



Universidade Federal
de Campina Grande

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO**

JESSICA EVELYN SOUZA SILVA

**O PROCESSO DE LICITAÇÃO NA LEI 14.133/2021: ANÁLISE DAS
LIMITAÇÕES AO TRATAMENTO DIFERENCIADO DAS MICROEMPRESAS
E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE**

**SOUSA
2021**

JESSICA EVELYN SOUZA SILVA

**O PROCESSO DE LICITAÇÃO NA LEI 14.133/2021: ANÁLISE DAS
LIMITAÇÕES AO TRATAMENTO DIFERENCIADO DAS MICROEMPRESAS
E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE**

Trabalho monográfico apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Me. Osmando Formiga
Ney

**SOUZA
2021**



S586p Silva, Jessica Evelyn Souza.
O processo de licitação na Lei 14.133/2021: análise das limitações ao tratamento diferenciado das microempresas e empresas de pequeno porte. / Jessica Evelyn Souza Silva. – Sousa, 2021.
48 p.

Monografia (Bacharelado em Direito) - Universidade Federal de Campina Grande; Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, 2021.

Orientador: Prof. Me. Osmando Formiga Ney.

1. Licitações públicas. 2. Microempresa. 3. Empresa de pequeno porte. 4. Tratamento diferenciado e favorecido. 5. Princípio da isonomia. I. Ney, Osmando Formiga. II. Título.

CDU: 342.7(043.1)

Elaboração da Ficha Catalográfica:

Marly Felix da Silva
Bibliotecária-Documentalista
CRB-15/855

JESSICA EVELYN SOUZA SILVA

**O PROCESSO DE LICITAÇÃO NA LEI 14.133/2021: ANÁLISE DAS
LIMITAÇÕES AO TRATAMENTO DIFERENCIADO DAS MICROEMPRESAS
E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE**

Trabalho monográfico apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Data da aprovação: 05/10/2021

Banca Examinadora

Prof. Me. Osmando Formiga Ney
Orientador

Prof^a. Dra. Olindina Ioná da Costa Lima Ramos
Membro da Banca Examinadora

Prof^a. Dra. Teresa Rachel Brito Neves Pereira Rabello
Membro da Banca Examinadora

AGRADECIMENTOS

À minha Vó, Maria (In Memoriam). Obrigada por tanto. Agradeço a Deus por ter me sustentado e me dado perseverança em tantos momentos. À minha mãe, Justina, que mesmo na distância se fez presente e firme, me apoiando todos os dias. Ao meu pai, Rodrigo, pelo amor e dedicação, meus irmãos Jhefferson e Everton. Ao meu Avô, Francisco Ancelmo, que é luz e se fez presente nos valores e ensinamentos da minha vida.

A Universidade Pública, especialmente ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais – CJS, seus professores, professoras e funcionários.

Aos meus amigos que me acompanharam ao longo desses anos, vocês trouxeram alegria e força para a minha vida. Jardell, Gabriela, Jonnathan, Renata, Paulo Henrique, Vanessa, Kevin, Carlos e Letícia.

Às minhas amigas do Barro, que me enchem de momentos especiais e são o significado de apoio e amor, Narah, Cibele, Maria Nice, Paula, Juliana, Martina, Isadora, Wergyla e Alexandra.

Às minhas amigas, Sheyla, Lanna, Maíre, Josélia e Evilânia, pela amizade, incentivo e carinho nessa jornada.

Ao Prof. Osmando Formiga Ney, pela orientação e conhecimento.

À Turma Danúbio Abrantes (In memoriam), cujo nome remete a uma pessoa especial que nos encheu de alegria e boas memórias.

RESUMO

Este trabalho trata das limitações aplicadas pela Lei nº 14.133/2021, nova lei de licitações e contratos (NLLC), à concessão do tratamento simplificado e diferenciado das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte nas Licitações Públicas implantadas pela Lei Complementar 123/2006. De forma preliminar, expondo noções gerais de licitação, aplicabilidade e diretrizes de vigência e transição do novo regime, como também princípios gerais e modalidades na nova norma, além de explorar os dois regulamentos, verificando suas finalidades, conceitos e mecanismos jurídicos, descrevendo os aspectos da política pública constitucional, previstos nos artigos 170, inciso IX e 179 da Constituição Federal de 1988, bem como a contemplação do princípio da isonomia na proteção dos direitos de preferência, demonstrando a função econômica e social das entidades de menor porte. Diante do exposto, o trabalho tem como objetivo analisar o tratamento diferenciado previsto para ME e EPP a partir das limitações impostas pela Lei 14.133/2021 – NLLC, de acordo com as diretrizes que serão dadas pelo novo ordenamento na redução do uso dos privilégios nas compras públicas, dada a importância das micro e pequenas empresas no cenário econômico e social. Elucidando a seguinte problemática: partindo do pressuposto de que o direito de preferência é celebrado constitucionalmente visando incentivo e apoio às pequenas empresas, é possível que as restrições determinadas pela Nova Lei de Licitações sejam adequadas para a ME e EPP? O presente trabalho trata de uma pesquisa exploratória com abordagem qualitativa, utilizando o procedimento técnico de pesquisa bibliográfica e documental, a partir de diplomas legais predefinidos, utilizando doutrina especializada, livros e artigos. Quanto à natureza se classifica como básica, buscando gerar um conhecimento útil à coletividade, embasada no método dedutivo.

Palavras-chave: Licitações Públicas. Microempresa. Empresa de Pequeno Porte. Tratamento Diferenciado e Favorecido.

ABSTRACT

This work deals with the limitations applied by Law No. 14.133/2021, the new law on tenders and contracts (NLLC), to the granting of simplified and differentiated treatment of Micro and Small Businesses in Public Tenders implemented by Complementary Law 123/2006. In a preliminary way, exposing general notions of bidding, applicability and guidelines for the validity and transition of the new regime, as well as general principles and modalities in the new standard, in addition to exploring the two regulations, verifying their purposes, concepts and legal mechanisms, describing the aspects of the constitutional public policy, provided for in articles 170, item IX and 179 of the Federal Constitution of 1988, as well as the contemplation of the principle of isonomy in the protection of preemptive rights, demonstrating the economic and social function of smaller entities. Given the above, the work aims to analyze the differentiated treatment provided for ME and EPP from the limitations imposed by Law 14.133/2021 - NLLC, in accordance with the guidelines that will be given by the new order in reducing the use of privileges in purchases public, given the importance of micro and small companies in the economic and social scenario. Elucidating the following issue: assuming that the preemptive right is constitutionally celebrated with a view to encouraging and supporting small businesses, is it possible that the restrictions determined by the New Bidding Law are appropriate for ME and EPP? The present work is an exploratory research with a qualitative approach, using the technical procedure of bibliographical and documental research, from predefined legal diplomas, using specialized doctrine, books and articles. As for nature, it is classified as basic, seeking to generate knowledge useful to the community, based on the deductive method.

Keywords: Public Tenders. Micro enterprise. Small business. differentiated and Favored Treatment.

