



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO
CURSO DE DIREITO

Weritt Cleyton Souza Mendes

**O TRATAMENTO DIFERENCIADO CONCEDIDO ÀS MICROEMPRESAS E
EMPRESAS DE PEQUENO PORTE NO ÂMBITO DAS NORMAS QUE
DISCIPLINAM AS LICITAÇÕES PÚBLICAS**

Florianópolis
2023

Weritt Cleyton Souza Mendes

**O TRATAMENTO DIFERENCIADO CONCEDIDO ÀS MICROEMPRESAS E
EMPRESAS DE PEQUENO PORTE NO ÂMBITO DAS NORMAS QUE
DISCIPLINAM AS LICITAÇÕES PÚBLICAS**

Trabalho de Conclusão de Curso submetido ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Gilson Wessler Michels

Florianópolis

2023

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

Mendes, Weritt Cleyton Souza

O tratamento diferenciado concedido às microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito das normas que disciplinam as licitações públicas / Weritt Cleyton Souza Mendes ; orientador, Gilson Wessler Michels, 2023.

60 p.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) -
Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Graduação em Direito, Florianópolis, 2023.

Inclui referências.

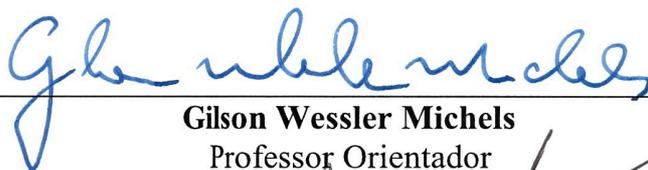
1. Direito. 2. Direito Administrativo. 3. Licitações públicas. 4. Tratamento diferenciado e simplificado. 5. Micro e pequena empresa. I. Michels, Gilson Wessler. II. Universidade Federal de Santa Catarina. Graduação em Direito. III. Título.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

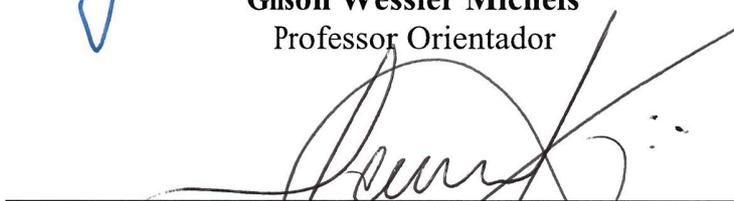
TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado “O tratamento diferenciado concedido às microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito das normas que disciplinam as licitações públicas”, elaborado pelo(a) acadêmico(a) “**Weritt Cleyton Souza Mendes**”, defendido em **28/11/2023** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10 (DEZ), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

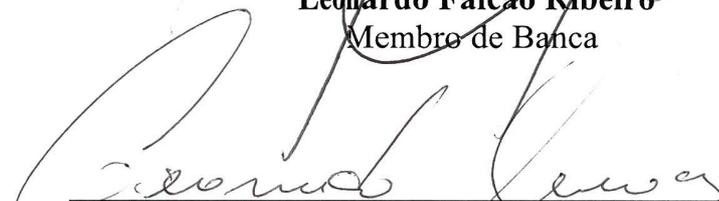
Florianópolis, 28 de Novembro de 2023



Gilson Wessler Michels
Professor Orientador



Leonardo Falcão Ribeiro
Membro de Banca



Leonardo Ulisses Moraes
Membro de Banca





Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluno(a): Weritt Cleyton Souza Mendes

RG/CPF: 05415570179

Matrícula: 19205071

Título do TCC: O tratamento diferenciado concedido às microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito das normas que disciplinam as licitações públicas

Orientador(a): Gilson Wessler Michels

Eu, Weritt Cleyton Souza Mendes , acima qualificado(a); venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido

Florianópolis, 28 de novembro de 2023.

Assinatura manuscrita em azul-escuro de Weritt C.S. Mendes.

WERITT CLEYTON SOUZA MENDES

A Deus, minha fortaleza em todo o tempo,
e à minha família, minha base.

AGRADECIMENTOS

Finalizar a graduação é uma conquista a ser celebrada. Houve dificuldades no meio do caminho, mas o importante é que elas foram vencidas.

Agradeço a Deus, que me deu vida e me concedeu a oportunidade de chegar até aqui, me sustentando a cada instante. Aos meus pais, que me deram todo o suporte para que esse momento pudesse se tornar realidade. Pai e mãe, essa conquista é fruto do incentivo que vocês me deram desde a minha infância para os estudos. Vocês sempre se esforçaram ao máximo para que eu, e também meus irmãos, tivéssemos acesso à educação. Vocês também me ensinaram princípios e valores que levarei para a vida. Obrigado por tudo.

Quero agradecer também aos meus irmãos que me apoiaram e torceram por mim. Vocês me inspiram na luta pelos meus objetivos.

Minha gratidão aos meus amigos que estão longe e àqueles que fiz nesta cidade. Obrigado pelas dicas e conselhos, por me motivarem, especialmente nessa reta final, e torcerem por mim. Agradeço também aos meus colegas de trabalho pela compreensão e por comemorarem comigo as minhas conquistas.

Meus agradecimentos aos servidores da Coordenação do Curso de Direito, que sempre foram muito solícitos todas as vezes em que precisei de auxílio.

Agradeço também ao Prof. Gilson Wessler Michels por aceitar ser meu orientador neste trabalho. Obrigado pela paciência e compreensão.

Por fim, meus agradecimentos aos membros da banca e a todos aqueles que de alguma forma contribuíram para a minha formação.

RESUMO

As contratações públicas movimentam uma grande quantidade de recursos todos os anos. Ciente disso, o Estado passou a ver nelas uma maneira de instrumentalizar políticas públicas. Nesse contexto, alterações são realizadas na Lei Geral de Licitações, Lei nº 8.666/93, para fazer constar como um dos seus objetivos a promoção do desenvolvimento nacional sustentável. Noutra seara, a Constituição Federal prescreveu ao Estado brasileiro a obrigação de dar tratamento diferenciado e simplificado no âmbito administrativo, tributário, previdenciário e creditício para as micro e pequenas empresas. Considerando que elas enfrentam maiores dificuldades de permanecerem ativas que grandes empresas, em 2006, é criada a Lei Complementar nº 123/2006, a qual instituiu o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, o qual, entre suas disposições, trouxe a previsão do tratamento diferenciado às estas empresas nas licitações públicas. Este tratamento diferenciado foi mantido na Nova Lei de Licitações, Lei nº 14.133/2021, com algumas restrições. A bem da verdade, a concessão desses benefícios gera opiniões divergentes entre a doutrina. Este trabalho visa apresentar esses posicionamentos.

Palavras-chave: Licitações; Políticas Públicas; Tratamento Diferenciado e Simplificado; Micro e Pequenas Empresas.

ABSTRACT

Public procurement moves a large amount of resources every year. Aware of this, the State began to see in them a way to instrumentalize public policies. In this context, changes are made to the General Bidding Law, Law 8,666/93, to make the promotion of sustainable national development one of its objectives. In another area, the Federal Constitution prescribed to the Brazilian State the obligation to give differentiated and simplified treatment in the administrative, tax, social security and credit for micro and small companies. whereas they face greater difficulties in remaining active than large companies, in 2006, Complementary Law 123/2006 was created, which established the National Statute for Micro and Small Enterprises, which, among its provisions, brought the forecast of differentiated treatment to these companies in public tenders. This differentiated treatment was maintained in the New Bidding Law, Law 14.133/2021, with some restrictions. In truth, the granting of these benefits generates divergent opinions among the doctrine. This paper aims to present these positions.

Keywords: Bidding; Public Policies; Differentiated and Simplified Treatment; Micro and Small Enterprises.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	11
2 AS LICITAÇÕES COMO FERRAMENTA DE DESENVOLVIMENTO SOCIAL.....	13
2.1 A NATUREZA JURÍDICA E OS OBJETIVOS DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO.....	13
2.2 O USO DAS LICITAÇÕES COMO INSTRUMENTO PARA A VIABILIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS..	17
3 AS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS E OS BENEFÍCIOS CONCEDIDOS NAS LICITAÇÕES.....	24
3.1 AS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE.....	24
3.2 BENEFÍCIOS DISPENSADOS ÀS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE NAS LICITAÇÕES.....	30
3.2.1 Regularização tardia da habilitação fiscal e trabalhista.....	30
3.2.2 Empate ficto.....	31
3.2.3 Cédula de crédito microempresarial.....	31
3.2.4 Tratamento diferenciado e simplificado.....	32
3.3 O TRATAMENTO DIFERENCIADO NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES.....	34
4 CRÍTICA DOUTRINÁRIA A RESPEITO DOS BENEFÍCIOS CONCEDIDOS ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS NAS LICITAÇÕES.....	35
4.1 POSIÇÃO DOUTRINÁRIA SOBRE O USO DA LICITAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE POLÍTICA PÚBLICA.....	36
4.1.1 A crítica de Joel Menezes Niebuhr ao uso das licitações como instrumento de política pública.....	38
4.2 POSIÇÃO DOUTRINÁRIA A RESPEITO DOS BENEFÍCIO TRAZIDOS PELA LC Nº 123/2006.....	41
4.2.1 Regularização tardia da documentação fiscal e trabalhista.....	41
4.2.2 Empate Ficto.....	42
4.2.3 Tratamento diferenciado e simplificado.....	43
4.3 A ANÁLISE REALIZADA PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO SOBRE O IMPACTO FINANCEIRO DO TRATAMENTO DIFERENCIADO ÀS MPES.....	52
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	55
REFERÊNCIAS.....	57

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho se insere no âmbito do Direito Administrativo e do Direito Constitucional e aborda o tratamento diferenciado concedido às microempresas e empresas de pequeno porte nas licitações públicas.

Através de revisão bibliográfica, busca-se apresentar os benefícios decorrentes desse tratamento diferenciado, examinando suas bases legais, fundamentos constitucionais e os debates doutrinários que envolvem essa política pública. Ao longo desta pesquisa, serão analisadas as principais vertentes de argumentação, confrontando visões favoráveis e críticas ao tratamento especial concedido a essas empresas no âmbito das licitações.

O tema abordado se mostra relevante na medida que se discute maneiras de impulsionar o desenvolvimento socioeconômico do país, principalmente através de incentivos aos setores mais vulneráveis, entres os quais se encontram as microempresas e empresas de pequeno porte.

Em decorrência da grande movimentação de recursos nas licitações públicas, entendeu-se que seria importante se utilizar disso para fomentar o desenvolvimento socioeconômico destas empresas. Isso traz à tona a discussão a respeito dos objetivos das licitações públicas conjugados com os objetivos socioeconômicos do Estado brasileiro. Discute-se se as licitações podem ser utilizadas para além do seu fim precípua e, mais especificamente, qual a implicação desse uso para a Administração Pública e para os demais participantes nas contratações públicas, além da natureza dos benefícios concedidos.

Para a realização deste trabalho será utilizado o método dedutivo. Quanto à técnica, será utilizada a de pesquisa bibliográfica, empregando-se, principalmente, da legislação constitucional e infraconstitucional brasileira e de obras jurídicas, artigos e dados estatísticos.

No segundo capítulo, discute-se brevemente a respeito da natureza jurídica da licitação e os seus objetivos, com foco no objetivo do desenvolvimento nacional. Ademais, traz-se um breve panorama acerca do uso das licitações como instrumento de política pública.

No terceiro capítulo, aborda-se a qualificação das micro e pequenas empresas, apresentando conjuntamente dados que demonstram a sua importância

no cenário econômico brasileiro. Além disso, discute-se também acerca das dificuldades enfrentadas por estes empreendimentos.

Encerrando o terceiro capítulo, apresenta-se quais são os benefícios trazidos pela legislação para as microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito do tratamento diferenciado concedido a elas, bem como uma rápida abordagem acerca da manutenção desses benefícios na Nova Lei de Licitações.

Salienta-se que o foco deste trabalho esteve em abordar esses benefícios preponderantemente à luz da Lei nº 8.666/2023, haja vista o pouco tempo transcorrido entre a promulgação da Nova Lei de Licitações, a qual muitos órgãos ainda estão se adaptando, e a produção deste trabalho

Por fim, o quarto capítulo inicia-se retomando a discussão do uso das licitações como instrumento de política pública, apresentando as visões de alguns dos principais doutrinadores do direito administrativo. A seguir, passa-se a abordar a posição dos mesmos doutrinadores a respeito do tratamento diferenciado concedido às microempresas e empresas de pequeno porte.

Nesse sentido, os juristas Marçal Justen Filho e Rafael Carvalho Rezende Oliveira serão amplamente favoráveis ao uso das licitações como instrumento de política pública e ao tratamento diferenciado às micro e pequenas empresas, enquanto que Joel de Menezes Niebuhr apresentará um posicionamento extremamente crítico a tais medidas.

Encerrando o quarto capítulo, apresenta-se um resumo de uma análise realizada pelo Tribunal de Contas da União no Acórdão 892/2020, a qual teve por objetivo verificar qual o impacto financeiro do tratamento diferenciado

Ressalte-se que este trabalho não tem o objetivo de esgotar o tema aqui debatido e nem de oferecer uma posição crítica acerca desses benefícios, mas apenas de apresentar o estado atual da coisa no meio doutrinário, através da exposição do ponto de vista de importantes doutrinadores do direito administrativo.

2 AS LICITAÇÕES COMO FERRAMENTA DE DESENVOLVIMENTO SOCIAL

As relações estabelecidas a partir do Estado não são as mesmas que aquelas desenvolvidas por particulares no seu dia-a-dia, devido à sua sujeição a um conjunto de normas e regulamentos que não se aplicam ao âmbito privado.

Entre essas relações, estão aquelas em que a Administração Pública, com o propósito de implementar políticas públicas, atender às demandas dos cidadãos e assegurar seu funcionamento eficaz, adquire bens e serviços de particulares, uma vez que, muitas vezes, não é viável ou vantajoso produzi-los internamente. E ao fazê-lo, ela deve seguir procedimentos previamente estabelecidos pela legislação.

2.1 A NATUREZA JURÍDICA E OS OBJETIVOS DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO

Em regra, sempre que a Administração Pública quer adquirir um bem ou serviço, ela deve fazê-lo por meio de licitação. A licitação é um procedimento administrativo por meio do qual a Administração Pública supre sua necessidade de bens e serviços, incluindo aqueles prestados à sociedade. Na conceituação de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, temos a licitação como:

[...] o procedimento administrativo pelo qual um ente público, no exercício da função administrativa, abre a todos os interessados, que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração de contrato (DI PIETRO, 2022, p. 410).

