanto a solução encontrada pela administração para autorizar a participação de empresas não enquadradas em certames exclusivos para empresas enquadradas quanto a sujeição de tal possibilidade à inexistência de, no mínimo, 1 (uma) MPE. Segundo o Aurélio (1999, p. 1895), o termo *subsidiário* significa algo “*de importância menor, secundário, acessório*”, reforçando, assim, a percepção de que a intenção da administração de Cocal do Sul – SC não era outra se não a de conferir à participação das empresas não enquadradas um caráter secundário, acessório, exclusivamente sujeito à inexistência, no caso concreto, da participação de MPE no certame. Muito embora a criativa solução encontrada pela administração de Cocal do Sul – SC pareça não afrontar a lei, opta-se por não aprofundar o seu exame, especialmente porque o ponto impugnado no caso concreto foi a previsão contida na segunda metade do subitem 3.3.1 de que bastaria 1 (uma) MPE para afastar a possibilidade de participação das empresas não enquadradas.

De acordo com o licitante que contestou a aludida previsão:

“[...] a administração municipal utilizou de forma equivocada os ditames da lei nº 123/2006, bem como redigiu erroneamente o

edital de abertura da licitação em questão, ferindo os princípios da economicidade e competitividade.

Isso porque a Lei Federal ordena que somente se não houver **três** – e não um – fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediados local ou regionalmente capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório é que poderá ser concedida preferência à essas empresas.

Assim agindo a municipalidade fere o princípio da competitividade estabelecido no artigo 3º, § 1º, I, da Lei nº 8.666/1993.

[...] e fora de fato o que aconteceu no pregão em discussão. Apesar da existência de outras empresas interessadas em participar, por não se enquadrarem como ME, EPP ou MEI, foram excluídas da licitação ante a presença de somente duas empresas que se amoldaram nos termos da Lei 123/2006 [...].

A irrisignação da recorrente, como se vê, surgiu da tese sustentada pela administração de Cocal do Sul – SC de que o comparecimento de uma única MPE ao certame é suficiente para impedir a participação de empresas não enquadradas nessa categoria.

Argumentos contra e a favor da tese: Ao se pronunciar de forma contrária às pretensões da empresa, a comissão de licitação ponderou que a recorrente teria se equivocado na interpretação da legislação correlata, isso porque, segundo essa autoridade:

A norma é clara ao estabelecer a não aplicação dos artigos mencionados quando não existirem três fornecedores assim enquadrados, e não quando não comparecer este mínimo estipulado à sessão de licitação, propriamente dita, como afirma a Recorrente.

Denota-se do dispositivo que não se aplica a destinação exclusiva e/ou a reserva de cota às microempresas e empresas de pequeno porte quando não há, no Município ou na região, o mínimo de 3 (três) fornecedores competitivos assim enquadrados, o que, todavia, não se vê no caso em análise.

É fato que deve ser constatado previamente, a fim de se verificar a possibilidade ou não de concessão do benefício, justamente com o fim de se evitar a restrição de competitividade.

O intento da Lei é promover a competição entre as empresas que detém o tratamento diferenciado, e não limitá-la, de forma que o fiel cumprimento das disposições não acarreta prejuízo à isonomia, competitividade, impessoalidade, objetividade, ao contrário, consiste em aplicação da obrigação imposta pela legislação.

E é justamente por isso que existe a clara determinação de não aplicação nos casos elencados, mas não se prevê que, em sendo passível (e assim obrigatório) a exclusividade (no todo ou por meio da cota) permita-se em alguma hipótese a participação das empresas que não se enquadrem nessa condição. (grifo da comissão de licitação)

A favor do seu argumento, a comissão de licitação colacionou à sua decisão interessante precedente do Tribunal de Contas do Estado do Paraná, prolatado em sede de consulta, vazado nestes termos:

(b) se a condição prevista no artigo 49, II, da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006 deve se concretizar para validade do certame, ou seja, se há a necessidade do efetivo comparecimento de, no mínimo, três microempresas ou empresas de pequeno porte nas licitações diferenciadas: Uma interpretação literal da Lei nº 123/2006, faz crer que não é necessária a efetiva participação de no mínimo 3(três) empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente e que sejam capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório mas simplesmente que existam os três fornecedores competitivos enquadrados nas exigências legais.