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| 1.INTRODUÇÃO | 7 |
| 2.PROCEDIMENTO DE LICITAÇÃO DA LEI 14.133/2021 | 9 |
| 2.1 Conceituação de Licitações Públicas | 10 |
| 2.2 Âmbito de Aplicação e Não Aplicação..... | 12 |
| 2.3 Vigência e Transição | 13 |
| 2.4 Princípios Norteadores do Processo..... | 14 |
| 2.4.1 Princípio da Legalidade | 15 |
| 2.4.2 Princípio da Proporcionalidade..... | 15 |
| 2.4.3 Princípio da Impessoalidade | 16 |
| 2.4.4 Princípio da Moralidade..... | 16 |
| 2.4.5 Princípio da Publicidade | 17 |
| 2.4.6 Princípio da Eficiência | 18 |
| 2.5 As Modalidades no Novo Regime | 19 |
| 2.5.1 Concorrência | 20 |
| 2.5.2 Pregão..... | 20 |
| 2.5.3 Concurso | 21 |
| 2.5.4 Leilão..... | 21 |
| 2.5.5 Diálogo Competitivo | 22 |
| 3.MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE..... | 24 |
| 3.1 Conceito de Microempresa..... | 24 |
| 3.2 Conceito de Empresa de Pequeno Porte | 24 |
| 3.3 Definição e Finalidade da Lei Complementar 123/2006..... | 26 |
| 3.4 Favorecimento nas Licitações Públicas..... | 26 |
| 3.5 Ausência de Conflito com o Princípio da Isonomia | 30 |
| 4.LIMITAÇÃO AO TRATAMENTO DIFERENCIADO | 32 |
| 4.1 Aspectos da Constitucionalidade do Tratamento Diferenciado | 32 |
| 4.2 Restrição de Benefícios nas Compras Públicas..... | 35 |
| 4.3 Função Socioeconômica das ME e EPP | 40 |
| 5.CONSIDERAÇÕES FINAIS | 42 |
| REFERÊNCIAS..... | 44 |

1. INTRODUÇÃO

Previsto no art. 37 da Constituição Federal de 1988, o processo de licitação é de caráter obrigatório, oriundo da necessidade de se obter a proposta mais vantajosa para a administração pública, a sua caracterização visa o bom uso dos recursos públicos, pela celebração de um contrato administrativo para adquirir bens ou para prestação de serviços que sejam de interesse público.

Assim, a licitação, como instrumento estipulado em lei, é indispensável para as compras a serem contratados pela administração pública, até então a regulamentação se fazia presente pela Lei 8.666/1993.

Diante da mudança na conjuntura administrativa, criou-se um novo código para gerir o procedimento de contratações públicas no Brasil, a Lei 14.133/2021, sancionada em 1º de Abril de 2021, novo marco que buscou a unificação, reunindo preceitos da antiga legislação, assim como da Lei do Pregão (nº 10.520/2002) e do Regime diferenciado de Contratação (nº 12.462/2011), estabelecendo normas gerais de licitações e contratos administrativos para a União, Estados, Municípios e suas autarquias e fundações.

Entre as inovações concretizadas, a lei 14.133/2021, aplicou limitação ao tratamento diferenciado e favorecido das microempresas e empresas de pequeno porte nas Licitações Públicas, tratamento concedido pela Lei Complementar 123/2006, em seus artigos 42 a 49. Ademais, a legitimidade do tratamento é previsto nos artigos 170, inciso IX e artigo 179 da Constituição da República Federativa do Brasil, sendo atribuído o princípio da isonomia a adequação das entidades no processo licitatório.

O presente estudo, em primeiro momento aborda as disposições gerais da Lei n. 14.133/21, seu âmbito de aplicação, vigência e transição, e elementos do instituto da licitação, assim como princípios norteadores e as modalidades no novo regime. Na sequência enfatiza as microempresas e empresas de pequeno porte, explorando seus conceitos e as particularidades e benefícios da Lei Complementar 123/2006.

Por fim, desenvolve o cenário de limitações impostas pelo novo regime de licitações, abordando a importância socioeconômica das Microempresas e pequenas empresas.

Partindo do pressuposto de que o direito de preferência é celebrado constitucionalmente visando incentivar e apoiar as pequenas empresas, é possível que as restrições determinadas pela nova lei de licitações sejam adequadas para a ME e EPP?

Dessa forma, o trabalho tem como objetivo estudar as restrições impostas ao tratamento diferenciado perante o novo ordenamento, analisando as limitações atribuídas ao uso de benefícios nas compras públicas, no campo das entidades de menor porte.

Em virtude da extrema relevância para as relações administrativas, analisa-se o novo diploma normativo que introduz atualizações antes não previstas, assim, o presente trabalho tem como procedimentos metodológicos, o método dedutivo, comportando uma visão geral acerca das alterações pelo novo procedimento da Lei 14.133/2021 no tocante as pequenas empresas e buscando uma posição particular em relação aos fatores contributivos para exploração da temática. Quanto à natureza se classifica como básica, buscando gerar um conhecimento útil à coletividade, demonstrando a importância das pequenas empresas no cenário socioeconômico.

Sendo seu método exploratório com abordagem qualitativa, utilizando o tipo de procedimento com técnica bibliográfica e documental, a partir de diplomas legais predefinidos, doutrina especializada, livros e artigos publicados, consoante à nova legislação, para garantia de uma temática enriquecida no tocante ao referencial teórico.

2 PROCEDIMENTO DE LICITAÇÃO

A constituição federal de 1988 destaca uma regra geral, a obrigatoriedade de licitação por parte da administração pública, o dever constitucional de licitar deve ser observado quando a administração realiza contratação de serviços e obras, assim como no campo de compras e alienações. Conforme segue:

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

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

Assim, a administração pública sempre terá que promover a licitação, no entendimento de que o poder público tem diversas necessidades, tanto como da própria administração, como para atender um interesse da coletividade.

Diante disso, a licitação está como instrumento de regulamentação da administração pública. Como Dispõe Meireles (2007, p. 14) da seguinte forma:

A administração Pública, por suas entidades estatais, autárquicas e empresariais, realiza obras e serviços, faz compras e aliena bens. Para essas atividades precisa contratar, mas seus contratos dependem, em geral, de um procedimento seletivo prévio, que é a licitação. (MEIRELES, 2007, p. 14)

No bom uso dos recursos públicos, utiliza-se o processo de licitação para melhor controle de seus atos e atribuições na gestão de qualidade, visando o interesse coletivo de forma aperfeiçoada com as normas gerais do procedimento.

Há muitos casos em que a administração não detém os meios qualificados para alguns propósitos, nessa situação surge à necessidade de contratar um terceiro, que irá fornecer um serviço específico, seja na aquisição de matérias, na realização de uma obra. Carvalho Filho (2019) Define que a administração sempre estará voltada ao interesse público, uma vez que se encarrega de atividades que demandam maior complexidade. Para que se

possa alcançar o interesse, os bens e serviços devem ser fornecidos por terceiros, diante disso, tem o compromisso de celebrar contratos para o cumprimento de obras, fornecimento de bens, prestação e execução de serviços, além de locação de imóveis.

De forma evidente, o interesse público ocupa posições que são dominantes, não atribuindo suas funções a concordância dos gestores do poder público, e sim em conformidade com as leis e os regulamentos, segundo os interesses da coletividade, nesse cenário, os interesse privados sempre estarão em segundo plano, determinando o fundamento maior das compras públicas.

2.1 Conceituação de Licitação Publica

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, pode-se conceituar licitação como sendo:

[...] 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, 2020, p. 766)

Na conceituação de Celso Antônio Bandeira de Mello:

[...] é o procedimento administrativo pelo qual uma pessoa governamental, pretendendo alienar, adquirir ou locar bens, realizar obras ou serviços, outorgar concessões, permissões de obra, serviço ou de uso exclusivo de bem público, segundo condições por ela estipuladas previamente, convoca interessados na apresentação de propostas, a fim de selecionar a que se revele mais conveniente em função dos parâmetros antecipadamente estabelecidos e divulgados. (Mello, 2014, p.538)

Para Oliveira (2017) a licitação é delineada como um procedimento administrativo utilizado pelos órgãos da administração pública e demais designados pela lei, com o objetivo de selecionar a proposta mais vantajosa por meio de critérios objetivos e que sejam impessoais, para por fim, chegar a celebração de um contrato

Para Gasparini (2003), a seleção da proposta mais vantajosa vai de encontro há critérios objetivos previamente estabelecidos, ocorre entre os licitantes que planejem contratar com a instituição que tem obrigação de realizar o procedimento de licitação, que é lançado por meio de instrumento convocatório do procedimento, onde se denomina, como lei interna.