Ao realizar uma licitação, o Estado procura satisfazer suas necessidades sob o prisma do custo-benefício, isto é, busca obter a proposta mais vantajosa. Esse procedimento é disciplinado por lei e deve cumprir alguns requisitos e atender a alguns objetivos, consoante leciona Marçal Justen Filho:

Licitação é um procedimento administrativo destinado a permitir a competição entre os interessados em contratar com a Administração Pública, disciplinado por lei e por um ato administrativo prévio (edital), que estabelecem critérios objetivos para a seleção da proposta mais vantajosa e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, com observância do princípio da isonomia (JUSTEN FILHO, 2023, p. 253).

Nesse sentido, a licitação é uma derivação do princípio da indisponibilidade do interesse público, impondo limites à atuação administrativa no que se refere à escolha do contratante. Havendo uma necessidade da Administração e uma variedade de possíveis fornecedores, deve ser escolhida a proposta que melhor satisfaz o interesse público. Dessa maneira, tem-se a licitação como um princípio ao qual a administração está sujeita (DI PIETRO, 2022).

A licitação é um procedimento de natureza instrumental, uma vez que “não se constitui em um fim autônomo da Administração, mas é um instrumento para a realização dos princípios norteadores da atividade administrativa e do seu relacionamento com os particulares” (JUSTEN FILHO, 2023, p. 255). Nos dizeres de Rafael Carvalho Rezende Oliveira:

A licitação é uma regra constitucional (art. 37, XXI, da CRFB) que deve ser seguida para formalização de contratos pela Administração Pública. Trata-se, destarte, de procedimento administrativo instrumental, pois serve como instrumento necessário para o alcance de uma finalidade: a contratação pública (OLIVEIRA, 2023, p. 27).

A obrigatoriedade de licitar advém da própria Constituição Federal de 1988 (CF/88), a qual, em seu art. art. 37, inc. XXI, estabelece que, à exceção de situações previstas pela legislação, a contratação de obras, serviços, compras e alienações deve ser precedida de processo licitatório, o qual deve garantir igualdade de oportunidade a todos os concorrentes. As regras da licitação devem ainda incluir cláusulas que versem sobre as responsabilidades de pagamento, preservando as condições reais da proposta, de acordo com a lei, sendo permitida a imposição apenas de requisitos de qualificação técnica e econômica que sejam estritamente necessários para assegurar o cumprimento das obrigações. Ademais, estabelece a obrigatoriedade de licitação no caso de concessão ou permissão, quando da prestação de serviços públicos, consoante redação do seu art. 175 (BRASIL, 1988).

A disciplina normativa que rege o processo licitatório sofreu algumas mudanças desde a promulgação da CF/88. A primeira regulamentação pós-Constituição de 88 ficou a cargo da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a qual estabeleceu as fases do procedimento licitatório, os princípios a serem observados nelas, as modalidades e os tipos de licitação e também os seus objetivos, entre outros aspectos referentes às contratações públicas. Além desta lei, outro importante dispositivo foi a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, que instituiu uma

nova modalidade de licitação, o pregão, e a Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, que estabeleceu uma outra modalidade, o Regime Diferenciado de Contratação - RDC, inicialmente pensado para a Copa do Mundo de 2014 e para os Jogos Olímpicos de 2016 e para construção e melhoria de aeroportos distantes até 350 Km das cidades-sedes (BRASIL, 2011), mas que acabou tendo o seu uso expandido para outras situações pela legislação posteriormente.

A Lei nº 8.666/93 foi pensada em um contexto de combate aos problemas de corrupção existentes na administração pública brasileira, uma vez que foi criada pouco tempo depois do processo de impeachment do então Presidente da República no Brasil Fernando Collor de Mello (ALVES, 2020). Nesse sentido, foi instituído um regime de contratações públicas formalista em excesso, buscando-se reduzir a discricionariedade do Administrador e o aprimoramento dos mecanismos de fiscalização (OLIVEIRA, 2023).

Todavia, o resultado foi uma lei burocrática que tornou o processo licitatório mais engessado, atraindo críticas por facilitar o cometimento de fraudes e corrupção, aumentar os custos dos bens e serviços adquiridos e levar a sua judicialização excessiva (TRAJANO, 2012). Diante disso, em 2021, foi promulgada a Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, criando a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, a qual conjugou as diversas disposições legais dispersas na legislação em um só diploma e trouxe um pouco mais de flexibilidade às licitações públicas, além de ter extinguido as modalidades Tomada de preço e Convite e instituído a modalidade Diálogo Competitivo, inspirada no direito da União Europeia.

O referido dispositivo possuía como data para início de vigência o dia 1º de abril de 2023, contudo, devido a necessidade dos estados e municípios realizarem adequações, este prazo acabou sendo adiado para dezembro/2023, com alguns poucos órgãos já a aplicando na atualidade. Por isso, considerando que a nova legislação possui muito pouco tempo de vigência, não sendo possível apurar seus impactos na administração pública ainda, esse trabalho foi elaborado predominantemente sob o marco normativo da legislação anterior à Lei nº 14.133/2021.

O procedimento licitatório, conforme disposto no art. 3º da Lei nº 8.666/93, tem como objetivos garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável. Em sua redação original, o art. 3º não fazia

menção à “promoção do desenvolvimento nacional sustentável”. Este só foi incluído a partir de 2010, por meio da Medida Provisória nº 495, de 19 de julho de 2010, posteriormente convertida em lei, através da Lei nº 12.349, de 15 de dezembro de 2010.

Nesse sentido, observa-se uma ampliação dos objetivos do processo licitatório, atribuindo-lhe funções até então inexistentes. Pensa-se agora no processo licitatório não apenas como um mero processo formal para aquisição de bens e serviços, mas também como um instrumento para a viabilização de políticas públicas. Isso por conta da grande movimentação de recursos e do impacto econômico que as licitações podem causar.

Tais objetivos foram ampliados na Nova Lei de Licitações, a qual trouxe em seu art. 11 que são objetivos do processo licitatório:

- I - assegurar a seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto;
- II - assegurar tratamento isonômico entre os licitantes, bem como a justa competição;
- III - evitar contratações com sobrepreço ou com preços manifestamente inexequíveis e superfaturamento na execução dos contratos;
- IV - incentivar a inovação e o desenvolvimento nacional sustentável. (BRASIL, 2021).

Disto observa-se que, embora o objetivo imediato da licitação seja a satisfação das necessidades da administração, ela visa atingir também outras finalidades, revelando uma preocupação com a eficiência e a sustentabilidade das contratações públicas (OLIVEIRA, 2023. Justen Filho (2023), afastando o enfoque formalista da licitação, arremata que não basta apenas a realização da licitação, é essencial que ela assegure que as finalidades estabelecidas pela Constituição sejam cumpridas de forma eficaz. Desta maneira, a proposta vantajosa a ser contratada pela administração não se baseia apenas em termos econômicos, mas em também em outras finalidades extraeconômicas (OLIVEIRA, 2023), o que se denomina função regulatória da licitação:

Por esta teoria, o instituto na licitação não se presta, tão somente, para que a Administração realize a contratação de bens e serviços a um menor custo; o referido instituto tem espectro mais abrangente, servindo como instrumento para o atendimento de finalidades públicas outras, consagradas constitucionalmente (OLIVEIRA, 2023, p. 27).

Por esse prisma, as aquisições governamentais passam a ser vistas como meio para a consecução de outros intentos, além da realização de compras, serviços e alienações, com o Estado intervindo em múltiplos setores do país, como o econômico, social, tecnológico, entre outros (JUSTEN FILHO, 2023). Assim, ao realizar uma licitação, o Estado não busca apenas obter o contrato que seja econômica e tecnicamente mais vantajoso, mas também se utilizar do momento da contratação para impulsionar o desenvolvimento nacional sustentável. (JUSTEN FILHO, 2023).

Desenvolvimento sustentável implica em proporcionar a todos um nível mínimo de progresso econômico e ambiental, sem ultrapassar os limites dos recursos naturais dos quais esse progresso depende, o que envolve a busca de um equilíbrio entre tecnologia e meio ambiente, ao mesmo tempo em que promove a justiça e a igualdade social (CARVALHO, 2022). Nos dizeres de Justen Filho:

O desenvolvimento nacional sustentável significa o crescimento econômico norteado pela preservação do meio ambiente. Portanto, a licitação deve ser estruturada de modo a promover o crescimento econômico nacional em termos compatíveis com a proteção ao meio ambiente (JUSTEN FILHO, 2023, p. 260).

Entretanto, não é a licitação que promove o desenvolvimento nacional sustentável em si, mas a contratação dela advinda (JUSTEN FILHO, 2023).

Apesar da importância da função regulatória, Carvalho (2023) alerta que a inclusão de objetivos extra-econômicos nas licitações públicas deve ser planejada, motivada e justificada, tendo em vista que a licitação não é a ferramenta principal para abordar os diversos desafios da Administração Pública, e o propósito imediato da contratação pública é a execução do objeto contratado.

2.2 O USO DAS LICITAÇÕES COMO INSTRUMENTO PARA A VIABILIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Entendida a natureza jurídica e os objetivos do processo licitatório, é importante compreender como o Estado brasileiro passou a se utilizar das contratações públicas para a promoção do desenvolvimento socioeconômico do país.

A Constituição Federal estabeleceu em seu art. 1º que o Brasil constitui-se em um Estado Democrático de Direito (BRASIL, 1988). Com esse paradigma, trouxe diversos comandos com vistas a impulsionar o desenvolvimento socioeconômico do país, estabelecendo que devem ser criados mecanismos e políticas públicas para desenvolvimento dos mais variados setores da sociedade. A esse respeito, nos ensina Justen Filho:

Em termos muito simples, cabem ao Estado não apenas competências repressivas e delimitadoras da autonomia privada e o fornecimento de utilidades destinadas à satisfação de necessidades coletivas. Também lhe incumbe uma função promocional orientada a incentivar o desenvolvimento econômico e social (JUSTEN FILHO, 2007, p. 27).

Assim, passam a ser criadas diversas iniciativas governamentais que desempenham um papel estratégico ao orientar as interações econômicas, atender às demandas da sociedade por uma ampla gama de bens e serviços públicos e executar outras medidas relevantes (PEREIRA et al., 2019).

Tendo em vista esses mandamentos constitucionais, o estado brasileiro passou a se utilizar de diferentes meios para sua aplicação, buscando atuar como um agente que estimula e facilita as atividades do setor privado (PEREIRA et al., 2019):

O Estado é quem formula leis, políticas e as próprias entidades públicas, o que culmina no desenvolvimento das atividades do setor privado. Ele não atua apenas nos setores típicos de ação pública, mas também naquelas áreas de caráter social, além de áreas estratégicas e importantes para a atividade de cunho econômico pelo país (PEREIRA et al., 2019, p. 7-8).

Nesse sentido, a partir da Constituição Federal de 88, o estado brasileiro passou a adotar como princípios basilares a promoção do desenvolvimento socioeconômico do país. Veja-se o disposto no art. 3 da CF/88:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
II - garantir o desenvolvimento nacional;
III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Ademais, ao tratar dos princípios que regeriam a ordem econômica, a Constituição Federal trouxe objetivos também relacionados ao desenvolvimento sustentável, consoante disposto no seu art. 170:

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:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

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

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

À vista disso, a CF/88 estabeleceu obrigações ao Estado Brasileiro em diferentes áreas, cabendo-lhe criar as políticas públicas necessárias para seu cumprimento. Entre essas áreas, está aquela referente à atividade empresarial, notadamente aquelas exercidas pelo micro e pequeno empresário.

Tal foi a importância dada pelo legislador constituinte originário às micro e pequenas empresas que estes deixaram expresso, uma vez mais, que o Estado deveria criar políticas visando o desenvolvimento delas, conforme pode-se ver no art. 179 da Carta Magna, o qual dispõe que:

A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando 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).

Como se observa do referido artigo e dos incisos XI e IX do art. 170, a própria CRFB/88 trouxe o comando para o estabelecimento de tratamento diferenciados às microempresas e pequenas empresas. Diante disso, procurou-se criar mecanismos para facilitar e fomentar o seu desenvolvimento nas mais diversas áreas a elas relacionadas, como na área tributária, ambiental, no acesso ao crédito, etc.

Tais benefícios ganharam concretude através da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, a qual instituiu o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, estabelecendo o tratamento diferenciado e favorecido às MPEs. Nela, foi trazida uma série de normativas referentes às atividades das micro e pequenas empresas, em especial na área tributária, através da instituição do Simples Nacional, que trouxe um sistema tributário mais simplificado para as micro e pequenas empresas. Além disso, também estabeleceu a possibilidade de se dar tratamento diferenciado às micro e pequenas empresas nas contratações públicas.

Posteriormente, a referida lei sofreu alterações pela Lei Complementar nº 147, de 7 de agosto de 2014, que estabeleceu a obrigatoriedade do tratamento diferenciado, retirando-o do campo da possibilidade. Assim, se antes dava-se ao administrador a escolha de conceder ou não o tratamento diferenciado e simplificado, consoante redação original do art. 47 da Lei Complementar nº. 123, agora, com a nova lei, isso se tornou uma imposição, como se infere da alteração trazida pelo art. 1º da LC nº 147/14, a qual substituiu o “poderá” por “deverá”.

É importante salientar que políticas públicas são viabilizadas por um conjunto de medidas nas mais diversas áreas. Por isso, ao se pensar em mecanismos para as micro e pequenas empresas, foram criadas medidas que as beneficiam na área tributária, com o já citado Simples Nacional, nas exportações, com um regime diferenciado para exportações de bens e serviços, na área administrativa, com tratamento diferenciado nas contratações públicas, entre outros. Uma vez que esse trabalho tem como escopo o tratamento diferenciado nas contratações públicas, não se fará análise dos benefícios em outras áreas de estudo, abordando apenas os que são atinentes à matéria de licitações.