[...] Com o devido respeito, entendemos que exigir a efetiva participação de três licitantes extrapola os comandos da lei *sub examine*. Caso houvesse efetivamente a necessidade de comparecimento de três licitantes, aumentar-se-ia

demasiadamente a burocracia estatal, pois nova licitação teria de ser realizada, reabrindo-se os prazos previstos na lei, com consideráveis prejuízos econômicos e temporais, em contraponto a princípios relevantes, dentre os quais a economicidade e a eficiência. (Processo nº 88672/15, Consulta do Município de Mercedes, Relator Conselheiro Nestor Baptista, Acórdão 877/16, Tribunal Pleno, Sessão 03/03/16). (grifo nosso)

Após a negativa da autoridade administrativa, a questão foi encaminhada ao Tribunal de Contas da União, onde ainda se encontra sob análise. A primeira unidade técnica responsável a atuar no feito manifestou-se favoravelmente à solução dada pelo Município de Cocal do Sul – SC, nos seguintes termos:

[...] 14.A argumentação da empresa [...], de que esse favorecimento estaria ferindo os princípios da economicidade e competitividade, estabelecidos no artigo 3º da lei 8.666/1993, não merece prosperar, afinal, se as microempresas estivessem aptas a oferecerem o melhor preço, desnecessário seria o tratamento diferenciado.

15. O objetivo da lei é justamente favorecer um determinado segmento econômico, sendo admissível, nesse quadro, que a Administração adquira bens e serviços não necessariamente pelo menor preço.

16. Há, evidentemente, limites para esse favorecimento, e esses estão estabelecidos no art. 49 da lei complementar 123/2006 e no art. 10 do decreto 8538/2015.

17. No caso do preço, argumento usado pela empresa [...], a Administração da prefeitura de Cocal do Sul não poderia homologar às microempresas, itens cujos valores fossem superiores ao preço de referência, *ex-vi* do art. 10, inciso I do decreto 8538/2015.

18. Em consulta ao portal de licitações da prefeitura, verifica-se que há 3 atas homologadas a partir do Pregão Presencial 18/2017, que juntamos como peças 2, 3 e 4. Não estão contemplados todos os itens licitados, mas todos os que constam das referidas atas possuem preço inferior aos que constam na planilha com os preços de referência, Anexo II do edital (peça 5).

19. No que trata da ausência de competitividade, por não haver 3 microempresas apresentando cotação, verifica-se que a exigência legal é de que haja 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, inexistindo alusão à efetiva participação dessas empresas no certame.

20. O fato de haver apenas um participante enquadrado como microempresa pode ferir o princípio da competitividade, mas trata-se de uma questão ainda a ser dirimida pelos tribunais ou por aperfeiçoamento legal, já que o objetivo da lei complementar 123/2006 e suas alterações, ao favorecer as microempresas e empresas de pequeno porte, conforme consta no art. 47, é 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, mesmo à custa de desconsideração de princípios contidos na lei 8.666/1993.

21. Até mesmo a lei 8666/1993 sofreu ajustes, com a introdução de disposições para favorecer as microempresas e empresas de pequeno porte, por meio da lei complementar 147/2014:

Art. 3º [...] § 14. As preferências definidas neste artigo e nas demais normas de licitação e contratos devem privilegiar o tratamento diferenciado e favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte na forma da lei.