Nesse sentido, para Mello (2014) as licitações promovidas pelas entidades governamentais necessitam da abertura de disputa para que os interessados possam viabilizar relações de conteúdo patrimonial, e assim, escolher a proposta de acordo com às conveniências públicas.

Aqui se faz presente a ênfase no processo de igualdade, para que qualquer empresa possa apresentar a sua proposta e concorrer junto com os demais, visando um processo de seleção que ocorre por meio de um processo licitatório. Dessa forma, Mello (2014) ainda aborda a finalidade de proporcionar às entidades governamentais possibilidades de realizarem o negócio mais vantajoso (pois a instauração de competição entre ofertantes preordena-se a isto), assegurar aos administrados ensejo de disputarem a participação nos negócios que as pessoas governamentais pretendam realizar com os particulares e concorrer para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

A compra pública tem uma característica com relação aos gastos públicos, enxergando como um instrumento de viabilizar políticas públicas, quando se tem as microempresas e pequenas empresas, a noção de desenvolvimento sustentável, é de extrema importância os objetivos da licitação, visto que todo desenho de uma estratégia de contratação deve estar voltada para os seus objetivos. A lei 8.666/1993 apresenta da seguinte forma o rol de objetivos:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. (Brasil, 1993).

Em comparação, há no art. 11 da Nova Lei de Licitações e Contratos (NLLC), Lei 14.133/2021, muitos dos objetivos da 8.666/1993, no entanto, seguindo inovações que merecem destaque:

Art. 11. O processo licitatório tem por objetivos: 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).

Existe uma dimensão maior no texto legal para assegurar não só o melhor preço, mas também o melhor resultado para a administração pública, a NLLC traz expressamente o resultado, visando um formato que atenda a necessidade do usuário e que busque ser efetivo para promover uma mudança na implantação dessas políticas públicas e na finalidade do Estado.

2.2 Âmbito de Aplicação e Não Aplicação

A nova legislação destina-se ao âmbito de aplicação da administração pública, no entanto, não sendo toda administração alcançada, tendo em vista sua referencia á administração direta, autárquica e fundacional.

Prevista como uma Lei de Normas Gerais aplica-se a todos os entes da federação, ou seja, a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, abrangendo os poderes da república em geral quando estiverem no exercício da função administrativa, e ainda os fundos especiais, que nada mais é que um conjunto de recursos específicos que será gerido por um gestor para realização da licitação pública e as entidades controladas, assim são extraídos da previsão do art. 1º da Lei 14.133/21, conforme segue:

Art. 1º Esta Lei estabelece normas gerais de licitação e contratação para as Administrações Públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e abrange:

I – os órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário da União, dos Estados e do Distrito Federal e os órgãos do Poder Legislativo dos Municípios, quando no desempenho de função administrativa;

II – os fundos especiais e as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela Administração Pública. (BRASIL, 2021)

Nesse aspecto, a Lei 14.133/21 não se aplica as licitações públicas realizadas pelas empresas estatais, pelo fato de já possuírem uma norma regulamentadora, a Lei 13.303/2016, conforme art. 1º “§ 1º Não são abrangidas por esta Lei as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as suas subsidiárias, regidas pela Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016, ressalvado o disposto no art. 178 desta Lei.” Com exceção dos casos previstos nas disposições penais, que se aplicam aos dois institutos.

2.3 Vigência e Transição

Por disposição do art. 194 da Nova Lei de Licitações e Contratos, tem-se que a lei entra em vigor no momento de sua publicação. Há sobretudo uma coexistência entre a Lei 14.133/21 e a Lei 8.666/93, pois inexiste o período de *vacatio legis*, logo, sua aplicação é imediata pela administração pública desde o dia de sua sanção e publicação.

Como dispõe Joel de Menezes Niebuhr (2021):

Esse prazo de vacância costuma ser dado para que as pessoas tenham tempo de compreender a lei nova e adequarem os seus comportamentos a ela. No caso da Lei n. 14.133/2021, a vigência é imediata, o que significa que com a publicação, que se deu em 1º/04/2021, ela já está apta a produzir efeitos, ou seja, ela pode ser aplicada pela Administração imediatamente. (Niebuhr, 2021, p.7)

Por conseguinte, em dois anos da data de sua promulgação, renasce um sistema jurídico único, que se fará inteiramente dominante com a revogação da lei 8.666/93 (antiga Lei de Licitações e Contratos), a lei 10.520/2002 (lei da modalidade pregão) e a lei 12.462/2011 (diploma que trata do Regime Diferenciado de Contratações – RDC), normas que deixaram de existir no ordenamento jurídico. O que se comprova no art. 191 da Lei 14.133/2021 – NLCC:

Art. 191. Até o decurso do prazo de que trata o inciso II do *caput* do art. 193, a Administração poderá optar por licitar ou contratar diretamente de acordo com esta Lei ou de acordo com as leis citadas no referido inciso, e a opção escolhida deverá ser indicada expressamente no edital ou no aviso ou instrumento de contratação direta, vedada a aplicação combinada desta Lei com as citadas no referido inciso. (BRASIL, 2021)

Durante o período de dois anos, com a simultaneidade dois regimes, o primeiro da Lei 14.133/2021 - NLLC e o segundo da Lei 8.666/93 e normas afins, o administrador público poderá definir qual disposição será utilizada, desde que essa escolha conste expressamente no Edital de Convocação, entretanto, essa aplicação só poderá vigorar com um único regime, inclusive os contratos que decorrem das licitações já previstas ou nos casos de contratação direta serão regidos ao longo de toda sua vigência pela legislação utilizada como referência.

2.4 Princípios Norteadores do Processo

Passa-se ao estudo dos princípios, uma vez que, no curso das licitações, a finalidade está na garantia da melhor proposta que atenda à administração, para que se vislumbre o entendimento, se faz necessário elucidar os princípios regentes do processo.

Para Cunha (2015), o fato de ser a administração obrigada a proceder suas compras públicas empregando o procedimento de licitação, já se estabelece como um princípio jurídico, no entanto, existem princípios que são apontados como predominantes para concretizar os fins da própria licitação.

Segundo Freitas (2021), essa obrigatoriedade se faz presente “dado o aumento da complexidade das relações em que a Administração Pública está imersa, os princípios, por vezes, auxiliam na superação de lacunas e omissões no ordenamento jurídico na busca do interesse público”.

Há na nova lei de licitações, uma expansão de princípios exaustiva, segundo o art. 5º da Lei 14.133/2021, a licitação visa garantir a observância os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável.

No presente trabalho, merecem destaque os princípios fundamentais que norteiam as atividades no processo licitatório.

2.4.1 Princípio da Legalidade

Trata-se do respeito ao ordenamento jurídico, tendo em vista que a licitação pública está totalmente subordinada à lei, só há o meio de agir se a lei assim permitir, respeitando as normas como um todo.

Para Aragão (2013) a licitação usa de mecanismos vinculados, visto que seus atos estarão deliberados em lei. Visando um seguimento pré-definido com respeito ao devido processo legal.