Dado que o governo brasileiro (União, Estados e Municípios) movimenta uma grande quantidade de recursos anualmente nas contratações públicas, este passou a se utilizar do seu próprio poder de compras para impulsionar o desenvolvimento socioeconômico por meio de benefícios e incentivos em diversas áreas da economia e da administração. Sobre o tema, refletem da Silva Cunha e Le Bourlegart:

As compras públicas, além de garantir o suprimento de bens e serviços para o funcionamento do Estado, podem servir como forma de aumentar a demanda, estimular a economia, gerar mais empregos para os setores marginais, proteger empresas nacionais ou micro e pequenos empreendimentos, diminuir disparidades regionais, induzir a produção sustentável, fomentar tecnologia, influir na inovação, entre outros. (DA SILVA CUNHA e LE BOURLEGART, 2016, p. 411)

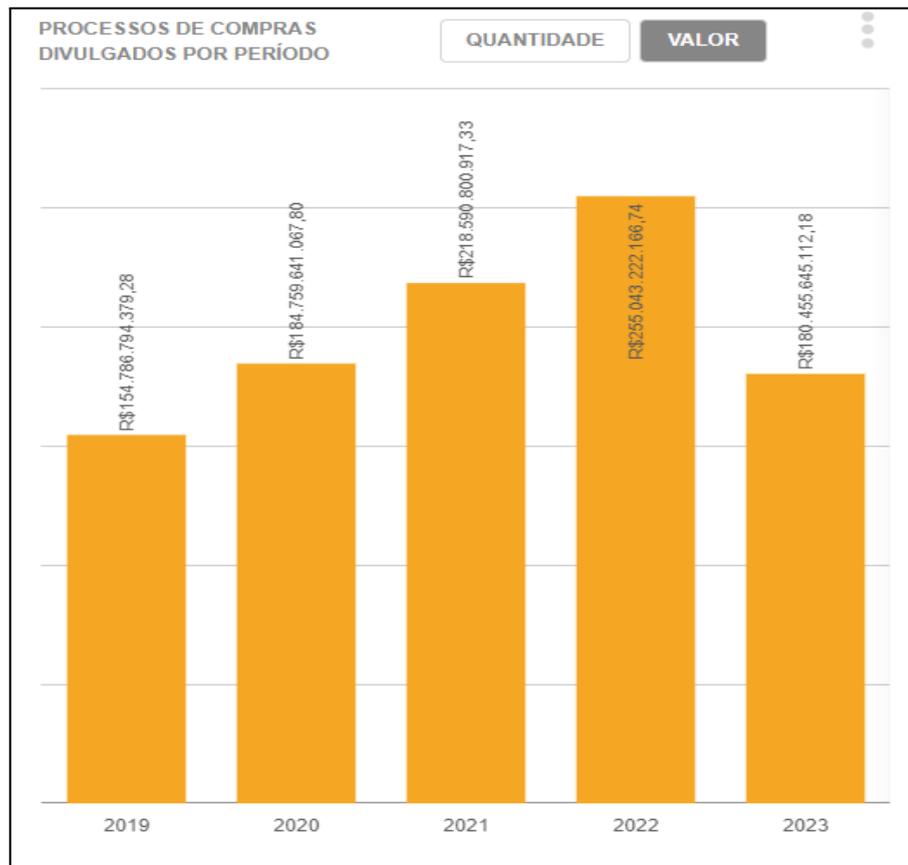
No que se refere ao impacto das compras governamentais na economia, têm-se estimativas de que este gire em torno de 8% a 25% do produto interno bruto (PIB) de um país (Moraes, 2017). Dados do Painel de Compras, do Ministério da Gestão e da Inovação em Serviços Públicos (2023), revelam que em 2022 foram realizados 193.735 processos de compra, enquanto que até outubro de 2023, já foram feitos mais de 150 mil. Tais processos resultaram, apenas em 2022, em mais de 255 bilhões de reais, enquanto que, em 2023, já passam dos 180 bilhões de reais. As imagens abaixo, extraídas do Painel de Compras (2023), revelam a expressividade das contratações públicas em termos de quantidades de processos e de movimentação de recursos ao longos dos últimos 5 anos:

Números de processos de compras realizados nos últimos 5 anos



Fonte: Painel de Compras, 2023

Valores estimados anuais dos processos de compras divulgados nos últimos 5 anos



Fonte: Painel de Compras, 2023

Assim, ciente do potencial de sua atuação econômica, o Estado Brasileiro passou a ver nas licitações uma forma de fomentar o desenvolvimento econômico do país e incluiu entre as finalidade das licitações públicas a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, conforme mostrado no subtópico anterior. Acerca dessa mudança de paradigma, da Silva Cunha e Le Bourlegat argumentam:

No entanto, ao longo do tempo, foi se verificando que o uso dessas ferramentas de licitação, exatamente pelos seus métodos transparentes e ágeis e com igualdade de acesso a todos os participantes interessados em ser fornecedor, poderia direcionar políticas públicas de interesse nacional, especialmente aquelas de natureza inclusiva, sustentável e inovadora. O uso do poder de compras governamentais poderia, nesse sentido, focalizar segmentos estratégicos e relevantes para esse fim. Assim, de simples atividade-meio a Licitação por meio do Pregão Eletrônico foi se transformando em atividade-fim, de relevante interesse coletivo (DA SILVA CUNHA e LE BOURLEGART, 2016, p. 414).

Entre os principais beneficiados por essa nova forma de se lidar com as contratações públicas estão as micro e pequenas empresas, as quais passaram a

ter alguns benefícios a seu favor nas licitações. Cabral, Reis e Sampaio destacam a importância do uso das contratações públicas para outros fins:

Preocupações com questões ligadas ao desempenho no setor público atingem diversas áreas, dentre as quais compras públicas. De fato, compras governamentais representam uma fatia substancial da economia de um país (Arlbjørn & Freytag, 2012) e, diante do poder de mercado do setor público, a contratação pública de bens e serviços é um meio importante e comumente usado para redistribuir recursos entre os agentes econômicos (Marion, 2007) e prover apoio às empresas locais e/ou de menor porte (Erridge, 2004; Karjalainen & Kemppainen, 2008; Nakabayashi, 2013; Thai, 2001). (CABRAL; REIS; SAMPAIO, 2015, p. 478)

Assim, foram estabelecidos uma série de benefícios nas legislações complementares para o fomento das micro e pequenas empresas nas licitações públicas, resultando numa mudança de paradigma, na qual as contratações públicas não visam apenas a proposta mais vantajosa sob o aspecto puramente econômico, mas também considerando os seus eventuais impactos socioeconômicos

Nesse sentido, ao se utilizar das licitações como um instrumento de política pública, o Estado aumenta as oportunidades dessas empresas permanecerem ativas e gerando desenvolvimento em suas localidades, uma vez que enfrentam maiores desafios para sobreviverem, mas são de fundamental importância para o país, como se verá no próximo capítulo.

3 AS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS E OS BENEFÍCIOS CONCEDIDOS NAS LICITAÇÕES

Conforme visto no capítulo anterior, a Constituição deixou o mandamento para o legislador implementar políticas públicas que atendessem às micro e pequenas empresas. Neste capítulo, se verá qual a definição de microempresa e empresa de pequeno porte, a sua importância para a economia brasileira, bem como suas dificuldades para permanecerem ativas e concorrerem com as grandes empresas. Ademais, se abordará os benefícios concedidos a elas, bem como os requisitos exigidos pela legislação para usufruí-los.

3.1 AS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE

A classificação de uma empresa em um determinado tipo não é consensual. Todavia, critérios trazidos pela legislação ou órgãos relacionados à Administração Pública ajudam nesse processo, classificando as empresas conforme o seu porte, considerando o faturamento anual ou a quantidade de funcionários.

As microempresas e empresas de pequeno porte têm as suas definições extraídas da Lei Complementar nº 123/2006. Consoante disposto em seu art. 3, são consideradas 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” (BRASIL, 2006). Elas devem se enquadrar numa das hipóteses trazidas nos incisos do referido artigo.

O inciso I estabelece que microempresa é aquela cuja receita bruta seja igual ou inferior a R\$ 360.000,00 em um ano-calendário. Já a empresa de pequeno porte, deve possuir receita bruta superior a R\$ 360.000,00 e igual ou inferior a R\$ 4.800.000,00 em um ano-calendário, conforme disposto no inciso II. A definição de receita bruta é trazida pelo § 1º, o qual dispõe que é considerado receita bruta, para fins do estabelecido no caput do art. 3º, “o produto da venda de bens e serviços nas operações de conta própria, o preço dos serviços prestados e o resultado nas operações em conta alheia, não incluídas as vendas canceladas e os descontos

incondicionais concedidos” (BRASIL, 2006). Por sua vez, ano-calendário se refere ao período de tempo compreendido entre 1º de janeiro e 31 de dezembro.

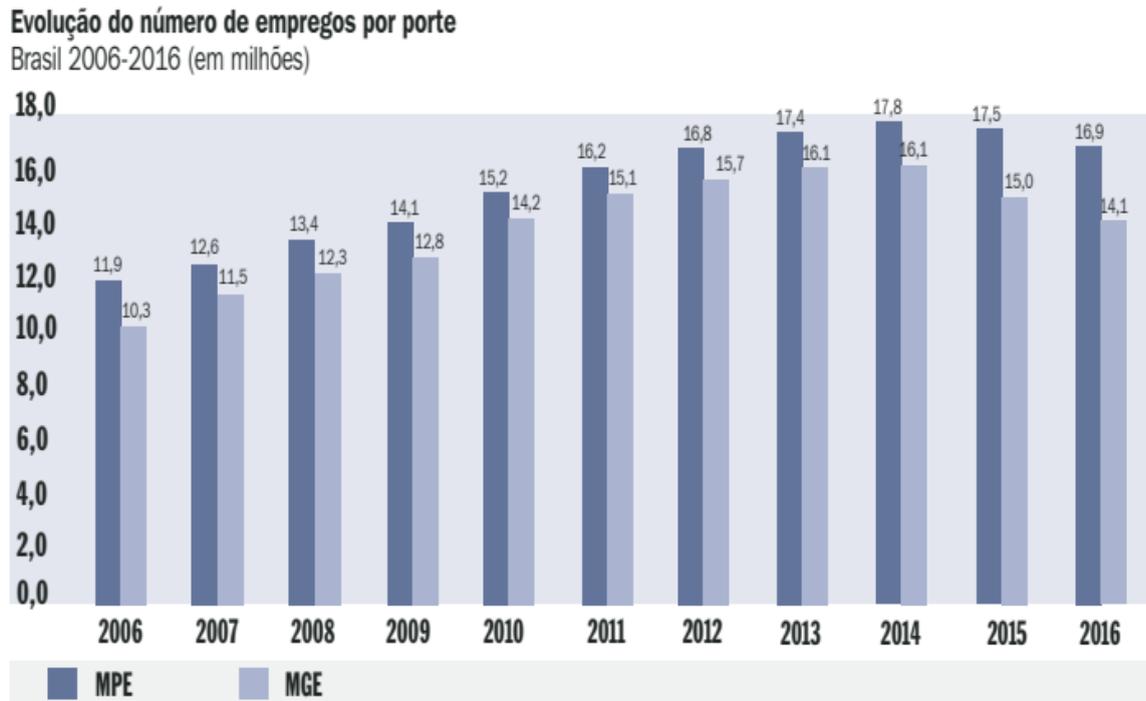
As MPEs predominam na economia brasileira e desempenham um papel importante no sistema econômico. Paulatinamente, elas vêm aumentando sua importância na economia do país. Em 1985, a participação delas na economia brasileira era de 21%, percentual que passou a ser de 23% em 2001 e que alcançou 27% em 2011 (SEBRAE, 2014). Conforme dados apresentados pelo Sebrae (2022), são mais de 7 milhões de pequenos empreendimentos. Além disso, em 2016, elas respondiam por cerca de 52% dos empregos com carteira assinada, de um universo de 16,1 milhões de empregos (SEBRAE, 2016). Dados referentes a janeiro a maio deste ano, revelam que as micro e pequenas empresas foram responsáveis por 7 em cada 10 empregos gerados no país (MOURA, 2023). Nesse sentido, fica clara a importância das MPEs para a economia brasileira. Na figura abaixo, pode-se verificar o crescimento no número de estabelecimentos empresariais no Brasil, revelando a dimensão da importância das MPEs no quantitativo de estabelecimentos do país:

Evolução do número de estabelecimentos por porte Brasil 2006-2016 (em n^{os} absolutos)

Porte	2006	2007	2008	2009	2011	
MPE	5.613.305	5.759.778	5.976.340	6.187.638	6.349.412	
Micro	5.334.461	5.462.122	5.655.950	5.850.978	5.983.382	
Pequena	278.844	297.656	320.390	336.660	366.030	
MGE	46.645	50.867	54.382	57.149	63.090	
Média	30.392	33.139	35.417	37.155	40.917	
Grande	16.253	17.728	18.965	19.994	22.173	
TOTAL	5.659.950	5.810.645	6.030.722	6.244.787	6.412.502	
Porte	2011	2012	2013	2014	2015	2016
MPE	6.575.371	6.606.671	6.826.816	6.894.352	6.946.819	6.844.362
Micro	6.185.993	6.199.813	6.406.432	6.463.747	6.521.967	6.433.124
Pequena	389.378	406.858	420.384	430.605	424.852	411.238
MGE	66.961	69.571	71.609	72.322	69.052	66.031
Média	43.219	44.630	45.893	46.354	44.150	42.186
Grande	23.742	24.941	25.716	25.968	24.902	23.845
TOTAL	6.642.332	6.676.242	6.898.425	6.966.674	7.015.871	6.910.393

Fonte: Anuário do Trabalho nos Pequenos Negócios, 2016

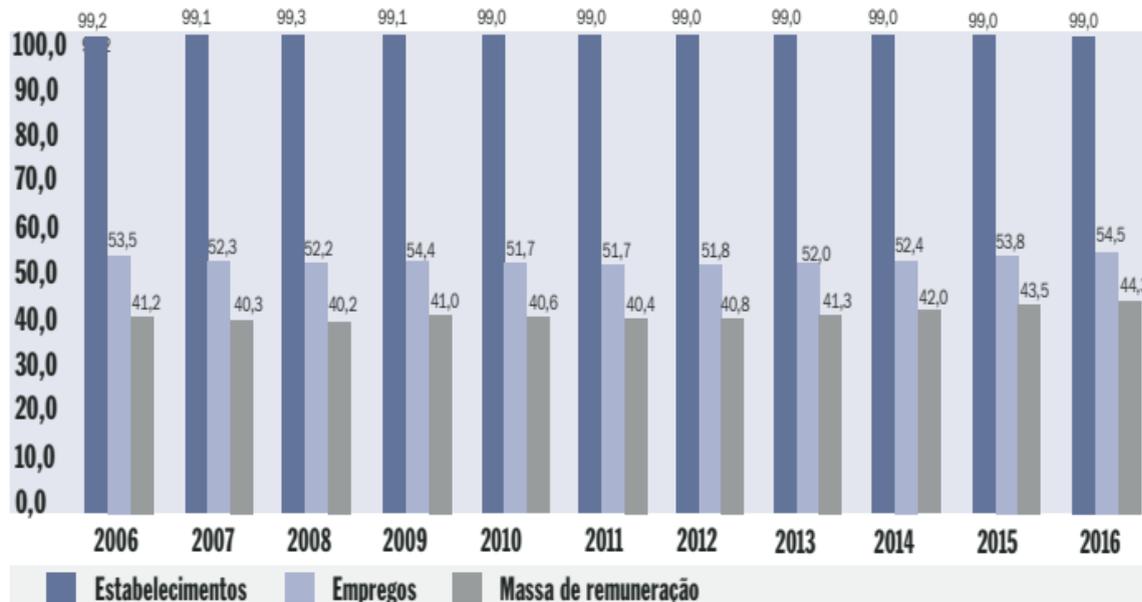
Conforme já relatado, as MPEs desempenham um papel fundamental na geração de empregos no país. A figura abaixo traz a quantidade de empregos gerados pelas MPEs entre os anos 2006 e 2016:



Fonte: Anuário do Trabalho nos Pequenos Negócios, 2016

Como se pode extrair da figura acima, em todos os anos analisados os pequenos empreendimentos foram responsáveis pela maioria dos postos de trabalho. A figura abaixo mostra, em termos percentuais, a participação das MPEs no total de estabelecimentos, empregos e massa de remuneração paga aos empregados formais entre os anos 2006 e 2016:

Participação relativa das MPEs no total de estabelecimentos, empregos e massa de remuneração paga aos empregados formais nas empresas privadas não agrícolas. Brasil 2006-2016 (em %)



Fonte: Anuário do Trabalho nos Pequenos Negócios, 2016

Como se vê dos dados apontados, a importância das MEs e EPPs não reside apenas em se ver o desenvolvimento econômico daqueles que são beneficiados diretamente por elas, mas também na sua contribuição decorrente de sua dinamicidade e capacidade de geração de emprego. Essas empresas estão mais próximas do mercado consumidor e por muitas das vezes, servem como um elo entre as grandes empresas e o mercado consumidor final.