Art. 5º-A. As normas de licitações e contratos devem privilegiar o tratamento diferenciado e favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte na forma da lei. [...] (grifo nosso)

O relator do processo no TCU, todavia, não acolheu a proposta da unidade técnica do Tribunal e determinou a adoção de medidas saneadoras, pelos seguintes motivos:

[...] o art. 49, II, da LC nº 123, de 2006, deve ser interpretado no sentido de exigir a efetiva participação de, no mínimo, 3 (três) fornecedores competitivos dentro do correspondente certame, não bastando aí que as ME e EPP existam na localidade ou região sem participarem do processo licitatório, até porque somente com essa efetiva participação no certame é que se pode apurar a efetiva capacidade de a ME ou a EPP “*cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório*”, devendo-se anotar, ainda, que a mera participação de 1 (uma) única ME ou EPP no processo licitatório resultaria evidentemente em tratamento não vantajoso para a administração pública, com inegável ofensa, então, ao art. 49, III, da LC nº 123, de 2006;

[...] a circunstância fixada pela LC nº 123, de 2006, é bem similar à estatuída pela Lei nº 8.666, de 1993, para a licitação mediante convite, quando, em plena sintonia com a jurisprudência do TCU (v.g.: Acórdãos 1.620/2010, 847/2010, 716/2010, 1.732/2009, 1.906/2008, do Plenário, e Acórdãos 3.520/2013, 722/2012, 591/2010, 4.126/2009, da 2ª Câmara), exige-se a repetição do certame, com a chamada de novos participantes, diante do não comparecimento de, no mínimo, 3 (três) propostas válidas;

[...] por esse prisma, a presente representação tenderia a se mostrar procedente, resultando na subsequente anulação parcial ou total do referido Pregão 18/FMS/2017, aí incluídos todos os eventuais atos ainda pendentes de execução no bojo do subsequente contrato, de sorte que, para a aplicação dos arts. 47, 48, I, e 49 II e III, se exigiria a efetiva participação de, no mínimo, 3 (três) fornecedores competitivos dentro do certame destinado exclusivamente às ME e EPP; [...]

Por fim, a posição do professor Justen Filho (2007, p. 122-123) também se mostra contrária à solução contemplada no subitem 3.3.1 é. Para o renomado professor:

A restrição em favor da participação de pequenas empresas não pode conduzir à eliminação da competitividade. Por isso, o art. 49, inc. II, determina que não se aplicará o regime de licitação diferenciadas quando ‘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’. A redação legal certamente produzirá sérios problemas, eis que não se faz alusão à efetiva participação de um número mínimo de licitantes. O que se estabelece é a existência de pelo menos três empresas em condições de competir. A natureza peculiar da disposição conduz à necessidade de tratamento hermenêutico ampliativo da disposição. A vontade legislativa não é a restrição absoluta da disputa, mas a competição entre pequenas empresas. Sob esse prisma, a vedação à participação de empresas de maior porte poderá ser justificada se houver uma efetiva e concreta competição entre pequenas empresas. Daí a proposta de interpretação, no sentido de que será necessária a existência de três fornecedores em condições de participar do certame. Esse será um requisito de adoção da licitação diferenciada, restrita à participação de pequenas empresas. No entanto, a validade da licitação dependerá da efetiva participação de pelo menos três licitantes em condições de efetiva competição.

Os contrários à tese sustentam que ela afronta a competitividade e sugerem, diante da literalidade da lei, a necessidade de tratamento hermenêutico ampliativo da disposição contida no art. 49, II, da LC 123/2006, para assim, a um só tempo, impedir que a participação de apenas 1 MPE acarrete tratamento desvantajoso para a administração pública, com ofensa ao art. 49, III, e garantir que a vedação à participação de empresas de maior porte seja justificada apenas se houver uma efetiva e concreta competição entre MPE. Os favoráveis à tese, por outro lado, sustentam que exigir a efetiva participação do mínimo estipulado à sessão de licitação extrapola os comandos da lei. Ponderam, ainda, que o argumento de afronta aos princípios da economicidade e competitividade não se sustenta, ante o fato de que o

objetivo da lei é justamente favorecer um determinado segmento econômico, em face do que seria admissível à administração adquirir bens e serviços não necessariamente pelo menor preço. Entre prós e contra, o único ponto de consenso é o de que inexiste na lei alusão expressa à efetiva participação do mínimo de 3 MPE no certame. De acordo com a lição de Maximiliano (2011, p. 1), a “hermenêutica é a teoria científica da arte de interpretar”. Segundo o aludido doutrinador:

O jurista, esclarecido pela Hermenêutica, descobre, em Código, ou em um ato escrito, a frase implícita, mais diretamente aplicável a um fato do que o texto expresso. Multiplica as utilidades de uma obra; afirma o que o legislador decretaria, se previsse o incidente e o quisesse prevenir ou resolver; intervém como auxiliar prestimoso da realização do Direito. Granjeia especiais determinações, não por meio de novos dispositivos materializados, e, sim, pela concretização e desdobramento prático dos preceitos formais. Não perturba a harmonia do conjunto, nem altera as linhas arquitetônicas da obra; desce aos alicerces, e dali arranca tesouros de ideias, latentes até aquele dia, porém vivazes e lúcidos. Explica a matéria, afasta as contradições aparentes, dissipa as obscuridades e faltas de precisão, põe em relevo todo o conteúdo do preceito legal, deduz das disposições isoladas o princípio que lhes forma a base, e desse princípio as consequências que do mesmo decorrem.

Todo ato jurídico, ou lei positiva, consta de duas partes – o sentido íntimo e a expressão visível. Partir desta para descobrir aquele, através dos vocábulos atingir a ideia, fazer passar pela própria consciência a norma concreta, compreender o texto em seu significado e alcance; em uma palavra, subjetivar a regra objetiva: eis a operação mental que o intérprete realiza (MAXIMILIANO, 2011, p. 11-12).

Tendo em conta as preciosas lições do renomado autor, a proposta formulada pelos contrários à tese em exame no sentido de que se promova um “tratamento hermenêutico ampliativo da disposição contida no art. 49, II, da LC 123/2006” tem por objetivo precípuo prevenir ou resolver o incidente não antevisto pelo legislador de que o uso literal do dispositivo em tela acarretaria um “tratamento desvantajoso para a administração pública” e, em especial, uma “afronta ao princípio da competitividade”. Defender essa intervenção hermenêutica seria necessário, assim, para se “descobrir o sentido íntimo” da lei positiva, de modo a “compreender o texto em seu significado e alcance”. Um questionamento necessário em relação à proposta dos que se mostram contrários à tese em exame reside em saber se, de fato, o legislador não anteviu o resultado que se pretende evitar com o tratamento hermenêutico que se quer dar ao art. 49, II. Desse modo, intervém o intérprete como auxiliar prestimoso da realização do Direito ou nega a sua realização?

CONCLUSÃO

Lembram os favoráveis à tese em exame que o objetivo da lei é justamente favorecer um determinado segmento econômico. Nesse sentido, Stroppa (2013) observa que um dos alicerces do nosso ordenamento jurídico-constitucional é a ideia de função social, e que, na busca da função social, o Estado passou a se utilizar de seu poder de compra com o objetivo de promover o desenvolvimento econômico sustentável, gerar emprego e renda para uma grande parcela da sociedade e erradicar a pobreza. Entre os mecanismos para alcançar esse fim, a autora lista a preferência aos bens e serviços nacionais, pela inserção de critérios ambientais, sociais e econômicos nos certames, objetivando o desenvolvimento da sociedade em seu sentido amplo e a preservação de um meio ambiente equilibrado, denominada “licitação sustentável”, bem como a garantia de privilégios à MPE, quando da participação em certames licitatórios, como disciplinado na LC 123/2006. Fernandes (2008), por sua vez, lembra que a política do uso do poder de compra para desenvolver as MPE não é novidade nas administrações de outros países, sendo dispensado esse tipo de tratamento diferenciado nos contratos governamentais desde a Segunda Guerra como forma de fortalecer as