Nos ensinamentos de Carvalho Filho (2019), observa-se que:

No campo das licitações, o princípio da legalidade impõe, principalmente, que o administrador observe as regras que a lei traçou para o procedimento. É a aplicação do devido processo legal, segundo o qual se exige que a Administração escolha a modalidade certa; que seja bem clara quanto aos critérios seletivos; que só deixe de realizar a licitação nos casos permitidos na lei; que verifique, com cuidado, os requisitos de habilitação dos candidatos, e, enfim, que se disponha a alcançar os objetivos colimados, seguindo os passos dos mandamentos legais. (CARVALHO FILHO, 2019, p.386)

Assim tanto o Estado como seus agentes devem obedecer o que está previsto na lei, sendo derivado da supremacia do interesse público, visto que o Estado é detentor do poder e determina as condutas da sociedade “o princípio da legalidade significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar” (MEIRELLES, 2016, p.93)

2.4.2 Princípio da Proporcionalidade

Encontra-se na forma de vedar os excessos que por consequência podem ocorrer no processo de licitação, no entendimento de que exigências e sanções não devem extrapolar o equilíbrio processual.

Nos ensinamentos de Joel Menezes Niebuhr, o princípio da proporcionalidade:

Exige do intérprete mais do que a aferição sobre a mera razoabilidade de um determinado ato jurídico. Para averiguar se um ato é ou não proporcional, doutrina e jurisprudência desenvolveram três critérios básicos: a análise sobre a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito do ato jurídico analisado. É adequado o ato que atinge os objetivos pretendidos. É necessário o ato que utiliza os meios menos gravosos para a obtenção dos fins visados. É proporcional em sentido estrito o ato proveniente de uma ponderação

racional entre o ônus imposto e o benefício final atingido. (NIEBUHR, 2020, p.25)

Justen Filho (2014, p.501) comenta que o princípio da proporcionalidade se traduz na necessidade de equilíbrio na busca de diversos fins igualmente relevantes.

2.4.3 Princípio da Impessoalidade

A ideia central é não buscar interesse pessoal, tendo como objetivo o interesse público, ou seja, o interesse coletivo, dado que a administração Pública não tem que partilhar tratamento diferenciado de forma indevida, deve-se buscar atender ao interesse público.

O princípio da impessoalidade estabelece o dever do administrador de conferir o mesmo tratamento a todos os interessados que se encontrem na mesma situação jurídica. Assim, fica evidenciada a proibição de tratamento discriminatório e privilegiado. (AMORIM, 2017, p.37)

Di Pietro (2019) relata que o princípio da impessoalidade na licitação está disposto de forma:

Intimamente ligado aos princípios da isonomia e do julgamento objetivo: todos os licitantes devem ser tratados igualmente, em termos de direitos e obrigações, devendo a Administração, em suas decisões, pautar-se por critérios objetivos, sem levar em consideração as condições pessoais do licitante ou as vantagens por ele oferecidas, salvo as expressamente previstas na lei ou no instrumento convocatório. (DI PIETRO, 2019, p.783)

Seria a exigência de tratamento igualitário pelo agente público em relação aos participantes da licitação “a impessoalidade conduz a uma decisão que se pauta em critérios objetivos, ou seja, ela deve independe da identidade de quem julga.” (JUSTEN FILHO 2014, p.501)

2.4.4 Princípio da Moralidade

Busca-se o agir ético da administração pública, princípio esse que também norteia os próprios particulares que se relacionam com a

administração pública. Encontra-se nesse princípio o dever de honestidade, de forma mútua nas relações públicas.

A legalidade e finalidade do ato administrativo estão ligados a dimensão da moralidade, tanto por sua adequação aos demais princípios, posto que constituem pressupostos importantes de validade, onde sem eles, toda a atividade pública seria invalidada. (MEIRELLES, 2016)

O direito condena condutas que estão desalinhadas dos valores jurídicos e morais. Em função disso, mesmo quando não há disciplina legal, é vedado ao administrador agir de modo nocivo à ética e à moral. (CARVALHO FILHO, 2019)

Ainda, Di Pietro (2020, p.784) comenta que o “princípio da moralidade exige da Administração comportamento não apenas lícito, mas também consoante com a moral, os bons costumes, as regras de boa administração.”

2.4.5 Princípio da Publicidade

Nesse princípio, há abrangência de todos os atos de atuação dos órgãos públicos, abarcando todo o processo, que vai da abertura ao encerramento da licitação. Constata-se a forma concreta de transparência na administração pública, a lei passa a prever expressamente a publicidade, à exceção que acontece no caso do sigilo ser imprescindível para o procedimento. Para Carvalho Filho (2019), se ampara o seguinte aspecto:

Nunca é demais frisar que os atos do Estado devem estar abertos a todos, ou seja, são atos públicos e, por tal motivo, devem ser franqueados a todos. Licitação sem publicidade revela-se simplesmente um zero jurídico. Lembra-se aqui, por oportuno, que a publicidade é um princípio republicano e remonta à res publica, indicativa da coisa pública, coisa de todos. (CARVALHO FILHO, 2019, p.388)

Conforme ensina Di Pietro (2020, p.784), o princípio da publicidade:

[...] diz respeito não apenas à divulgação do procedimento para conhecimento de todos os interessados, como também aos atos da Administração praticados nas várias fases do procedimento, que podem e devem ser abertas aos interessados, para assegurar a todos a possibilidade de fiscalizar sua legalidade. (Di Pietro, 2020, p.784).

Meirelles (2016, p. 101) pontua que a publicidade está para os atos já finalizados ou ainda em formação, assim como processos em andamento, pareceres dos órgãos técnicos e jurídicos, atas e contratos com quaisquer interessados.

2.4.6 Princípio da Eficiência

Encontra-se pautado na premissa de bons resultados no serviço público. Justen Filho (2014, p.503) preceitua que “exige-se a solução mais conveniente e eficiente sob o ponto de vista da gestão dos recursos públicos”. Nesse aspecto, Gasparini (2003, p.20) aprecia o princípio da eficiência como a “obrigação de atribuir rapidez, rendimento e perfeição na administração pública”.

Segundo Di Pietro o princípio da eficiência pode ser representado por dois aspectos, vejamos:

Pode ser considerado em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público. (DI PIETRO, 2020, p. 250).

Para Oliveira (2017, p. 118) A ideia de eficiência está intimamente relacionada com a necessidade de efetivação célere das finalidades públicas elencadas no ordenamento jurídico.

Assim, o princípio da eficiência busca proporcionar o melhor resultado, exercido de forma que possibilite que a atividade da administração seja desempenhada com prontidão, excelência e rendimento útil. Visto que a administração não se empenha apenas na legalidade, mas também em resultados que sejam positivos na direção do serviço público e também satisfatório em atender as carências da comunidade e de seus membros. (MEIRELLES, 2016).

2.5 As modalidades no Novo Regime

As modalidades dizem respeito ao procedimento adotado no certame, suas características são próprias, sendo empregadas relativamente a cada espécie que será utilizada na contratação.

Licitação pode ser entendida como gênero, do qual as modalidades são espécies, desse modo, os princípios e demais preceitos do processo licitatório são inseridos nas modalidades e de forma específica regem cada uma delas em particular. (MEIRELLES, 2015, p.386).

Com a nova lei de licitações e contratos, há mudanças com relação à sistemática das modalidades de licitação. Não se encontra mais o critério de preço como balizador entre essas modalidades, ou seja, a definição da modalidade de licitação será feita em razão de seu objeto, não restando restrições de valores como está previsto no art. 23 da Lei 8.666/1993. (LAHOZ, 2021).

De acordo com a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, em seu art. 28, encontram-se as modalidades de licitação, sendo a concorrência, pregão, concurso, leilão e o diálogo competitivo. As modalidades convite e tomada de preços, com previsão legal na Lei 8.666/1993 foram extintas na lei 14.133/2021. Além disso, a modalidade pregão, disciplinada na Lei nº 10.520/2002, passa a ser disposta na NLLC. Ainda, nos termos do § 2º do artigo 28 da lei 14.133/2021, proíbe-se a criação de outras modalidades e até mesmo suas combinações. Explicitando que as modalidades são normas gerais de licitação, devendo ser respeitadas em sua integralidade pelos entes federativos. (BRASIL, 2021)

Não obstante, compete a União legislar sobre as modalidades de licitação, nos termos do inciso XXVII do artigo 22 da Constituição Federal:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: [...] XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III; (BRASIL, 1988).