Além disso, na medida que elas geram empregos e renda para os participantes, atuam como agentes de inclusão social e econômica, tornando-se um suporte fundamental para a promoção da livre iniciativa e da democracia no país (TORRES, MAYER e LUNARDI, 2013).

A importância das MPEs reside, também, no fato de que elas desempenham um papel relevante no desenvolvimento das regiões em que estão localizadas, devido a sua fácil adequação a mudanças e especificidades regionais, econômicas, sociais e culturais, o que dá a elas uma importante função social em nosso país, haja vista o dinamismo e heterogeneidade aqui existentes. (TORRES, MAYER e LUNARDI, 2013). Tal entendimento é corroborado por Rosseti (2015) que destaca que o desenvolvimento social trazido pelas micro e pequenas empresas “tende a acompanhar as peculiaridades regionais, haja vista que, devido à simplicidade de seu modelo de operação, os micro e pequenos negócios se adequam mais

facilmente aos contextos locais” (ROSSETI, 2015, p. 157). Oliveira (2013) acrescenta que as micro e pequenas empresas também “se mostram muito importantes no crescimento de um país, pois demonstra a distribuição do capital dentro da coletividade, não permanecendo as riquezas nas mãos de poucos, diminuindo o abismo e a desigualdade entre as classes sociais”.

Todavia, as micro e pequenas empresas, em geral, enfrentam uma maior suscetibilidade ao risco de quebra, assim como às crises e volatilidades do mercado. Apesar de enfrentarem desafios semelhantes aos de corporações maiores, as empresas menores exibem padrões de resposta diferentes, adaptados à sua realidade. Embora os seus processos decisórios sejam mais ágeis, elas lidam com restrições operacionais de escala, os quais, frequentemente, acabam por excluí-las do cenário competitivo. (CABRAL, REIS e SAMPAIO, 2015). Torres, Mayer e Lunardi (2013, p. 8), corroboram salientando que “ainda inexistente uma relação de equilíbrio entre estas e as grandes empresas e, principalmente, elas ainda estão diretamente expostas à competição desleal e predatória das empresas que ainda operam na informalidade”.

Alguns desafios fazem parte integrante do funcionamento eficiente das atividades e do alcance de resultados nas micro e pequenas empresas. Entre esses desafios, pode-se citar a falta de políticas de crédito específicas, as dificuldades em se adaptar às inovações tecnológicas, a escassez de capital de giro, a ausência de capacitação, a falta de planejamento de negócios e estratégico, a inexistência de políticas de preço, produtos, propaganda e distribuição, bem como a elevada carga tributária, entre outros (CARTER, & VAN AUKEN, 2006 apud. OLIVEIRA et al, 2022).

No que tange a participação das MPEs nas licitações públicas, também são encontrados desafios. De acordo com Fee, Erridge e Hennigan (2002) apud. Cabral, Reis e Sampaio (2015), a complexidade e os custos envolvidos na preparação de propostas e na especificação de normas são fatores significativos que dificultam a participação das MPEs em contratações governamentais. Ainda, nos certames públicos as exigências e o formalismo costumam ser maiores, o que pode contribuir para afastar as MPEs de participarem dos certames públicos (KARJALAINEN e KEMPPAINEN, 2008 apud. CABRAL, REIS e SAMPAIO, 2015).

Além disso, mesmo com um processo decisório simplificado, as micro e pequenas empresas têm dificuldades para oferecer os menores preços em

licitações, devido à falta de tempo hábil para decisões e aos custos associados à manutenção da documentação em dia (ARAÚJO, FARIA e FERREIRA, 2022).

Não bastasse esses problemas apontados, há também a falta de informação. Não poucas vezes o pequeno empresário não sabe das suas oportunidades de participar e ter sucesso nos processos licitatórios.

Nesse sentido, os obstáculos enfrentados por essas micro e pequenas empresas são variados, especialmente nos primeiros anos de sua existência, as quais muitas vezes não sabem lidar e superar esses desafios (OLIVEIRA et al, 2022). Essas dificuldades, por vezes, podem levar ao fechamento dessas empresas trazendo prejuízos econômicos e sociais para o país:

O fechamento das MPEs traz grandes danos para a economia local, regional e nacional, pois além de deixarem de gerar renda e aumentarem o número de desempregados, acabam engrossando o número dos profissionais trabalhando na informalidade, por não encontrarem vagas no mercado formal. Esse processo compromete o sistema de arrecadação do governo, gerando menos investimentos em benefícios à sociedade e maiores déficits no sistema previdenciário (MORAIS, CARNEIRO, 2017 apud. OLIVEIRA et al, 2022, p. 207).

Assim, é tendo em vista este cenário que é criada a Lei Geral das Micro e Pequenas Empresas, a qual surge como uma ferramenta significativa de suporte aos setores da sociedade considerados vulneráveis ou estratégicos para a economia nacional, buscando promover a geração de empregos, aumento da renda, erradicação da pobreza e redução das disparidades sociais e regionais (SEBRAE, 2017).

Reconhecendo a relevância das Micro e Pequenas Empresas para o avanço social, local e regional, como promotoras de inclusão e progresso, o Estado buscou implementar políticas de estímulo, possibilitando que essas empresas participem do mercado em termos mais equitativos com os grandes conglomerados econômicos, estabelecendo, assim, o equilíbrio nas relações e aprimorando a competitividade sistêmica (SEBRAE, 2017). Dentre as várias ações levadas a cabo, uma delas foi a criação de benefícios nas contratações públicas, os quais serão objeto de discussão do próximo tópico.

3.2 BENEFÍCIOS DISPENSADOS ÀS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE NAS LICITAÇÕES

Conforme mencionado no capítulo 2, a LC nº 123/2006, com suas alterações, previu alguns benefícios às microempresas e empresas de pequeno porte na seara das contratações públicas, quais sejam: a regularização tardia da documentação fiscal e trabalhista, o empate ficto, a cédula de crédito empresarial e o tratamento diferenciado. Assim, neste capítulo, abordar-se-á com mais detalhes estes benefícios.

3.2.1 Regularização tardia da habilitação fiscal e trabalhista

O benefício da regularização tardia concede às MPEs o direito de, quando estiverem participando de uma licitação, regularizarem a sua documentação fiscal e trabalhista em momento posterior ao julgamento das propostas, caso haja alguma restrição. Nesse caso, a lei concede o prazo de 5 dias úteis para a regularização da documentação, contados do momento em que a MPE for declarada vencedora. Este prazo pode ser prorrogado pelo mesmo período, a critério da administração pública (BRASIL, 2006).

Embora o art. 42 da LC nº 123/2006 traz a previsão de que às MPEs serão exigidos a documentação fiscal e trabalhista apenas na assinatura do contrato, o art. 43 do mesmo diploma traz a obrigatoriedade da apresentação da documentação mesmo que com restrições (BRASIL, 2006). Nesse sentido, tem-se uma aparente contradição.

No entendimento de Justen Filho (2007), referidos artigos devem ser entendidos no sentido de que as micro e pequenas empresas devem apresentar toda a documentação, mesmo havendo alguma com restrição, não podendo simplesmente deixar de apresentá-la, sob pena de desclassificação. Por sua vez, Niebuhr (2023), entende que se uma MPE deixar de apresentar um eventual documento, isto não deve lhe trazer prejuízo, devendo fazer jus também ao prazo previsto no § 1º do art. 43 da LC nº 123/2006 para a apresentação da documentação faltante, considerando que os efeitos da apresentação de um documento com defeito e da não apresentação são os mesmos, isto é, ambos não atendem ao edital.

Caso uma MPE tenha apresentado um documento defeituoso e, encerrando o prazo do § 1º do art. 43, não apresente a documentação regularizada, esta perde o direito à contratação, sujeitando-se a possibilidade de aplicação das sanções previstas no art. 81 da Lei nº 8.666/93, conforme dispõe o § 2º do art. 43 da LC nº 123/2006 (BRASIL, 2006).

3.2.2 Empate ficto

O benefício do empate ficto dá à MPE a possibilidade de apresentar uma nova proposta em caso de empate, assegurando-lhe assim a preferência de contratação, quando a sua proposta for igual ou até 10% superior à proposta melhor classificada. Na modalidade pregão, esse percentual é de 5%. Nesse sentido, a MPE tem o direito de fazer uma nova proposta, a qual deve ser inferior a mais bem colocada, garantindo-lhe a vitória no certame (BRASIL, 2006).

Caso a primeira colocada com direito ao benefício não seja contratada, deve-se proceder a convocação das demais classificadas que possuam o direito de usufruir do empate ficto para exercerem o mesmo direito. Havendo propostas iguais, deve-se realizar sorteio para escolha da licitante que primeiro apresentará a melhor oferta. Se, após convocadas, as MPEs não apresentarem propostas mais vantajosas, o objeto licitado será adjudicado para a licitante que apresentou a proposta originalmente vencedora. O empate ficto só é aplicável quando a proposta melhor qualificada não for realizada por uma ME ou EPP (BRASIL, 2006).

Consigne-se que para Justen Filho (2007) e Oliveira (2023), o referido benefício só é aplicável em licitações que adotam o tipo melhor preço, haja vista que a legislação referiu-se apenas ao preço nos artigos que tratam do empate ficto e, nas licitações de melhor técnica ou conteúdo artístico, o preço não é o fator determinante (NIEBUHR, 2023). Todavia, entende Niebuhr (2023) que é possível a aplicação do empate ficto também nas licitações que adotam o critério da melhor técnica e preço, uma vez que nestes casos existem uma nota técnica e uma nota de preço. Nesse sentido, pode uma ME ou EPP, com a mesma técnica, mas reduzindo o preço, oferecer a proposta mais vantajosa para a Administração.

3.2.3 Cédula de crédito microempresarial

A cédula de crédito empresarial é um título de crédito que pode ser emitido pela ME ou EPP após 30 dias da data de liquidação da despesa pela Administração. Após emitida, esta cédula pode ser adquirida por terceiros e executada. O objetivo desse benefício é diminuir os impactos do inadimplemento da Administração para com as micro e pequenas empresas (NIEBUHR, 2023).

Este benefício da cédula de crédito microempresarial não será objeto de estudos mais aprofundado neste trabalho, tendo em vista a sua inexpressividade em termos de uso na atualidade (NIEBUHR, 2023).

3.2.4 Tratamento diferenciado e simplificado

O tratamento diferenciado e simplificado está previsto nos arts. 47 e 48 da LC nº 123/2006, o qual prevê que a administração pública deverá conceder “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). No âmbito da Administração Pública Federal, o tratamento diferenciado e simplificado às MPEs foi regulamentado pelo Decreto nº 8.538, de 6 de outubro de 2015, com suas alterações.

Originalmente, o caput do art. 47 trazia a previsão de que, para que o tratamento privilegiado fosse aplicado, ele deveria estar previsto e regulamentado na legislação do respectivo ente da Federação. No entanto, a LC nº 147/2014 retirou esse trecho de modo que a aplicação desse benefício se dará independentemente de regulamentação em todos os âmbitos da administração, seja federal, estadual ou municipal, enquanto não houver regulamentação mais favorável a esses benefícios por cada órgão, conforme dispõe parágrafo único do art. 47 da LC nº 123/2006 (BRASIL, 2006).

O art. 48 trouxe três previsões de tratamento diferenciado. A primeira, prevista no inciso I, diz respeito à obrigação de realização de processo licitatório exclusivo para as MPEs, nos casos em que os itens de contratação sejam de até R\$ 80.000,00. A segunda, trazida pelo inciso II, se refere à possibilidade da administração obrigar os licitantes a subcontratação de MPEs nos processos licitatórios que visem a aquisição de obras e serviços. Nesses casos, o empenho e pagamentos pela prestação poderão ser realizados diretamente à subcontratada,

conforme redação do § 2º do art. 48. Por fim, tem-se a terceira, disposta no inciso III, que determina a reserva de até 25% do objeto a ser contratado nas licitações para adquirir bens de natureza divisível para as micro e pequenas empresas (BRASIL, 2006).

A legislação ainda trouxe, no § 3º do art. 48, a possibilidade de se “estabelecer a prioridade de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente, até o limite de 10% (dez por cento) do melhor preço válido”, desde que justificado (BRASIL, 2006).