economias locais e, por consequência, a economia nacional. Talavera (2002, apud STROPPA 2013) lembra que “a função social significa a prevalência do interesse público sobre o privado, bem como a magnitude do proveito coletivo em detrimento do meramente individual”. Prossegue o mencionado autor observando que “este é fenômeno massivo que, modernamente, inspira todo o nosso ordenamento jurídico, rompendo com o padrão retributivo contido no brocardo *suum cuique tribuere* - ‘dar a cada um o seu’”. Ainda sobre o uso do poder de compra pelo Estado, Fernandes anota que o uso sistemático desse mecanismo permite que os fluxos de negócio e geração de renda se distribuam no contexto local ou regional, ampliem a renda das famílias, promovam o desenvolvimento de mercado, gerando aumento da arrecadação do impostos e receita para programas e ações locais. Os números a seguir, divulgados pelo Sebrae dão conta da importância da participação das MPE na economia brasileira. No Setor de Serviços, as MPE geraram 36,3% do total do valor adicionado do setor; representavam 98,1% do número de empresas; empregaram 43,5% dos trabalhadores; e, pagaram 27,8% das remunerações de empregados no período. No Setor de Comércio as MPE, geraram 53,4% do total do valor adicionado do setor; representavam 99,2% do número de empresas; empregaram 69,5% do pessoal ocupado no setor; e, pagaram 49,7% das remunerações dos empregados do setor no período. No Setor Industrial as MPE – geraram 22,5% do valor adicionado do setor; representavam 95,5% do número de empresas; empregaram 42% do pessoal ocupado no setor; e pagaram 25,7% das remunerações de empregados no período. Parece incontroverso que, em igualdade de condições, são reduzidas as possibilidades de sucesso das MPE em contraposição às corporações de maior porte. Em interessante estudo sobre a hipótese de o tratamento diferenciado previsto na LC 123/2006 afrontar a isonomia defendida pela Constituição Federal, Gontijo (2012) conclui que a suposta desigualdade prevista na lei consagra o aludido princípio tratando de modo desigual os que se encontram em situação diferente. Esse mesmo ponto de vista é compartilhado por Fernandes (2009), para que, “ao elaborar normas que privilegiem determinado setor da sociedade o legislador busca reduzir uma desigualdade preexistente”.

É nessa linha, inclusive, a observação feita pela unidade técnica do TCU no parecer elaborado no âmbito do processo de representação que trata do assunto naquela Corte de Contas, ao observar que “se as MPE estivessem aptas a oferecer o melhor preço, desnecessário seria o tratamento diferenciado”. Resulta desse contexto que seria pouco provável algum sucesso significativo do legislador no sentido de transformar as MPE em indutoras da promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, da ampliação da eficiência das políticas públicas e do incentivo à inovação tecnológica caso prevalecesse em nosso ordenamento jurídico a rigidez das regras inicialmente previstas na Lei nº 8.666, de 1993, em favor do valor absoluto dos princípios da economicidade e da busca pela melhor oferta. Não por outro motivo, conforme já apresentado neste artigo, as regras voltadas para os processos licitatórios foram progressivamente sofrendo o influxo dos interesses de ordem constitucional, culminando com as alterações promovidas no próprio Estatuto Licitatório, que passou a albergar, de modo expresso, a prevalência do tratamento diferenciado e favorecido às MPE sobre as normas de licitação (art. 3º, § 14, e 5º-A da Lei nº 8.666, de 1993).

Art. 3º

[...] § 14. As preferências definidas neste artigo e nas demais normas de licitação e contratos devem privilegiar o tratamento diferenciado e favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte na forma da lei. (Incluído pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

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

A proposta de “tratamento hermenêutico” ao art. 49, II, da LC 123/2009 parece distante dessa realidade. A propósito, não é rara a

crítica ao método interpretativo de se tomar a parte pelo todo. Maximiliano (2011, p. 23-24), a propósito, observa que:

A pesquisa da intenção ou do pensamento contido no texto arrasta o intérprete a um terreno movediço, pondo-o em risco de tresmalhar-se em inundações subjetivas. Demais restringe o campo da sua atividade: ao invés de a estender a toda a substância do Direito, limita ao elemento espiritual da norma jurídica, isto é, a uma *parte* do objeto da exegese e eventualmente um dos instrumentos desta. (grifo do original)

Certamente que os que se opõem à validade da tese em exame não desconhecem os demais valores que elevaram a licitação a um patamar de agente de política pública. Sob esse prisma, poderia se supor que a intenção por trás da proposta de dar “*tratamento hermenêutico*” ao art. 49, II, da LC 123/2006, seria a de promover uma ponderação (DWORKIN, 2002, p. 39 e 42) entre os diversos princípios envolvidos, com a prevalência dos tradicionais princípios orientadores do processo licitatório (economicidade e melhor proposta). Tal resultado, contudo, soaria teratológico, na medida em que resultaria em desfazer o longo caminho trilhado pelos legisladores constituinte e ordinário.