2.5.1 Concorrência

A concorrência, modalidade prevista no art. 28, II da Lei 14.133/2021, é modalidade já existente no ordenamento, onde interessa a quantidade, não necessariamente a qualidade do bem ou serviço a ser contratado pela Administração Pública. Sendo modalidade onde qualquer interessado, que comprove haver qualificação anteriormente exigida em edital, pode contratar com a Administração Pública, e que possua o menor preço, melhor técnica ou conteúdo artístico, técnica e preço, maior retorno econômico e maior desconto. Definida no artigo. 6º inciso XXXVIII. (BRASIL, 2021).

Conforme analisa Lahoz, vejamos:

A concorrência deve seguir o rito previsto no artigo 17 da Lei n. 14.133/2021. A grande novidade é a consolidação da inversão de fases para a concorrência. Se pela Lei n. 8.666/1993 a fase habilitação antecede à fase de julgamento das propostas, agora poderá ser feito primeiro o julgamento das propostas e depois a análise de documentação do licitante vencedor. (LAHOZ, 2021, p.127).

2.5.2 Pregão

O pregão passa a ser previsto pela lei nº 14.133/2021 em conjunto com as demais modalidades. Sendo a lei 10.520/2002 (Lei do Pregão) revogada, passado os dois anos da vigência da nova lei de licitações, conforme previsão no artigo 193, inciso II. Define-se como modalidade obrigatória para aquisição de bens e serviços na licitação, tendo como critério de julgamento o de menor preço ou o de maior desconto. (BRASIL, 2021).

Entretanto, o art. 28, parágrafo único, prescreve que o pregão não será aplicado nas contratações de serviços técnicos de natureza intelectual e de obras e serviços de engenharia. (BRASIL, 2021). Mantendo como exceção os serviços comuns de engenharia, conforme o artigo 29, paragrafo único da Lei nº 14.133/2021.

Neste sentido, Lahoz (2021, p.124), nos ensina que essa nova definição trazida pela lei nova lei de licitações e contratos avança como um conceito mais delimitado, ao contrário do que está apresentado no artigo 3º, em seu inciso VIII do Decreto n.10.024/2019, que regulamenta a licitação na modalidade pregão, onde a definição usual de bens e serviços comuns se

restringia a necessidade de ser acompanhada por um engenheiro. É o que se segue:

Art. 3º. Para fins do disposto neste Decreto, considera-se: [...] VIII - serviço comum de engenharia – atividade ou conjunto de atividades que necessitam da participação e do acompanhamento de profissional engenheiro habilitado, nos termos do disposto na Lei n. 5.194, de 24 de dezembro de 1966, e cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pela administração pública, mediante especificações usuais de mercado; (BRASIL, 2019).

Buscando inovação no cenário, o paragrafo 1º do artigo 17 da Lei 14.133/2021 prevê a inversão de fases na apresentação das propostas e a fase de habilitação, verificando inicialmente a proposta de preços e os seus lances. Caso realize-se primeiro a fase de habilitação dos licitantes e depois a análise das propostas, deverá ser mediante ato motivado com a explicitação dos benefícios dessa decisão.

2.5.3 Concurso

Concurso é a modalidade de licitação prevista no art. 28, III, da NLLC, onde se busca a escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, por meio do critério de julgamento de melhor técnica ou conteúdo artístico, e para concessão de prêmio ou remuneração ao vencedor (art. 6º, XXXIX, da Lei 14.133/2021).

Esta modalidade considera as regras e condições descritas em edital, que deve designar a qualificação necessária para os participantes, às diretrizes e formas de apresentação do trabalho e as condições de realização, bem como o prêmio ou remuneração a ser entregue ao vencedor do certame, que deve ceder a Administração Pública todos os direitos patrimoniais relativos ao projeto, além de autorizar sua execução conforme conveniência e oportunidade das autoridades competentes (BRASIL, 2021).

2.5.4 Leilão

Tem como definição modalidade utilizada para alienação de bens imóveis ou de bens moveis ou legalmente apreendidos a quem oferecer maior lance, conforme o art. 6º, XL da NLLC. Tendo que ser procedido de divulgação,

visto que deve constar do edital em sitio eletrônico oficial. Sendo possível sua divulgação por outros meios necessários à publicidade e a competitividade do processo licitatório. (BRASIL, 2021)

2.5.5 Diálogo Competitivo

Nos ensinamentos de Irene Patrícia Nohara, o dialogo competitivo inserido na nova lei de licitação e contratos (Lei nº 14.133/2021), surgiu na Diretiva 2014/24 da União Europeia, assim como nas praticas de diálogo e aberturas existentes no FAR (*Federal Acquisition Regulation*) dos Estados Unidos. (NOHARA, 2018).

Sua definição está prevista no art. 6º, XLII, da Lei nº 14.133/2021, sendo modalidade de licitação para contratação de obras, serviços e compras em que a Administração Pública realiza diálogos com licitantes previamente selecionados mediante critérios objetivos, com o intuito de desenvolver uma ou mais alternativas capazes de atender às suas necessidades, devendo os licitantes apresentar proposta final após o encerramento dos diálogos. (BRASIL, 2021)

Nohara (2018), acrescenta que o objetivo é que a administração possa buscar soluções inovadores, nos moldes do mercado, visto que no caso do dialogo competitivo, os participantes do certame são oriundos do mercado, deve-se observar a disposição para gerar uma contratação técnica ou com diversas metodologias que melhor atendam às suas necessidades, pois nem sempre se tem o conhecimento suficiente e de forma atualizado, tendo em conta a própria dinâmica do mercado, ou mesmo as áreas restritas para formulação de contratos complexos ou inovadores.

Nesse sentido, Freitas (2021), dispõe que o presente instituto:

(...) permite a abertura da interlocução, isto é, do debate com os licitantes, acerca das possibilidades técnicas e de inovação, e, por essa razão, poderá ser tida como mais flexível, inclusive por abrir margem para que a Administração estabeleça, no decorrer do certame, a solução que melhor atenda a sua demanda. (Freitas, 2021, p.52)

Nesse contexto, ressalta-se que:

As demandas sociais por transparência e eficiência no manejo das verbas públicas exigem dos gestores públicos, cada vez mais, precisão e celeridade. Por essas razões, o Diálogo Competitivo pode

dar resposta à ineficiência das soluções na legislação vigente para os casos de contratos em que o objeto é particularmente complexo, além de possibilitar maior transparência aos atos da Administração. (LIMA, 2014, p. 19).

Lima (2014), ressalta essa necessidade de procedimentos existentes de formas flexíveis, visto que um novo mecanismo viria a tornar a igualdade de oportunidades mais abrangente, assim como a seriedade governamental, visto que opta-se pela transparência no fornecimento das demandas públicas.

Como características principais são extraídas a complexidade dos serviços, soluções que devem ser inovadoras, de forma desconhecida para o poder público, na qual sua obtenção se dará de forma delimitada e particularizada em conjunto com os particulares que serão os possuidores das atribuições técnicas. (NESTER, 2021)

Nesse sentido, haveria a realização de etapa prévia, com reuniões para que se possa alcançar alternativas para o objeto preestabelecido. Nester (2021), registra que sua aplicabilidade se daria pela imprecisão da administração pública em conseguir o objeto previamente estipulado, no entendimento de que seria uma solução ainda desconhecida e prestes a ser construída.