Todavia, o tratamento diferenciado e simplificado é dispensado quando não houver no mínimo 3 fornecedores que sejam MPEs capazes de cumprirem com as obrigações estabelecidas no instrumento convocatório sediadas no local ou na região onde estiver sendo realizado o processo licitatório. Também não se aplica se este tratamento diferenciado e simplificado não representar vantajosidade para administração ou mesmo trazer prejuízo para o objeto a ser contratado. Ademais, é dispensada sua aplicação nos casos em que a licitação for dispensável ou inexigível, salvo nos casos das dispensas em razão do valor, previstas nos incisos I e II do art. 24 da Lei nº 8.666/93 (BRASIL, 2006).

No que diz respeito a obrigação de reserva de cota de até 25%, Oliveira (2023) defende que este percentual deve ser aplicado em sua totalidade, enquanto os entes da Federação não estipularem percentuais distintos, com respeito ao teto legal e aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, “tendo em vista a necessidade de máxima efetividade das normas constitucionais que exigem o tratamento favorável às ME e EPP” (OLIVEIRA, 2023, p. 296).

Por sua vez, Niebuhr (2023) sustenta que a cota reservada não necessita ser aplicada no valor máximo e defende que esta deve ser limitada ao valor limite previsto para licitações exclusivas, ou seja, a cota reservada não pode ultrapassar o valor de R\$ 80.000,00. Considerando que a lei trouxe a expressão “até 25%”, o jurista entende que a Administração poderá aplicar qualquer valor dentro desse limite. Contudo, haveria dúvidas de quais critérios utilizar para a definição desse percentual. Assim, ele propõe que o percentual seja limitado e proporcional aos R\$ 80.000,00 trazido pela legislação. Nesse sentido, em uma licitação cujo valor seja de R\$ 1.000.000,00, a cota reservada deve ser de 8%, que corresponde aos R\$ 80.000,00. Ou se a licitação for de 10.000.000,00, este percentual deve ser de 0,8%, corresponde aos mesmos R\$ 80.000,00. Por esse entendimento, “25% somente

seria definido como cota reserva para licitações que não ultrapassassem R\$ 320.000,00, porque R\$80.000,00 representa 25% de R\$ 320.000,00” (NIEBUHR, 2023, p. 366).

3.3 O TRATAMENTO DIFERENCIADO NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES

A Nova Lei de Licitações não trouxe alterações na natureza dos benefícios, mas definiu alguns limites que não existiam na sistemática da Lei nº 8.666/93. Ao trazer a previsão de aplicação das regras previstos nos arts. 42 a 49 da LC nº 123/2006 às licitações e contratos regidas por ela, trouxe também em seu art. 4º, § 1º, incisos I e II, que não são se aplicam referidas disposições no “caso de licitação para aquisição de bens ou contratação de serviços em geral, ao item cujo valor estimado for superior à receita bruta máxima admitida para fins de enquadramento como empresa de pequeno porte” (BRASIL, 2006) e “no caso de contratação de obras e serviços de engenharia, às licitações cujo valor estimado for superior à receita bruta máxima admitida para fins de enquadramento como empresa de pequeno porte” (BRASIL, 2006).

Ademais, no §2º do mesmo artigo, limitou a obtenção dos benefícios às MPEs que ainda não tenham celebrado contratos com Administração Pública, cuja soma dos valores, no ano-calendário de realização da licitação, não superem a receita bruta máxima permitida para fins de enquadramento como empresa de pequeno porte, cabendo ao órgão ou entidade responsável pela licitação exigir do licitante a declaração de que cumpre esse limite (BRASIL, 2006). Em casos de contratação com prazo de vigência maior que 1 ano, o valor a ser considerado para os limites dispostos nos §§ 1º e 2º do art. 4º será o valor anual do contrato.

4 CRÍTICA DOUTRINÁRIA A RESPEITO DOS BENEFÍCIOS CONCEDIDOS ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS NAS LICITAÇÕES

A posição doutrinária a respeito do tratamento diferenciado às MPEs não é unânime, embora haja um posicionamento majoritariamente favorável. A grande discussão versa a respeito dos conflitos que surgem a partir dos objetivos postos pela legislação para as licitações. Consoante já abordado, de um lado a licitação deve buscar a proposta mais vantajosa e garantir a isonomia, por outro, também deve incentivar o desenvolvimento nacional sustentável. A questão é: como conciliar o incentivo ao desenvolvimento nacional sustentável, aqui representado pelo tratamento diferenciado às MPEs, com a promoção da igualdade e a busca pela seleção da proposta mais vantajosa em uma licitação?

É importante salientar que a promoção do desenvolvimento das MPEs é uma mandamento constitucional, sendo uma obrigação imposta ao Estado brasileiro, muito embora, isso não necessariamente precisasse ser feito no âmbito das licitações. Aliás, não há menção expressa em nenhum dispositivo constitucional que impusesse ao legislador a escolha das contratações públicas para a promoção de políticas públicas, em especial as que visassem a MPEs. Todavia, ele assim o fez. Dessa maneira, coube a doutrina e a jurisprudência se posicionarem no que tange a viabilidade e constitucionalidade dessas escolhas.

Assim, apresentar-se-á a seguir a posição de doutrinadores do direito e suas respectivas ponderações sobre os principais benefícios concedidos às MPEs no âmbito das contratações públicas, ademais do posicionamento do Tribunal de Contas da União, extraído do Acórdão nº 892/2020.

Como já mencionado, a doutrina não é unânime sobre o assunto, mas importantes autores como Marçal Justen Filho e Rafael Carvalho Rezende Oliveira adotam um posicionamento favorável aos benefícios, ainda que façam ressalvas eventualmente a algum ponto trazido pela legislação. Por sua vez, Joel de Menezes Niebuhr adota uma posição mais crítica em relação à temática.

Antes de adentrar na discussão dos benefícios propriamente ditos, é importante aprofundar um pouco mais a temática do uso das contratações públicas como instrumento de política pública, abordado no segundo capítulo.

4.1 POSIÇÃO DOUTRINÁRIA SOBRE O USO DA LICITAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE POLÍTICA PÚBLICA

Embora já abordado no capítulo 2, é importante iniciar esse estudo apresentando o posicionamento mais detalhado dos autores citados acerca do uso das licitações na viabilização de políticas públicas, para uma melhor compreensão de seus posicionamentos em relação aos benefícios em si.

O uso das licitações como instrumento de política pública foi uma escolha do legislador. Como já abordado anteriormente, não há na Constituição Federal nenhuma imposição de tratamento diferenciado às MPEs nas contratações públicas. O que há é a obrigação de tratamento diferenciado e simplificado no âmbito de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias. Todavia, quis o legislador que as licitações também fizessem parte disso. Assim, foi estabelecido o tratamento diferenciado às MPEs nas contratações públicas.

Para Justen Filho (2023), o uso da licitação pública como instrumento de política pública faz parte de sua função regulatória. Nesse sentido, as contratações públicas tornam-se instrumentos para realização de outros fins, além da busca da proposta mais vantajosa, e um meio pelo qual o Estado brasileiro intervém também nos setores econômicos e sociais, entre outros. Assim, além de permitir privilegiar propostas que mais adequem a concreção de uma política mais desenvolvimentista, o critério do menor preço passa a ser acompanhado da vantajosidade também sob a ótica do desenvolvimento nacional. Dessa forma, “surge a possibilidade de sagrar-se vencedora uma proposta de valor mais elevado, desde que se evidencie ser ela mais adequada para promover o desenvolvimento nacional sustentável” (JUSTEN FILHO, 2023, p. 260).

Tal medida advém da imposição da própria Constituição que visa proteger e incentivar a atuação de pequenas empresas. Considerando que as grandes empresas possuem poder econômico muito maior que os pequenos empreendimentos, a Constituição, no inc. IX do seu art. 170, impõe a ordem jurídica o dever de criar compensações àqueles economicamente hipossuficientes, com o objetivo de “recompôr o equilíbrio entre os titulares dos diferentes empreendimentos e a realização de diferentes finalidades” (JUSTEN FILHO, 2007, p. 33).

No entendimento de Oliveira (2023), o uso das licitações como instrumento para consecução de políticas públicas, notadamente o desenvolvimento nacional, se

justifica na medida que o Estado brasileiro desembolsa uma vultosa quantidade de recursos públicos na compra de bens e serviços necessários à realização de suas atividade sendo, portanto, legítimo que ele use desse seu poder de compra para, no exercício das atividade de fomento de regulação de mercados, promover o desenvolvimento nacional.

Ademais, para Oliveira (2023), a licitação busca selecionar a proposta mais vantajosa em um ambiente em que exista efetiva concorrência, a qual inexistente em “mercados monopolizados (ou oligopolizados), dominados por poucos agentes econômicos” (OLIVEIRA, 2023, p. 336). Inexistindo efetiva concorrência, não se poderia falar na validade de procedimentos licitatórios, uma vez que ausente a competição. Nesse sentido, ele assevera que é com base nesse fundamento e no princípio da economicidade que o Estado “intervém na economia, por meio da formatação de procedimentos licitatórios, de modo a evitar a dominação de mercados, dando pleno atendimento ao disposto no art. 173, § 4.º, da Constituição da República” (OLIVEIRA, 2023, p. 337). Ou seja, busca-se corrigir falhas no mercado de contratação, principalmente no que tange às dificuldades existentes para a entrada de novos concorrentes em mercados dominados. Dessa maneira, “o procedimento licitatório será palco da efetiva concorrência entre os licitantes, propiciando contratações mais econômicas para a Administração Pública” (OLIVEIRA, 2023, p. 337). Tal entendimento é compartilhado por Justen Filho:

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 (JUSTEN FILHO, 2007, p. 33).

Nesse sentido, entendem os autores (Justen Filho, 2007; Oliveira, 2023) que a utilização das licitações públicas como instrumento de política pública encontra guarida na Constituição e nos poderes da Administração de intervir na Ordem Econômica. Em outras palavras:

Ocorre que a promoção das finalidades contempladas nos incs. I, II e III do art. 3º da CF/88 pode impor ao Estado Brasileiro a adoção de providências de outra ordem. [...]. O Estado poderá adotar uma pluralidade de medidas de distinta natureza e em setores variados [...] o Estado se vale da contratação administrativa para cumprir certas funções de assistência social e de intervenção no domínio econômico que a ele são impostas pela ordem jurídica. Se o Estado não produzisse essas contratações, possivelmente permaneceria uma situação de exclusão social e econômica insuperável por outras vias (JUSTEN FILHO, 2007, p. 28).

Tal cenário indica uma mudança na visão tradicional das contratações públicas e o seu uso cada vez maior para outros fins que não o da seleção da proposta mais vantajosa, o que também atrai críticas negativas.

4.1.1 A crítica de Joel Menezes Niebuhr ao uso das licitações como instrumento de política pública

O renomado doutrinador Joel Menezes Niebuhr (2023), em sua obra *Licitação Pública e Contrato Administrativo*, traz severas críticas ao uso de licitações como ferramenta de política pública. A respeito do assunto, ele traz 3 ressalvas,

A primeira ressalva ao uso das licitações como instrumento de política pública diz respeito à finalidade da licitação. Para Niebuhr (2023), a verdadeira e principal finalidade da licitação é a seleção da proposta vantajosa. Não que a promoção de política pública não seja uma finalidade da licitação, mas esta tem um papel secundário diante daquela que é a função primeira da licitação, a seleção da proposta mais vantajosa. Nesse sentido, a promoção de política pública pode ser um objetivo, mas desde que vinculada à finalidade primeira.

A segunda ressalva se refere à complexidade do processo licitatório. O doutrinador traz uma crítica à burocracia dos processos licitatórios, os quais por vezes exigem uma infinidade de documentos e trazem exigências meramente formais e burocráticas, muitas vezes desnecessárias para a realização do objetivo precípua da licitação, que é a escolha da proposta mais vantajosa, e às vezes alheia à consecução do objeto da licitação. Para ele, qualquer coisa que se coloque na licitação que não seja visando a seleção da proposta mais vantajosa é prejudicial a este próprio intento (NIEBUHR, 2023). Ele argumenta que a simplificação da licitação apenas traria benefícios ao país:

O país ganharia muito com uma licitação menos complicada, o procedimento seria mais célere, o custo financeiro dos contratos menor e os objetos seriam de melhor qualidade. Isso faria com que a Administração desempenhasse melhor as suas atividades, em prol da população (NIEBUHR, 2023, p. 326).

O jurista prossegue a sua crítica dizendo que a simplificação do processo de licitação, com vistas a seleção da proposta mais vantajosa, geraria uma economia de recursos, os quais poderiam ser aplicados na promoção das políticas públicas, justificando que “a simplificação da licitação é a melhor medida para promover políticas públicas, sob todos os seus aspectos, ainda que de forma reflexa” (NIEBUHR, 2023, p. 326). Ele expõe ainda que tais apontamentos não significam que a licitação não pode ser utilizada jamais para se promover políticas públicas. Para ele, a dificuldade se encontra em conciliar as variadas pautas constitucionais sobre o assunto com a obtenção da proposta mais vantajosa, a qual está relacionada ao princípio da eficiência e o da competitividade, entre outros princípios (NIEBUHR, 2023).

Partindo desse pressuposto, o doutrinador apresenta, então, a sua terceira ressalva, que visa responder como tratar as promoções de políticas públicas por meio das licitações e contratos administrativos. Para responder a esse dilema, ele apresenta três sub ressalvas. A primeira é de que são abundantes e diversas as pautas morais da sociedade a serem respondidas pelo Estado por meio de políticas públicas, sendo portanto, inviável que todas elas passem, de alguma forma, a fazer parte do regime de licitações públicas, uma vez que isso poderia inviabilizá-la, já que “o licitante teria de apresentar centenas de certidões e declarações e as margens de preferências seriam sucessivas” (NIEBUHR, 2023, p. 327).

Para exemplificar, o autor traz o exemplo da exigência trazida no inciso VI do artigo 68 da Lei nº 14.133/2021, que diz respeito a proibição da habilitação em licitação de quem explorar o trabalho infantil. Embora considere a medida justa, o autor questiona acerca de casos semelhantes em que os explorados e maltratados sejam outras minorias, sentenciando que, nesse sentido, a lista seria muito longa. Portanto, a escolha de políticas públicas a serem incluídas nas licitação públicas são seletivas, tendo em vista ser impossível atender todas elas no regime licitatório. Mas como é feita essa escolha? Para o autor, não é pela importância, já que quem poderia responder o que é mais importante nesse cenário? Pensando em uma

solução para a problemática, o doutrinador defende que, provavelmente, o melhor critério a ser utilizado nesses casos deveria ser o da eficácia (NIEBUHR, 2023):

Dever-se-ia estabelecer um número máximo de políticas públicas a serem contempladas em licitação, analisar todas as existentes e selecionar aquelas cujas exigências e condicionantes previstas em licitações sejam mais eficazes, contribuem em maior medida para os objetivos pretendidos com as tais políticas públicas (NIEBUHR, 2023, p.327).