CONCLUSÃO

Os autores deste artigo se filiam aos que defendem a tese de que, como regra, observada a exigência legal de que haja um mínimo de 3 fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório, o comparecimento de uma única MPE ao certame é suficiente para impedir a participação de empresas não enquadradas nessa categoria. Assim se dá pelo reconhecimento de que a ponderação entre os valores em jogo já foi realizada pelo legislador, sujeitando o intérprete eventualmente interessado em mudar essa orientação um ônus maior argumentativo. Reconhecer em nosso ordenamento jurídico a primazia dos valores já ponderados pelo legislador é garantir à licitação pública, por meio do poder de compra pelo Estado, o seu papel de agente modificador da realidade social no país. Seu uso sistemático nesse sentido, nas palavras de Fernandes (2008), permite que os fluxos de negócio e geração de renda se distribuam no contexto local ou regional, ampliem a renda das famílias, promovam o desenvolvimento do mercado, gerando aumento da arrecadação dos impostos e receita para programas e ações locais. Sob esse enfoque, poderia haver espaço para se indagar se a administração estaria obrigada a comprovar a realização de pesquisa prévia acerca da existência do número mínimo de MPE local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório, mas não se esse número mínimo deveria estar presente ao certame.

Tal comprovação não se mostra remota, ante a prevalência de objetos e serviços de baixa complexidade e de repetidas demandas. Importa reconhecer, ainda, que a ponderação de valores pressupõe a subsistência, em alguma medida, daqueles que cederam espaço para o que se revelou preponderante no caso concreto. No cenário estudado, os “preços de referência” servem de parâmetro legítimo para a subsistência dos princípios da competitividade e economicidade.

REFERÊNCIAS

- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo. Malheiros, 2014.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Martins Fontes. São Paulo, 2002.
- FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *A importância do município comprar da micro e pequena empresa*. Fórum de Contratação e Gestão Pública. Belo Horizonte, ano 7, nº 84, dez. 2008.
- FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Micro e pequenas empresas têm direito de preferência em licitações do Governo*. Fórum de Contratação e Gestão Pública. Belo Horizonte, ano 8, nº 91, jul. 2009.
- FERRERIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. 3. ed. Rio de Janeiro. Nova Fronteira. 1999.
- GONTIJO, Cláudia da Franca. *O estatuto da microempresa e empresa de pequeno porte nas licitações públicas e o princípio da isonomia*. Brasília, DF. Originalmente apresentada como monografia, Instituto Brasileiro de Direito Público, 2012. Disponível em: <http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/783/Monografia_Claudia%20da%20Franca%20Gontijo.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 25/8/2018.
- JUSTEN, Marçal Filho. *O estatuto da microempresa e as licitações públicas*. 2. ed. São Paulo. Dialética. 2007.
- MAXIMILIANO, Carlos Pereira dos Santos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 20. ed. Forense. Rio de Janeiro. 2011.
- RIGOLIN, Ivan Barbosa. *Micro e pequenas empresas em licitação – A LC nº 123, de 14.12.06 – Comentários aos arts. 42 a 49*. Fórum de Contratação e Gestão Pública. Belo Horizonte, ano 6, nº 61, jan. 2007.
- SCARPINO, Luiz Eugênio Junior. *As licitações diferenciadas na Lei Geral da Micro e Pequena Empresa, princípios da isonomia e economicidade nas contratações públicas*. Fórum de Contratação e Gestão Pública. Belo Horizonte, ano 8, nº 90, Fórum, jun. 2009.
- STROPPA, Christianne de Carvalho. *A participação das micro e pequenas empresas nas compras governamentais*. Boletim de licitações e contratos. Rio de Janeiro. Nova Dimensão Jurídica, ano 26, nº 2, fev. 2013.