Por sua relevância, Nester, aduz da seguinte forma:

A implementação do dialogo competitivo exigirá um nível de flexibilidade muito maior em comparação com as demais modalidades licitatórias. E precisamente por isso, encerrará um grau de dificuldade igualmente mais intenso: não apenas na fase interna do processo (para definir a necessidade a ser satisfeita, indicar as especialidades que podem atender a essa necessidade, bem como fixar os requisitos objetivos a serem preenchidos pelos potenciais interessados) como na própria fase do diálogo (no âmbito da qual podem surgir, diante do incerto, soluções diversas e até mesmo inadequadas). (Nester, 2021, p.3)

Em tese, permitirá um trabalho composto em agrupamento, o diálogo competitivo traz o aspecto inovador, no momento que rompe a condição tradicional das contratações públicas oriundas da Lei 8.666/93. Que até o presente momento calcula uma disposição prévia, pela administração pública, da conclusão a ser admitida, por meio do procedimento de interesse manifestado pelo processo de licitação. (NESTER, 2021, p.3).

3. MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE

As ME e EPP são classificadas de acordo com o limite da receita bruta prevista no ano-calendário. Assim, estando presente em qualquer das faixas da receita bruta prevista em lei, poderá ser enquadrado na categoria respectiva a serem aplicados na atividade econômica.

Com essa disposição se extrai que receita bruta é o produto de venda de bens e serviços nas operações de conta própria, o preço dos serviços prestados e o resultado nas operações e conta alheia, não incluídas as vendas canceladas e os descontos incondicionais concedidos, conforme art. 3º, §1º da LC nº 123/2006. (BRASIL, 2006)

3.1 Conceito de Microempresa

A definição de Microempresa é estabelecida na Lei Complementar 123/2006, em seu art. 3º, inciso I, como se extrai dos termos da legislação em vigor, vejamos:

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

I - no caso da microempresa, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais); (BRASIL, 2006).

3.2 Conceito de Empresa de Pequeno Porte

Como disposto no Inciso II e caput do art. 3º da LC nº 123/2006, considera-se Empresa 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 do Código Civil, devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas e que auferiram receita bruta anual superior a R\$360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R\$4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais). (BRASIL, 2006).

3.3 Definição e Finalidade da Lei Complementar 123/2006

Em 15 de Dezembro de 2016 foi promulgada a Lei Geral das Microempresas (ME) e Pequenas Empresas (EPP), com o principal objetivo de estabelecer incentivo, vantagens e privilégios, considerando parâmetros de apoio e desenvolvimento fiscal, a partir de desburocratização em excesso.

Cabe ressaltar que o Estatuto Geral das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, na introdução da Lei Complementar nº 123/06, surgiu revogando a Lei nº 9.841/99 (antigo estatuto da ME e EPP), naquele momento já existia uma tentativa, mesmo que discreta, de tratar dos meios de licitação. É o que se extraia do dispositivo, vejamos: “Art. 24. A política de compras governamentais dará prioridade à microempresa e à empresa de pequeno porte, individualmente ou de forma associada, com processo especial e simplificado nos termos da regulamentação desta lei”. No entanto, não se fez presente a regulamentação.

A LC nº 123/06 surgiu do resultado de gestões do Serviço de Apoio a Micro e Pequena Empresa - SEBRAE - e da Frente Empresarial no compromisso de diversos projetos de lei que seguiam nas casas legislativas do Congresso Nacional, que agiam nas questões das pequenas empresas. (LIMA, 2007).

A LC nº 123/2006 instituiu privilégios para a ME e EPP em relação às licitações, estipulando tratamento diferenciado no que diz respeito à regularidade fiscal e ao direito de preferência. Conforme se extrai do texto legal em seu art. 1º, vejamos:

Art. 1º Esta Lei Complementar estabelece normas gerais relativas ao tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, especialmente no que se refere:

I - à apuração e recolhimento dos impostos e contribuições da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, mediante regime único de arrecadação, inclusive obrigações acessórias;

II - ao cumprimento de obrigações trabalhistas e previdenciárias, inclusive obrigações acessórias;

III - ao acesso a crédito e ao mercado, inclusive quanto à preferência nas aquisições de bens e serviços pelos Poderes Públicos, à tecnologia, ao associativismo e às regras de inclusão. (Brasil, 2006).

Conforme Di Pietro, é válido expor que a Lei Complementar nº 123, de 14-12-06, dedica-se a:

conceder benefícios às microempresas e empresas de pequeno porte, também como exceção ao princípio da igualdade entre os licitantes. E ainda houve a inclusão do desenvolvimento sustentável como um dos objetivos da licitação, no caput do artigo 3º, dando margem à aceitação da chamada licitação sustentável, que autoriza a previsão, no instrumento convocatório, de exigências que favoreçam a proteção do meio ambiente, em harmonia com o desenvolvimento social e econômico. (DI PIETRO, 2019, p.776)

3.4 Favorecimento nas Licitações Públicas

Aspecto importante a ser explorado, o tratamento favorecido e o estímulo as Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, visa facilitar a prestação de serviços, bem como as vendas para a Administração Pública. Esses benefícios assegurados de forma direta as Microempresas e Empresas de Pequeno Porte em virtude da Lei Complementar nº 123/2006.

Niebuhr, afirma com relação à classificação da seguinte forma:

A Lei Complementar prescreve normas que afetam as licitações públicas nos seus arts. 42 a 49. Os arts. 42 e 43 enunciam normas sobre a comprovação da regularidade fiscal por parte das microempresas e das empresas de pequeno porte. Os arts. 44 e 45 estatuem em favor delas "direito de preferência". O art. 46 autoriza-as a emitir cédula de crédito microempresarial, na forma de regulamento a ser expedido pelo Poder Executivo. E, enfim, os arts. 47, 48 e 49 dispõem sobre "tratamento privilegiado e simplificado para as microempresas e as empresas de pequeno porte", desde que previsto e regulamentado na legislação do respectivo ente. (NIEBUHR, 2007)

Nos contratos públicos administrados, devem ser dados tratamentos autônomos e básicos, nas esferas federais, estaduais e municipais. Sendo diferenciado e simplificado para micro e pequenas empresas, tendo em vista a promoção do desenvolvimento econômico e social das cidades e regiões que de algum modo são também beneficiadas com sua eficiência, visando as políticas públicas, assim como o incentivo para um melhor planejamento.

Na Lei Geral de Micro e Pequenas Empresa (LC nº 123/2006) houveram novas modificações com a Lei Complementar nº 147/2014 que alterou determinados dispositivos, sendo convenientes no plano das licitações públicas. Sendo implantado um novo meio de aplicação, consoante se extrai do art. 47:

Art. 47. Nas contratações públicas da administração direta e indireta, autárquica e fundacional, federal, estadual e municipal, **deverá ser concedido tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte objetivando a promoção do desenvolvimento econômico e social** no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica. (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

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

No tocante as aquisições públicas, ao participar do certame, as microempresas e empresas de pequeno porte devem apresentar todos os documentos necessários para a comprovação da legislação fiscal e trabalhista (art.43, LC 123/2006) como primeiro critério de favorecimento, havendo alguma restrição na comprovação da regularidade fiscal e trabalhista, será assegurado o prazo de cinco dias úteis para regularização da documentação, podendo ainda ser prorrogado por parte da administração pública (art. 43 § 1º da LC 123/2006).

O estatuto prevê o critério de desempate, criando a expressão do chamado empate ficto, adotado nas licitações, é um direito de desempate. Em um certame onde participaria microempresa, empresa de pequeno porte, ao final da fase de lances ocorre o chamado empate ficto na licitação, na LC 123/06, é previsto que caso a primeira colocada do certame não seja uma micro ou pequena empresa, o gestor público, nesse caso, o pregoeiro, deverá observar a presença do empate ficto onde a microempresa e a empresa de pequeno porte encontrem-se classificadas com intervalo de 5% para a modalidade pregão e o percentual de 10% para as demais modalidades (art. 44 §1º e 2º da LC 123/2006).