Ainda na crítica apresentada por Niebuhr (2023), a segunda sub-ressalva, evocando a parte final do inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal, é de que as únicas exigências permitidas constitucionalmente para a habilitação em licitação são aquelas de natureza técnica e econômica e que se mostrem indispensáveis para avaliar a capacidade do licitante em cumprir com o futuro contrato. Nesse sentido, em sua concepção, quaisquer espécies de outras exigências são inconstitucionais, inclusive aquelas que visem políticas públicas, pois não são “exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.” (BRASIL, 1988).

Niebuhr (2023) ainda traz críticas quanto ao fato de que, dada a quantidade de preferências, eventualmente pode-se surgir casos em que preferências sucessivas e sobrepostas podem se chocar trazendo ainda mais complicações para as licitações, como no caso de uma situação em que se tenha uma microempresa que oferte produto importado concorrendo com uma grande empresa que oferte produtos nacionais, afinal, qual delas será beneficiada, considerando-se que há políticas para a beneficiar MPEs e também os produtos manufaturados no Brasil?

Nesse sentido, o jurista pondera que pode haver a promoção de políticas públicas através da escolha da proposta mais vantajosa que mais se adeque a determinada política pública, uma vez que o objeto é definido de modo discricionário pela Administração Pública. Assim, ao se pensar em uma licitação para a obtenção de determinado produto, a Administração pode exigir que este seja produzido de acordo com os parâmetros de sustentabilidade, por exemplo. Ou mesmo em licitações que necessitem julgamento técnico, pode-se estabelecer que propostas mais adequadas a determinada política pública, recebam pontuação técnica maior (NIEBUHR, 2023). Além desses casos, Niebuhr (2023) defende que pode haver o uso das contratações diretas, ao privilegiar ou facilitar contratos que atendam a

determinada política pública, desde que não se desvirtue a excepcionalidade das contratações diretas.

Por fim, tem-se sua terceira sub-ressalva, na qual o doutrinador defende que as licitações não devem ser vistas como a solução para todos os problemas enfrentados pelo país e não é o instrumento mais adequado para isso, ainda que eventualmente se preste para consecução de determinado objetivo nesse sentido. Todavia, é importante que isso seja feito com parcimônia, uma vez que o Estado dispõe de outros meios, inclusive mais adequados, para a viabilização de políticas públicas (NIEBUHR, 2023).

4.2 POSIÇÃO DOUTRINÁRIA A RESPEITO DOS BENEFÍCIO TRAZIDOS PELA LC Nº 123/2006

Analisado o uso das licitações como instrumento de política pública, passa-se a apresentar o posicionamento dos doutrinadores já citados a respeito dos benefícios propriamente ditos.

4.2.1 Regularização tardia da documentação fiscal e trabalhista

Consoante abordado no capítulo 2, a legislação prevê a hipótese das MPEs regularizarem sua habilitação posteriormente à apresentação da proposta. Referido benefício não provoca divergência na doutrina no que tange a sua constitucionalidade. No entanto, há uma crítica por parte de Justen Filho (2007). Para ele, o benefício aqui abordado deveria ser aplicado a todos os demais participantes do processo licitatório. Isso porque, em sua visão, se a fixação do momento de apuração da regularidade fiscal é indiferente no que diz respeito aos interesses da administração, então exigir que isso seja feito na data de abertura dos envelopes é inconstitucional. Em suas palavras:

Se é viável estabelecer que as pequenas empresas podem comprovar a sua regularidade apenas por ocasião da assinatura do contrato, provendo a regularidade por dívidas existentes na data da apresentação dos documentos, tal regime deve ser adotado para todos os licitantes. (JUSTEN FILHO, 2007, p. 84-85).

Ademais, em sua concepção, como pela sistemática da Lei nº 8.666/93 a avaliação dos documentos é anterior ao julgamento das propostas, isso levaria “a vedação da abertura dos envelopes de propostas dos licitantes cuja documentação de habilitação foi reprovada” (JUSTEN FILHO, 2007, p. 87). Nesse sentido, quem não cumprir os requisitos de habilitação não teria o direito de obter o julgamento de suas propostas, o que conduziria “a instauração de procedimento licitatório diferenciado para os diferentes licitantes, o que é absolutamente descabido” (JUSTEN FILHO, 2007, p. 87). Nesse sentido, ele defende a inconstitucionalidade da medida:

Ora, não se afigura constitucional estabelecer uma licitação única desenvolvida com procedimentos licitatórios distintos. Ou bem se inverte a fase de habilitação ou bem se mantém essa fase de habilitação anterior ao julgamento das propostas. O que não se pode administrar como constitucional é aplicar procedimentos distintos numa mesma e única licitação tomando em vista a condição subjetiva de cada licitação (JUSTEN FILHO, 2007, p. 87).

Portanto, o autor é crítico à medida, dado que, em sua visão, isso implicaria na existência de dois regimes jurídicos distintos no que se refere aos requisitos de habilitação, com alguns participantes submetidos a um regime mais severo que outros. (JUSTEN FILHO, 2007)

É importante ressaltar que tal problemática não se aplica ao pregão, uma vez que nele a fase de habilitação ocorre após o julgamento das propostas. Além disso, a crítica também não subsiste mais à luz da Nova Lei de Licitação, a qual modificou a ordem das fases do procedimento licitatório, estabelecendo a fase de habilitação para após a seleção da proposta, ainda que permitida a inversão de fases, excepcionada a regularidade fiscal, consoante disposto no inciso III do art. 63 da Lei 14.133/21.

4.2.2 Empate Ficto

Em relação ao empate ficto, os autores não apresentam objeções em relação a sua constitucionalidade, uma vez que, embora se crie uma ficção ao considerar empate quando a proposta de uma MPE seja até 10% superior à proposta dos demais participantes, ou de até 5% no caso do pregão, a MPE só é declarada vencedora ao apresentar uma nova proposta inferior àquela estabelecida pela média

ou grande empresa. Nota-se que não há prejuízo para a Administração Pública, uma vez que essa permanecerá selecionando a proposta mais vantajosa, no que diz respeito ao preço.

No entanto, Justen Filho (2007) faz um apontamento em relação à inexecutabilidade das propostas. Ele aponta que, não raramente, licitantes apresentam propostas com valores insuficientes para cobrir os custos, sendo inferior às estimativas elaboradas pela própria administração.

A preocupação do jurista aumenta na medida que, com o direito de preferência, uma empresa pode se ver na oportunidade de uma contratação, e para isso, reduzir a proposta originalmente ofertada, sendo possível que ofereça um valor que seja inferior ao estimado pela Administração, havendo risco da diminuição da qualidade da prestação a ser executada ou mesmo do não cumprimento da obrigação. Assim, o autor propõe que, nesses casos, a administração deve fazer uma análise cautelosa e minuciosa da proposta e verificar se a empresa de fato terá condições de realizar a obrigação. Ele ainda acrescenta que, nessas hipóteses, deve haver a inversão do ônus da prova, cabendo ao participante da licitação comprovar a exequibilidade da proposta. Verificando a administração que a proposta é inviável, deve-se proceder à desclassificação da proposta (JUSTEN FILHO, 2007).

4.2.3 Tratamento diferenciado e simplificado

O tratamento diferenciado e simplificado é o benefício mais polêmico de todos e pode ser dividido em 3 categorias: licitação exclusiva, cota reservada e subcontratação compulsória.

Há críticas quanto ao estabelecimento da obrigação de realizar licitações exclusivas para MPEs, a partir do valor da licitação, isso porque esse benefício implica na limitação de participação de outros licitantes que poderiam eventualmente oferecer preços mais baixos que as MPEs. Nesse sentido, tem-se um conflito aparente a respeito do tratamento diferenciado, colidindo-se com o princípio da isonomia, uma vez que exclui outros participantes do certame, e com o objetivo da escolha da proposta mais vantajosa, na medida que, ao limitar a participação de outros competidores, diminui-se a concorrência, aumentando a possibilidade da contratação de propostas com valores maiores que em condições de concorrência normais. A respeito do conflito entre o princípio da isonomia e o tratamento

diferenciado e entre este e o objetivo de selecionar a proposta mais vantajosa, cabem alguns apontamentos.

O princípio da isonomia constitui um dos fundamentos da licitação, na medida em que busca propiciar à Administração Pública a seleção da melhor proposta, como também garantir igualdade de direitos a todos os interessados em licitar. Nesse sentido, tal princípio veda que se estabeleçam condições que “impliquem preferência em favor de determinados licitantes em detrimento dos demais” (DI PIETRO, 2022, p. 415).

No entanto, tal princípio também implica que os desiguais sejam tratados com desigualdade, desde que se respeite o princípio da razoabilidade, o qual exige que as discriminações previstas em lei sejam necessárias para alcançar determinados fins estabelecidos pelo ordenamento jurídico, especialmente pela Constituição. (DI PIETRO, 2022). Nesse sentido, os benefícios dados às MPEs não ferem o princípio da isonomia, conforme ensina 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, 2022, p. 419).

De igual modo, Justen Filho (2007; 2023) e Oliveira (2023) defendem que o tratamento diferenciado não fere o princípio da isonomia. Pelo contrário, o estabelecimento de benefícios em prol das MPEs é uma efetivação do referido princípio, uma vez que esta não proíbe diferenciações entre os licitantes, desde que fundamentadas “em critérios objetivos e predeterminados, com observância da proporcionalidade” (JUSTEN FILHO, 2023, p. 262). Assim, Justen Filho defende a constitucionalidade da medida:

Em outras palavras, não é cabível questionar a validade de medidas legislativas que assegurem tratamento preferencial para pequenas empresas mediante o argumento da infração à isonomia. A Constituição adotou a orientação de que benefícios restritos às pequenas empresas é uma solução destinada a promover a isonomia: as pequenas empresas devem ser protegidas legislativamente como meio de compensar a insuficiência de sua capacidade econômica para competir com as grandes empresas (JUSTEN FILHO, 2007, p. 33).

Nesse sentido, o que se verifica é que, embora os benefícios às MPEs estabeleçam a elas favores nas licitações, estes não são opostos ao princípio da isonomia, antes são a sua efetivação na prática, dada a situação de desfavorecimento estrutural enfrentada pelas MPEs.

Por sua vez, no que diz respeito à seleção da proposta mais vantajosa, é importante salientar que, embora este seja um objetivo precípua de uma licitação, a seleção da proposta mais vantajosa deve ser realizada dentro de um mercado em que exista efetiva concorrência entre os licitantes, que não se baseia apenas em critérios econômicos, mas também em outros fatores que devem ser considerados pela Administração Pública (OLIVEIRA, 2023).

Nesse sentido, a melhor proposta não necessariamente será a de menor valor. Isso porque a vantajosidade deve ser analisada sob diferentes ângulos, sejam eles econômicos, políticos, ambientais ou sociais. Através dela, a Administração Pública busca obter os maiores ganhos possíveis, tanto em termos quantitativos, quanto qualitativos (JUSTEN FILHO, 2023).

No entendimento de Oliveira (2023), a atuação do Poder Público não pode se dar apenas visando a economicidade, antes deve trazer efetividade aos demais princípios constitucionais. Assim, a Administração Pública deve buscar implementar as finalidades constitucionais, com a maior intensidade e com os menores custos possíveis.

Por essa via, poderá a Administração pagar um valor mais elevado em uma proposta, desde que ela traga efetividade a algum fim previsto constitucionalmente, sem que isso signifique desrespeito ao objetivo de escolher a proposta mais vantajosa.

Justen Filho (2007) analisa essa possibilidade ao abordar as consequências do pregão eletrônico nas licitações. Ele atribui a adoção de políticas públicas na LC nº 123/2006 como uma medida para neutralizar efeitos indesejados do estabelecimento do pregão eletrônico. Isso porque as grandes empresas passaram a ter acessos a todas as licitações promovidas por vários órgãos ao redor do país, fazendo com que empresas menores passassem a ser alijadas das contratações públicas. Com isso, as grandes empresas passaram a obter vitória no pregão, por possuírem melhores condições de ofertarem preços mais reduzidos que os praticados por empresas menores. Assim, o autor vai defender a implementação de

medidas voltadas a combater isso, mesmo que se pague mais caro (JUSTEN FILHO, 2007):

Logo, todas as medidas orientadas a impedir a vitória de grandes empresas incorporarão o risco de prejuízo para a Administração Pública. Poderá ela ser constrangida a pagar importância mais elevada para obter uma prestação que poderia ser obtida por preço mais reduzido perante outros fornecedores. Anote-se que a LC nº 123 se orientou a reduzir o referido risco, mas nem sempre será viável evitar que a tutela da pequena empresa seja obtida por meio de um preço mais elevado desembolsado pela Administração Pública (JUSTEN FILHO, 2007, p. 38).

Isso implica que a Administração Pública está incumbida de utilizar os recursos públicos não apenas para satisfazer as demandas coletivas, mas também para implementar ações voltadas ao estímulo do progresso econômico e social em regiões e grupos menos favorecidos, buscando a redução das disparidades sociais e da pobreza. Nesse sentido, a Administração Pública deve aplicar os seus recursos visando obter a solução mais vantajosa na obtenção de resultados para todos esses diferentes fins (JUSTEN FILHO, 2007). Nas palavras do autor:

A Administração Pública deve alocar os recursos públicos de modo a obter todas essas finalidades distintas. E deverá buscar a solução mais vantajosa para obter esses resultados. Ou seja, o princípio da República será atendido se a contratação for promovida pelo menor valor possível em vista da realização das finalidades impostas à Administração Pública. Quando se tratar de promover essas finalidades de cunho social, será constitucional promover contratação por valor mais elevado do que seria obtido se a finalidade única fosse a vantagem puramente econômica (JUSTEN FILHO, 2007, p. 39).

Assim, embora o objetivo da escolha da proposta mais vantajosa remeta principalmente à escolha mais econômica, a sua compreensão não pode ser dissociada das demais finalidades previstas na Constituição.

Não muito diferente do benefício de licitação exclusiva, há também críticas quando se trata da imposição da obrigação de reserva de 25% do objeto das licitações para MPEs, haja vista que isso levará a se ter dois valores diferentes para um mesmo produto e que muito possivelmente os valores apresentados pelas MPEs sejam maiores que o da cota principal, tendo em vista a menor quantidade. Nesse sentido, a administração estaria obrigada a pagar mais caro por um mesmo produto, e com as mesmas qualificações, ferindo o princípio da eficiência e da economicidade.

Há críticas também em relação à obrigação de subcontratação, ainda que prevista na forma de possibilidade de aplicação pela administração, por entrar em confronto com outros princípios constitucionais, como o da livre concorrência e o da livre iniciativa, uma vez que o Estado estaria obrigando um particular a realizar uma política a qual é restrita a livre iniciativa empresarial.

No entanto, tais críticas não são majoritárias, havendo divergências no que tange à constitucionalidade e viabilidade de tais benefícios (licitação exclusiva, cota reservada e subcontratação compulsória).

Justen Filho (2007) defende que os benefícios do tratamento diferenciado e simplificado possuem natureza distinta dos benefícios da regularização tardia e do empate ficto. Isso porque com o tratamento diferenciado busca-se beneficiar as pequenas empresas, mas não só. Aliás, esse não é o fim último buscado pelo Estado. Há a busca por realizar finalidades maiores e mais complexas, pois se busca promover os fins estipulados no art. 47 da LC nº 123/2006, com a alteração promovida pela LC nº 147/2014, quais sejam: 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).

No entendimento do referido autor, a utilização da licitação diferenciada visa a promoção do desenvolvimento social e econômica, o que não significa que necessariamente devem ser atendidos por uma eventual contratação as duas facetas, social e econômica. Pode ser promovida apenas uma delas (JUSTEN FILHO, 2007).

O citado doutrinador entende que é constitucional o estabelecimento de restrições fundadas em critérios econômico e geográficos, que visem a promoção da contratação de empresas sediadas em determinados locais. Isso porque um dos objetivos trazidos na constituição é o da eliminação das desigualdades sociais e regionais (JUSTEN FILHO, 2007). Nesse sentido, ensina:

Ora, seria pouco possível eliminar as desigualdades se houvesse tratamento idêntico para todos os brasileiros. A eliminação das desigualdades regionais e individuais pressupõe a adoção de políticas de cunho afirmativo, que assegurem benefícios e vantagens para os sujeitos e as regiões em condições de hipossuficiência. Trata-se de realizar o conteúdo do princípio da isonomia, tal como unanimemente consagrado: tratar de modo desigual aqueles que se encontram em situação distinta (JUSTEN FILHO, 2007, p. 111).

No entanto, para o jurista, essas soluções não devem vir desacompanhadas da demonstração de que aquela localidade possui índices de desenvolvimento econômico e social inferiores às demais, além de que deve se garantir que a contratação assegure a transferência de recurso para essa região de fato (JUSTEN FILHO, 2007). Isso porque, no entendimento do autor, o objetivo dos benefícios examinados não é apenas transferir recursos para certa ME ou EPP, com o fim de garantir sua permanência, mas também de garantir que esses empreendedores consigam se manter e ampliar sua participação no mercado, por meio de “incentivo à sua capacidade de produzir benefícios para toda a comunidade” (JUSTEN FILHO, 2007, p. 112).

Além disso, Justen Filho (2007) defende que a implementação de uma determinada política pública deve vir acompanhada de seu estabelecimento formal, pois o regime diferenciado só se legitima se servir como ferramenta para a consecução de determinadas finalidades:

Ou seja, não se admite que um ente estatal delibere adotar uma contratação administrativa diferenciada sem consagrar prévia e formalmente uma determinada política pública cuja eficiência seja ampliada por meio da solução contratual pretendida (JUSTEN FILHO, 2007, p. 112).

Nesse sentido, o estabelecimento de regime diferenciado não significa autorização para a contratação inúteis ou com o único fim de beneficiar uma pequena empresa, ou seja, contratações desastrosas que provoquem o desperdício de recursos públicos não serão válidas e nem pode a administração pública realizar a transferência de recursos públicos para a iniciativa privada, com o único fim de promover a redistribuição de riqueza (JUSTEN FILHO, 2007).

No que tange a possibilidade de subcontratação obrigatória de ME e EPP, o autor traz a preocupação de como se dará as escolhas das MPEs subcontratadas e que as finalidades da regra sejam burladas na medida que podem ser criadas empresas de fachadas para serem subcontratadas. Ademais, revela estranheza em relação a possibilidade de pagamento direto à subcontratada, uma vez que a administração não cria vínculos jurídicos com esta, além dos efeitos nocivos que esta medida pode trazer, tendo em vista que excluirá a prática de adiantamento por parte da contratada às subcontratadas (JUSTEN FILHO, 2007).

Em relação ao fracionamento obrigatório, Justen Filho (2007) vai trazer duas hipóteses para sua aplicação: o fracionamento interno e o fracionamento externo. A primeira hipótese ocorre quando há a licitação de um único objeto divisível que comporta disputas não apenas pelo todo, mas também por lances parciais. Na segunda, há-se a multiplicação de licitação tendo por objetivo as frações de um objeto divisível. O autor vai defender que a aplicação do fracionamento trazido pela legislação deve ser o interno, uma vez que o fracionamento externo produzia a hipótese de duas situações diversas versando sobre cotas de um mesmo objeto. Para ele, essa segunda hipótese recairia ao modelo de licitação prevista no art. 48, inciso I, da LC nº 123/2006. Em suas palavras:

Mais ainda, surgiria um sério problema prático, relativo à determinação do valor a ser desembolsado pela Administração. Existindo duas licitações diversas, versando sobre cotas de um mesmo objeto, sugeria problema relacionado à identificação do padrão de qualidade mínimo admissível. Seria teoricamente imaginável que as duas licitações consagrassem critérios distintos para análise da qualidade adequada do objeto, o que redundaria em resultado inadequado (JUSTEN FILHO, 2007, p. 120).

Por fim, Justen Filho (2007) conclui esclarecendo que em todas as hipóteses trazidas no incisos do art. 48 da LC nº 123/2006, deve-se estar vinculada à solução adotada com os fins previstos no art. 47 da LC nº 123/2006. Ademais, o autor ressalta que a previsão de licitação diferenciada levará a oneração dos cofres públicos em termos maiores do que em condições normais e reafirma a posição de que isso é admissível se a medida for adequada na promoção das outras funções da contratação administrativa. No entanto, salienta que isso não significa que é permitido à Administração o desembolso de valores incompatíveis com os preços de mercado. Se o resultado de uma licitação diferenciada levar a isso, o autor defende que esta deve ser revogada.

No que se refere a cota reservada, Oliveira (2023) possui entendimento semelhante ao de Justen Filho (2007). Ele assevera que a divisão do item licitado em dois subitens, um para a cota de 75% e outro para a cota reservadas às MPEs, geraria a perda de economia de escala, tendo em vista que “a competição ampla e irrestrita para maior parte do objeto (75%) certamente levaria à apresentação de preços menores que aqueles encontrados no âmbito de uma competição restrita à ME e EPP para aquisição de quantitativo inferior (25%)” (OLIVERIA, 2023, p. 296). Nesse sentido, a Administração terminaria por pagar valores diferentes para um

mesmo bem, sem qualquer limitação legal para a diferença possível entre esses valores, o que violaria o princípio da proporcionalidade (OLIVEIRA, 2023).

Ademais, Oliveira (2023) entende que a cota reservada não pode significar a contratação de MPE por valor superior ao da proposta do primeiro colocado na disputa, pois isso afrontaria o princípio da economicidade, indo em contrariedade à própria LC nº 123/2006, que afasta o tratamento privilegiado quando este não for favorável à Administração Pública.

Por sua vez, para o doutrinador Joel de Menezes Niebuhr (2023), a previsão de existência de licitação destinada exclusivamente às MPEs é inconstitucional. Em sua visão, ela fere o princípio da isonomia, na medida em que aqueles não qualificados como micro e pequena empresa são impedidos de participar da licitação.

Embora reconheça que o princípio da isonomia impõe o tratamento desigual para os desiguais e que as MPEs estão em situação de desigualdade em relação às empresas de médio e grande porte, e por isso fazem jus ao favorecimento, previsto no inciso IX do art. 170 da CF/88, Niebuhr (2023) defende que para se favorecer as MPEs não é necessário impedir que outros participem da licitação. Para ele, favorecer significa privilegiar as MPEs dentro da licitação, sem excluir aqueles que não se enquadram como tal, pois, em sua concepção, o favorecimento implica em existir competição. Além disso, entende que a licitação exclusiva fere também os princípios da eficiência e da competitividade, tendo em vista que, ao limitar a licitação às MPEs, restringe-se a competição. E prossegue:

E o fato é que competição restrita limita o número de propostas ofertadas à Administração, cerceando o universo delas e diminuindo as chances de obter a mais vantajosa, o que, de pronto, não se harmoniza com o princípio da eficiência. Com competição limitada, restrita às microempresas e empresas de pequeno porte, na maioria dos casos, a Administração Pública receberá e contratará com propostas menos vantajosas, tanto sob a perspectiva da técnica quanto do preço, violando, também, o princípio da economicidade, que é uma espécie de consectário ou subprincípio decorrente do princípio da eficiência (NIEBUHR, 2023, p. 359).

Niebuhr (2023) ainda ensina que a restrição trazida pelo estabelecimento de licitações exclusivas contraria os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, pois cria uma espécie de reserva de mercado em licitações públicas para as MPEs.

O jurista também vai defender a inconstitucionalidade da licitação com cota reservada, pelos mesmos motivos que defende a inconstitucionalidade da licitação

exclusiva, já que as médias e grandes empresas são restringidas de participar da licitação no que tange à cota de 25%, ferindo os princípios da isonomia, da eficiência, da economicidade e da livre concorrência. Ele argumenta que, no caso de licitações com cota reservada, o que acontece na prática é que existem dois preços diferentes, um para reservada e outro para principal, o que faria a administração a pagar preços diferentes para um mesmo objeto. Na concepção do autor, a administração pagará mais caro em geral pelos produtos da MPEs, uma vez que a competição ali é restrita ou menor (NIEBUHR, 2023). Veja-se em suas palavras:

Na verdade, essa possibilidade de dois preços diferentes para um mesmo produto é inerente à licitação com cota reservada. Sabe-se pela experiência prática que, quase em regra absoluta, o preço da cota reservada, cuja competição é restrita, é mais caro que o preço da cota principal, cuja competição é aberta. A ideia da cota reservada, diga-se claramente, é que a Administração Pública pague mais caro para estimular microempresas e empresas de pequeno porte. O quão mais caro a Administração Pública irá pagar para a cota reservada depende de cada licitação. Porém, o fato é que, em regra, pagará mais caro (NIEBUHR, 2023, p. 364).

Para Niebuhr (2023), o pagamento de preços diferentes para o mesmo objeto fere o princípio da eficiência, e mais precisamente, ao seu consectário, que é o princípio da economicidade.

Por fim, Niebuhr (2023) defende também a inconstitucionalidade da subcontratação compulsória, trazida no inciso II da LC nº 123/2006. Isso porque a referida previsão, em sua concepção, fere os princípios que regem as atividades econômicas: os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência. Em sua visão, não cabe ao Estado obrigar essas subcontratações, pois conforme os princípios citados, cada particular realiza suas atividades econômicas conforme bem lhe aprouver. Nesse sentido, se a contratada possui condições de cumprir o contrato integralmente sem a necessidade de subcontratações, não poderia o Estado obrigar-lhe a fazer isso, pois é inconstitucional e se opõe, mesmo em tese, ao interesse público.

Em relação a prioridade do tratamento diferenciado e simplificado para microempresa e empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente, o doutrinador se manifesta por sua inconstitucionalidade, pois entende que ela fere o inciso III do art. 18 da CF/88, o qual veda a criação de distinções ou preferências entre brasileiros. Nesse sentido, em seu entendimento, priorizar empresas sediadas local ou regionalmente se encaixaria numa dessas hipóteses de distinção vedadas

pela Constituição, sendo portanto, inconstitucional. Em sua visão, até se pode beneficiá-las, mas não diretamente por serem empresas com sede local ou regional. Para ele, deve haver alguma outra razão ou motivo para o seu benefício (NIEBUHR, 2023). A respeito desse motivo, leciona:

O único motivo que se vislumbra com plausível tem relação com a sustentabilidade e depende do cálculo de custos indiretos, como transporte, armazenagem, enfim, de logística. Sob essa premissa, o montante da prioridade dada às microempresas e empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente deve ser calculado em razão dos custos indiretos provocados pela contratação de micro empresas e empresas de pequeno porte não sediadas local ou regionalmente (NIEBUHR, 2023, p. 375).

Nesse sentido, na concepção do autor, não faz sentido a Administração Pública, por mera liberalidade, pagar valores superiores às MPEs tão somente por serem sediadas local ou regionalmente, sem existir qualquer tipo de contrapartida ou benefício em concreto, isto é, sem ser feito o cálculo dos custos indiretos da contratação de MPEs não localizadas no local ou na região, pois isso ofenderia os princípios da eficiência e da economicidade (NIEBUHR, 2023).

4.3 A ANÁLISE REALIZADA PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO SOBRE O IMPACTO FINANCEIRO DO TRATAMENTO DIFERENCIADO ÀS MPES

Por ocasião de um requerimento do Congresso Nacional ao Tribunal de Contas da União (TCU), em 2019, o qual solicitou ao órgão de contas que informasse e esclarecesse qual o impacto financeiro do tratamento diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte nas contratações públicas, o referido tribunal, no Acórdão nº 892/2020, teceu algumas considerações sobre o impacto desses benefícios.

Na análise realizada pelo TCU (2020), os benefícios foram divididos por tipo, com a licitação exclusiva para MPEs nos itens/lotes de valor até R\$ 80 mil, sendo chamado de “benefício tipo I” e a cota reservada de até 25% dos bens de natureza divisível, referidos como “benefício tipo III” ou “cota reservada”.

A análise foi feita a partir de 294.235 contratos realizados pela Administração Pública Federal, referentes ao período de 01/01/2017 a 31/01/2019. Tendo em vista que a solicitação era um comparativo especialmente nas hipóteses previstas nos I e III do art. 48 da LC nº 123/2006, foram objeto da análise apenas os benefícios dos

tipos I (licitação exclusiva) e III (cota reservada) (TCU, 2020).

Esses dados foram analisados a partir de duas formas, visando verificar o impacto financeiro decorrente do tratamento diferenciado às MPEs: a primeira, baseada no percentual de desconto entre o valor estimado e o valor contratado, verificado em cada um dos grupos sem benefícios e com benefícios tipos I e III ; e a segunda, calculado a partir da comparação direta entre os preços obtidos na cota reservada para MPEs e na respectiva cota principal (TCU, 2020).