Por conseguinte, Amorim (2017), ilustra que de acordo com o “empate ficto”, a ME e EPP que estiver em melhor classificação no certame, será chamada para apresentar sua proposta com preço inferior à da considerada vencedora da licitação, essa chamada é obrigatória, posteriormente seria adjudicado em seu favor o objeto em disputa.

Temos pelo art. 48, inciso I, a licitação exclusiva para participação de microempresas, empresas de pequeno porte e equiparadas. Estabelecendo que para cumprimento dos benefícios deverá ser obrigatório a licitações

exclusiva para ME e EPP até o valor de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), ou seja, empresas de grande porte não teriam direito à participação. Conforme se extrai:

Art. 48. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública: (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014) (Vide Lei nº 14.133, de 2021)
I - deverá realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nos itens de contratação cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais); (BRASIL, 2006).

Assim como se exige no caso de subcontratação de ME e EPP para licitações de obras e serviços. Outro benefício definido é a aplicação de cota de até 25% para aquisição de bens de natureza divisível na contratação das micro e pequenas empresas. (BRASIL, 2006).

Na regra da subcontratação a lei permite que a microempresa e a empresa de pequeno porte possa fazer parte de uma contratação com a administração pública, inclusive em termos econômicos, bem como de capacitação técnica, permitindo que a pequena empresa ganhe experiência com a administração pública, sendo subcontratada pela empresa vencedora de determinada licitação, que não será uma empresa de grande porte.

Com relação à cota, será observado que até o total de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) a exclusividade se dará a microempresa e empresa de pequeno porte, caso ultrapasse o valor estimado, deverá ser criada a cota de até 25%.

Conforme se segue na LC 123/2006:

Art. 48 [...]

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

III - deverá estabelecer, em certames para aquisição de bens de natureza divisível, cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte. (BRASIL, 2006).

Outro benefício se trata da prioridade de contratação para as ME e EPP locais ou regionais, essa previsão consta do art. 48, § 3º da LC 123/2006, in verbis:

Art. 48 [...]

§ 3º Os benefícios referidos no caput deste artigo poderão, justificadamente, 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.

Esse favorecimento surgiu, pelo fator da modalidade do pregão eletrônico gerar uma concorrência mais abrangente, buscando diminuir a insegurança das pequenas empresas locais. Dando a administração pública a possibilidade de trazer progresso para o seu mercado local. Dessa forma, os benefícios, como de regularidade, empate ficto, cota, exclusividade, poderão ser aplicadas para empresas localizadas regionalmente ou localmente, oferecendo prioridade a contratação para essas empresas até o limite de 10% do melhor valor válido da disputa.

Em contrapartida, para que haja exclusividade nos processos de licitação, segundo o art. 49 e seus incisos da LC 123/2006, se houver o mínimo de três fornecedores, sendo a empresa enquadrada como microempresa ou empresa de pequeno porte. Também não haverá aplicação de favorecimento quando não for vantajoso para a administração pública e nos casos em que a licitação for dispensável ou inexigível. (BRASIL, 2006).

Dessa forma, sendo evidenciado que não há vantagem para a administração ou que causará algum prejuízo, deve não ser utilizada o formato de exclusividade. Sobre o tema, Pereira Junior e Dotti (2012) dispõem que:

A Lei Complementar nº 123/06 também afasta a exclusividade para o efeito de subcontratação e de reserva de cota de até vinte e cinco por cento do objeto, quando o tratamento privilegiado mostrar-se desvantajoso para a Administração. A Administração que realiza licitação exclusiva para entidades de menor porte e consulta proposta vencedora de preço superior ao estimado, nas licitações subsequentes para o mesmo objeto, pode afastar a regra da exclusividade e ampliar a licitação a entidades de médio e grande porte. Essa decisão exige motivação, sobretudo quanto à perspectiva de que a ampliação do universo de competidores produzirá a obtenção de propostas mais vantajosas. Nesta outra licitação, de valor estimado de até R\$ 80.000,00, ampliada a entidades empresariais de maior porte.

Da forma que estabelece a legislação, há relevância envolvendo o espaço geográfico, visto que caso o certame seja direcionado para ME ou EPP com sede em regiões ou municípios específicos, a verificação do requisito

mínimo será necessário, para que eventualmente se assegure a finalidade constituída.

Com relação ao que não seria vantajoso para a administração, soa como um preceito básico, visto que certamente não haveria que se colocar em prejuízo, não apenas com referencia a microempresa e empresa de pequeno porte, mas também a qualquer particular fora do enquadramento. Sendo assim, a administração não teria que suportar efeitos negativos ou prejudiciais.

No tocante a regulamentação da LC nº 123/2006, Justen Filho (2019), assim leciona:

Existem dispositivos da LC 123/2006 que são autoaplicáveis e independem de regulamentação. Assim se passa com o disposto nos arts. 42 a 45, que asseguram os benefícios da regularização fiscal tardia e trabalhista e da preferência em caso de empate ficto. Isso não impede a edição de atos regulamentares para detalhar praticamente o modo de execução das regras. Já as contratações e licitações diferenciadas, previstas nos arts. 47 e 48 da LC 123/2006, somente poderão ser implementadas mediante regulamentação por meio de lei específica. A exigência de lei deriva da insuficiência da LC 123/2006 para dispor sobre as condições de efetivação dos benefícios. (JUSTEN FILHO, 2019, p.137)

3.5 Ausência de Conflito com o Princípio da Isonomia

De acordo com Di Pietro (2019, p.782) 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.

No mesmo seguimento contempla outra exceção à regra da isonomia, correspondente às normas que permitem exigência, no edital de licitação, que possibilite o desenvolvimento sustentável. Essas exigências estariam em consonância com o princípio da isonomia, visto que essa discriminação tem por objetivo proteger o meio ambiente, fundamentada em preceitos constitucionais.

José dos Santos Carvalho Filho leciona que:

A igualdade na licitação significa que todos os interessados em contratar com a Administração devem competir em igualdade

de condições, sem que a nenhum se ofereça vantagem não extensiva a outro. O princípio, sem dúvida alguma, está intimamente ligado ao da impessoalidade: de fato, oferecendo igual oportunidade a todos os interessados, a Administração lhes estará oferecendo também tratamento impessoal. (CARVALHO FILHO, 2019, p.387).

No entanto, os princípios não são absolutos, mesmo que se encontre fixado no âmbito das licitações, levando em conta a igualdade na disputa, o fato de se obter um tratamento diferenciado não gera ofensa ao princípio da isonomia.

Partindo do pensamento de Aristóteles, segundo o qual “devemos tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade”, não se pode olvidar a possibilidade de a própria lei estabelecer critérios de tratamento diferenciado para determinados licitantes. (AMORIM, 2017, p.32)

Celso Antônio Bandeira de Mello considera que:

existem distintas providencias, que corresponderiam a um exemplo de aplicação positiva do princípio da igualdade, que conforta tratamentos distintos para situações distintas, a partir do momento que se evidencia uma correlação lógica entre o fator discriminante e a diferença de tratamento, neste caso, a constituição federal que impõe a correlação entre o pequeno porte econômico de uma empresa e a atribuição justa de conferir benefícios em seu funcionamento empresarial. (2014, p.552)

Marçal Justen Filho (2019, p.92) assinala que será inválida a discriminação contida no ato convocatório se não se ajustar ao princípio da isonomia. Será esse o caso quando a discriminação for incompatível com os fins e valores consagrados no ordenamento, por exemplo. O ato convocatório somente pode conter discriminações que se refiram à "proposta vantajosa". No entanto, também se admite que essa discriminação reflita a utilização da licitação para a promoção de certos fins socialmente desejáveis, de modo especial, no tocante ao tratamento preferencial para microempresas e empresas de pequeno porte.