Na primeira forma de análise, em que se comparou o preço estimado e o preço final do objeto, chegou-se à conclusão de que aqueles pertencentes ao grupo sem benefícios, tiveram um desconto geral, em relação ao preço estimado, de cerca de 14,92%, enquanto que os que possuíam os benefícios, obtiveram cerca de 23,92%. Assim, os benefícios concedidos às MPEs geraram uma economia de aproximadamente 9% aos cofres da Administração Pública Federal.

Pela segunda forma de análise, realizada a partir da comparação direta entre os preços obtidos na cota reservada, foi calculada a diferença entre o montante contratado e o valor contratado hipotético, ambos na cota reservada, se fosse adotado o valor unitário da cota principal. Com isso, a partir dos 30 contratos da amostra, constatou-se que os valores na cota reservada foram, em média, 12% maiores que os da cota principal (TCU, 2020).

As duas metodologias empregadas para análise deram resultados em sentidos contrários. Enquanto a primeira “resultou na verificação de descontos percentuais maiores no grupo com benefícios tipos I e III” (TCU, 2020), a segunda “identificou que os preços contratados no grupo dos benefícios tipos I e III possuem valores superiores, em média, aos do grupo sem a reserva” (TCU, 2020).

A partir dos resultados, verificou-se que os benefícios concedidos às MPEs podem variar entre uma vantagem de cerca de 9% a uma perda da ordem de 12%. Nesse sentido, o TCU destacou dois aspectos que reputou relevante: o primeiro é que o incentivo a participação de MPEs nos processos licitatórios visam “dinamizar setores reconhecidamente responsável pelo sustento de milhões de famílias por meio da geração de grande número de postos de trabalho, bem como por evitar que haja grande concentração de mercado” (TCU, 2020); o segundo é que toda medida de estímulo implica em um ônus financeiro, para o qual, no caso em tela, é difícil dar uma estimativa conclusiva, mas que deve ser esclarecido para orientar a tomada de decisão por parte dos responsáveis pela formação de políticas públicas (TCU,

2020).

Nesse sentido, a política pública analisada aqui é uma das mais relevantes, pois tem “a finalidade de, sem deixar de buscar propostas vantajosas para o Estado, auxiliar os micros e pequenos empreendedores a acessar o relevante mercado das compras governamentais” (TCU, 2020).

O TCU (2020) ainda ressaltou o baixo impacto financeiro desses benefícios para a União, considerando que, no caso em tela, no período analisado, o montante dos contratos em que foram aplicados os benefícios tipos I e III foi ínfimo, uma vez que representaram cerca de R\$ 302 milhões de um total de R\$ 88,7 bilhões movimentados nas contratações realizadas pela Administração Pública Federal, o que dá um percentual de apenas 0,34%.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho buscou abordar o tratamento diferenciado concedido às micro e pequenas empresas nas licitações públicas. As MPEs possuem um contexto desfavorável a elas, o que fez com o que o legislador buscasse criar políticas visando o seu fomento. Tais políticas tiveram como fundamento a própria Constituição Federal.

Ao criar essas políticas, o legislador achou por bem incluir as licitações no âmbito dos instrumentos utilizados para o desenvolvimento econômico. Assim, procedeu-se à elevação do desenvolvimento econômico sustentável como um dos objetivos das licitações.

O uso das licitações como instrumento de política pública se deu em virtude de que o Estado, por meio das contratações públicas, movimenta uma grande quantidade de recursos. Assim, viu-se nesse setor uma oportunidade para impulsionar a participação das MPEs e incrementar a renda dessas empresas, fazendo com que elas cresçam mais e, portanto, levem desenvolvimento para as localidades onde elas estão inseridas.

Com esse fim, foi criado o tratamento diferenciado e simplificado, através da LC nº 123/2006, o qual assegurou às micro e pequenas empresas algumas preferências nas licitações. Referidas preferências reverberaram no meio doutrinário, criando opiniões divergentes. Isso porque, ao se criar esses benefícios, surgiram alguns questionamentos em relação ao conflito entre princípios constitucionais e também entre os objetivos das licitações, além de divergências na própria forma de aplicar a legislação.

Parte da doutrina entendeu que alguns benefícios que fazem parte do tratamento diferenciado nas licitações, como a licitação exclusiva e a cota reservada, ferem o princípio da isonomia, além de não ser vantajoso para a Administração Pública, enquanto que outros defenderam que, na realidade, a aplicação do tratamento diferenciado é uma efetivação do princípio da isonomia e que, nestes casos, pode a Administração desembolsar valores maiores que o comumente, desde que dentro dos padrões de mercado, uma vez que no conceito de vantajosidade também devem ser incluídos as finalidades constitucionais.

Outrossim, ao analisar o impacto financeiro desses benefícios para a Administração Pública Federal, o Tribunal de Contas da União demonstrou que tais

impactos são pequenos e insignificantes perto dos objetivos que se propõe, ressaltando que toda política tem o seu preço.

Conclui-se que o Estado tem buscado se utilizar de todos os meios para a consecução das finalidades impostas pela Constituição, o que tem moldado uma nova forma de ser ver as contratações públicas. Nesse contexto, as microempresas e empresas de pequeno porte estão entre as principais favorecidas. Todavia, há um custo para a promoção dessas políticas, a qual os administradores públicos devem ter em mente quando de sua aplicação.

REFERÊNCIAS

- ALVES, A. P. G. A evolução histórica das licitações e o atual processo de compras públicas em situação de emergência no Brasil. **REGEN Revista De Gestão, Economia E Negócios**, [S.L.], v. 1, n. 2, p. 40-60, jul./dez. 2020. Semestral. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/regen/article/view/5162>. Acesso em: 13 set. 2023.
- ARAÚJO, J. M.; FARIA, E. R.; FERREIRA, M. A. M. A lei complementar 123/06 e suas implicações no desenvolvimento do município de Viçosa-MG. **Revista da Micro e Pequena Empresa**, v. 16, n. 1, 2022. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.48099/1982-2537/2022v16n1p111126>. Acesso em: 06 nov. 2023.
- BARRETO, L. K. S. et al. Licitação como uma ferramenta estratégica de crescimento e manutenção para as microempresas e empresas de pequeno porte. **Global Manager**, v. 14, n. 1, p. 1–18, 2014. Disponível em: <https://ojs.fsg.edu.br/index.php/global/article/view/1101>. Acesso em 07 nov. 2023.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 set. 2023.
- BRASIL. **Lei Complementar n. 123/06**, de 14 de dezembro de 2006. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp123.htm. Acesso em: 13 set. 2023.
- BRASIL. **Lei n. 8.666**, de 22 de junho de 1993. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 12 set. 2023.
- BRASIL. **Lei n. 14.133**, de 01 de abril de 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm. Acesso em: 13 set. 2023.
- BRASIL. **Lei 12.462**, de 4 de agosto de 2011. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12462.htm. Acesso em: 12 out. 2023
- BRASIL. Ministério da Gestão e da Inovação em Serviços Públicos. Painel de Compras. **Processos de Compras**. 2023. Disponível em: <http://paineldecompras.economia.gov.br/processos-compra>. Acesso em: 02 nov. 2023.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 892/2020. Relator: Ministro Weder de Oliveira. Brasília, DF, 08 de abril de 2020. **Diário Eletrônico do Tribunal de Contas da União**. Brasília, . Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A892%2520ANOACORDAO%253A2020%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0. Acesso em: 13 set. 2023.
- CABRAL, S.; REIS, P. R. C.; SAMPAIO, A. H. Determinantes da participação e sucesso das micro e pequenas empresas em compras públicas: uma análise

empírica. **RAUSP Management Journal**, v. 50, n. 4, p. 477-491, 2015. Disponível em:

<http://www.spell.org.br/documentos/ver/38636/determinantes-da-participacao-e-suce-sso-das-micro-e-pequenas-empresas-em-compras-publicas--uma-analise-empirica-/i/pt-br>. Acesso em: 27 out. 2023

CARVALHO, G. LICITAÇÃO E DESENVOLVIMENTO NACIONAL SUSTENTÁVEL: ALGUMAS PARTICULARIDADES. **Revista Consultor Jurídico**, 13 de maio de 2022. Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/2022-mai-13/licitacoes-contratos-licitacao-desenvolvimento-nacional-sustentavel-algumas-particularidades>. Acesso em: 01 nov. 2023.

CHAVES, F. R. D.; BERTASSI, A. L.; SILVA, G. M. Compras Públicas e Desenvolvimento Local: Micro e Pequenas Empresas Locais nas Licitações de uma Universidade Pública Mineira. **REGEPE Entrepreneurship and Small Business**, v. 8, n. 1, p. 77-101, 2019. Disponível em:

<http://www.spell.org.br/documentos/ver/52236/compras-publicas-e-desenvolvimento-local--micro-e-pequenas-empresas-locais-nas-licitacoes-de-uma-universidade-publica-mineira/i/pt-br>. Acesso em: 27 out. 2023

DA SILVA CUNHA, M. A; LE BOURLEGAT, C.A.. Inclusão e perspectivas de desenvolvimento da microempresa e empresa de pequeno porte no processo de compras governamentais na esfera federal. **Interações (Campo Grande)**, Campo Grande, Ms, v. 17, n. 3, p. 410-421, 26 set. 2016. Universidade Católica Dom Bosco. Disponível em: [https://doi.org/10.20435/1984-042X-2016-v.17-n.3\(05\)](https://doi.org/10.20435/1984-042X-2016-v.17-n.3(05)). Acesso em: 11 set. 2023.

DI PIETRO, M. S. Z. Direito administrativo. 35. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

DIA da Micro e Pequena Empresa evidencia a importância dos empreendedores para o Brasil. **Agência Sebrae de Notícias**, 2022. Disponível em:

<https://agenciasebrae.com.br/economia-e-politica/dia-da-micro-e-pequena-empresa-evidencia-a-importancia-dos-empreendedores-para-o-brasil/>. Acesso em: 04 nov. 2023.

DIEESE; SEBRAE. Anuário do Trabalho nos Pequenos Negócios. Brasília, 2018.

Disponível em:

<https://www.dieese.org.br/anuario/2018/anuarioPequenoNegocio2018.html>. Acesso em: 08 nov. 2023

JUSTEN FILHO, M. Curso de direito administrativo. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

JUSTEN FILHO, M. O Estatuto da Microempresa e as licitações públicas. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2007.

MORAES, Leonardo Ulisses. As contratações administrativas como instrumento de promoção do desenvolvimento social e concretização de políticas públicas. 2017. 68 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina,

Florianópolis, 2017. Disponível em:
<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/177441>. Acesso em: 15 ago. 2023.

MOURA, Bruno de Freitas. Micro e pequenas empresas criam sete de cada 10 empregos no país. **Agência Brasil**. Rio de Janeiro, 13/07/2023. Disponível em:
[https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2023-07/micro-e-pequenas-empresas-criam-sete-de-cada-10-empregos-no-pais#:~:text=No%20levantamento%2C%20s%C3%A3o%20considerados%20microempresas,empregados%20\(ind%C3%BAstria%20e%20minera%C3%A7%C3%A3o\)](https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2023-07/micro-e-pequenas-empresas-criam-sete-de-cada-10-empregos-no-pais#:~:text=No%20levantamento%2C%20s%C3%A3o%20considerados%20microempresas,empregados%20(ind%C3%BAstria%20e%20minera%C3%A7%C3%A3o)). Acesso em: 13 set. 2023.

NIEBUHR, J. M. Licitação Pública e Contrato Administrativo. 5. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2023.

OLIVEIRA, I. R. C. et al. Os Desafios de Sobrevivência das Micro e Pequenas Empresas. **ID online. Revista de psicologia**. v. 16 n. 64, 2022. Disponível em:
<https://doi.org/10.14295/idonline.v16i64.3664>. Acesso em: 07 nov. 2023.

OLIVEIRA, L. M.. O Direito do Trabalho perante o artigo 51 do Estatuto da Microempresa e empresa de pequeno porte. **Âmbito Jurídico**, 01/08/2013. Disponível em:
<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-115/o-direito-do-trabalho-perante-o-artigo-51-do-estatuto-da-microempresa-e-empresa-de-pequeno-porte/>. Acesso em: 05 nov. 2023.

OLIVEIRA, R. C. R. Licitações e contratos administrativos: teoria e prática. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

PEREIRA, V. J.; SCHMIDT, L. P.; VIEIRA, S. F. A.; LUZIO-DOS-SANTOS, L. M. Políticas públicas inovadoras do estado à micro e pequenas empresas: os pregões presenciais do município de Arapongas - PR. *Práticas de Administração Pública*, [S. l.], v. 3, n. 2, p. 3–17, 2020. DOI: 10.5902/2526629236036. Disponível em:
<https://periodicos.ufsm.br/pap/article/view/36036>. Acesso em: 27 out. 2023.

ROSSETTI, S. M. As políticas públicas de fomento às micro e pequenas empresas: desenvolvimento social e perspectivas frente a uma Administração Pública inclusiva. *Revista do Direito*, n. 47, p. 144-173, 16 set. 2015.

SEBRAE. Compras Sustentáveis Municipais. Brasília: Sebrae, 2017. Disponível em:
<https://www.gov.br/compras/pt-br/fornecedor/midia/compras-sustentveis-municipais.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2023.

SEBRAE. Participação das Micro e Pequenas Empresas na Economia Brasileira. Brasília: Sebrae, 2014. Disponível em:
<https://datasebrae.com.br/wp-content/uploads/2017/12/Relat%C3%B3rio-Executivo-MPE-no-PIB.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2023.

SEBRAE. Pequenos negócios em números. Sebrae, 2016. Disponível em:
[https://sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/ufs/sp/sebraeaz/pequenos-negocios-em-numeros,12e8794363447510VgnVCM1000004c00210aRCRD#:~:text=No%20Brasil%20existem%206%2C4,\(16%2C1%20milh%C3%B5es\)](https://sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/ufs/sp/sebraeaz/pequenos-negocios-em-numeros,12e8794363447510VgnVCM1000004c00210aRCRD#:~:text=No%20Brasil%20existem%206%2C4,(16%2C1%20milh%C3%B5es)). Acesso em: 06 nov. 2023.

TORRES, N. B.; MAYER, L.; LUNARDI, P. R. S. Programa Fornecer – Compras Públicas para Micro e Pequenas Empresas: Licitações como Política Pública. Brasília: Consad, 2013.

TRAJANO, A. Lei de licitações completa 20 anos e pede reformas. **Revista Consultor Jurídico**, 6 de novembro de 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-nov-06/alan-trajano-lei-licitacoes-completa-20-anos-reformas>. Acesso em: 31 out. 2023.