4. LIMITAÇÃO AO TRATAMENTO DIFERENCIADO

4.1 Aspectos da Constitucionalidade do Tratamento Diferenciado

Havia uma distorção econômica, por forças das condições que eram trazidas pela legislação no tocante ao crescimento da ME e EPP, Gomes (2012) afirma que com o constitucionalismo social foi possível vislumbrar novas mudanças com relação aos direitos econômicos e sociais. Gerando a valorização na forma ideológica de uma nova dimensão constitucionalista, de modo reformador, incluindo normas de política econômica em seu texto.

A base para edição das regras acerca das licitações deriva da Constituição Federal de 1988, dispondo em seu art. 22, inciso XXVII, segundo o qual compete à União a edição de normas gerais sobre licitações e contratos administrativos, dessa forma, no exercício da competência, foi introduzido pelo legislador disposições acerca de normas gerais de licitações e contratos na LC nº 123/2006.

Martins e Abrão manifestam o seguinte entendimento:

Atividade Econômica e Garantia Constitucional – A Constituição Federal de 1988, em vigor há duas décadas, procurou configurar, no seu Título VII, capítulo dedicado à ordem econômica e financeira, abrangendo os princípios gerais da referida atividade, buscando tratamento diferenciado para pequenas e microempresas. (Martins; Abrão, 2017, p.121)

Observa-se que o constituinte tenta fortalecer o desenvolvimento das micro e pequenas empresas, assim, inicialmente no aspecto tributário, dispôs de um tratamento diferenciado e simplificação para as empresas desse enquadramento, como segue:

Art. 146. Cabe à lei complementar: III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre: [...] d) definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, inclusive regimes especiais ou simplificados no caso do imposto previsto no art. 155, II, das contribuições previstas no art. 195, I e §§ 12 e 13, e da contribuição a que se refere o art. 239. (BRASIL, 1988)

Esse tratamento diferenciado e favorecido foi constituído pela Lei Complementar nº 123/2006, não se restringindo aos aspectos tributários, como

anteriormente visto. Nos artigos 170, inciso IX, e 179 da Constituição Federal da República, consta como um dos princípios gerais da ordem econômica, conforme é preceituado:

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

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (BRASIL, 1988).

Nota-se que no plano da ordem econômica, é admitida a intervenção do Estado para que o tratamento favorecido possa atingir seu objetivo.

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

O favorecimento surgiu da necessidade de proteção as micro e pequenas empresas, em condições desiguais de concorrência com relação as empresas de grande porte. Como reafirmado no art. 179 da Constituição, se trata de um principio que demonstra e reconhece na prática o processo de desigualdade, observando que com a livre iniciativa, se faz presente a necessidade de promover esse tratamento diferenciado.

Di Pietro afirma que:

Incluído entre os princípios gerais da ordem econômica, o art. 170, inciso IX, concebe o tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte elaboradas sob a lei brasileira e que tenham sua sede e administração no País, o art. 179 da CRFB/88, define que a união, os estados, o distrito federal e os municípios dispensem as microempresas e às empresas de pequeno porte, dando tratamento diferenciado e buscando estimular de forma facilitada suas atribuições administrativas, tributarias, previdenciárias e também de credito, ou na óbice de eliminar ou reduzir essas obrigações por meio de lei, à vista disso seria tratar desigualmente os desiguais. (DI PIETRO, 2020, p.782)

Assim, há constitucionalidade do tratamento discriminatório, que nada mais é que o tratamento diferenciado da LC 123/2006 e que não viola a

Constituição da República, o qual, admite de forma expressão o cabimento de preferencias em favor de ME e EPP. (JUSTEN FILHO, 2019, p. 137).

Everton Junior evidencia a importância do constitucionalismo favorecido (2017), conforme se segue:

Os legisladores responsáveis pela redação da Constituição Federal de 1988 foram sensíveis e sábios ao demonstrar interesse pela causa das MPE, quando se dispuseram a atender às principais reivindicações do segmento. Os constituintes foram capazes de estabelecer diferenciação no tratamento dado a micro e pequenas empresas em relação ao aplicado às médias e grandes. A distinção representou o fim da isonomia, do tratamento legal desbalanceado e distorcido entre as empresas. (EVERTON JUNIOR, p.42)

Sobre uma possível oposição, Justen Filho, leciona que:

A controvérsia poderia surgir porque a CF/1988 veda, no art. 19, III, a discriminação entre os brasileiros ou entre as próprias pessoas políticas. Essa vedação não é infringida na hipótese examinada porque se reconhece a ausência de condições das ME e EPP estabelecidas em regiões carentes de competir com aquelas que atuam em locais com maior índice de desenvolvimento econômico, social e tecnológico. O direcionamento das licitações configura-se como um meio de promover a intervenção do Estado nos domínios econômico e social, inclusive para cumprir o desígnio constitucional da redução das desigualdades regionais e da eliminação da pobreza. (JUSTEN FILHO, 2019, p. 137)

Toda via, não seria a relação, na prática, com a utilização do tratamento diferenciado, não seria possível sua ampliação, visto que ocasionaria aumento dos gastos públicos. Assim, se porventura as ME e EPP fossem capazes de formular a proposta de menor valor econômico, desnecessário seria o tratamento privilegiado, a julgar que a vitória no certame seria obtida.

Diante disso, o crescimento de gastos públicos não resta configurado, não desrespeita o princípio da Constituição Federal, em razão de ser uma vantagem de ordem diversa para a sociedade brasileira. Verificando a função social na contratação administrativa, com base em efeitos positivos e adequados para a sociedade como um todo. (JUSTEN FILHO, 2019, p. 138)

Gomes nesse sentido cita Lafayette Josué Petter que comenta sobre a justificativa do tratamento favorecido da seguinte forma:

[...] certo é que o tratamento jurídico favorecido às empresas de pequeno porte tem variados fundamentos a justificar sua inserção dentre os princípios da atividade econômica. Bem examinadas as disposições relativas à ordem econômica no texto constitucional – sem olvidar que ela é parte integrante e indissociável da constituição

vista sua inteireza – parece mesmo intuitivo que algo deveria ser feito em relação as empresas de pequeno porte. (PETTER, 2005, p.38 *apud* GOMES, 2012,p. 96)

4.2 Restrição de Benefícios nas Compras Públicas

A Lei 8.666/93 não dispõe de impedimentos para as Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, excetuado, o previsto no art. 49 da Lei Complementar 123/2006, desse modo, não há uma limitação de valores para participação nas licitações públicas. Caberia a ME e a EPP a sustentação de que será capaz de realizar os serviços, se eventualmente as exigências da qualificação econômica fossem satisfeitas, tornando plenamente possível sua participação.

Conforme o texto normativo da Lei. 8.666/93, em seus artigos 3º, § 14 e 5º-A, o estabelecimento do tratamento diferenciado para privilegiar as microempresas e empresas de pequeno porte seguiam sem maiores definições e sem impedimentos explícitos, vejamos:

Art. 3º (...) § 14. As preferências definidas neste artigo e nas demais normas de licitação e contratos devem privilegiar o tratamento diferenciado e favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte na forma da lei. (Incluído pela Lei Complementar nº 147, de 2014)

Art. 5º - A. As normas de licitações e contratos devem privilegiar o tratamento diferenciado e favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte na forma da lei. (Incluído pela Lei Complementar nº 147, de 2014). (BRASIL, 1993)

Essa interpretação seguia o seguinte parâmetro, as microempresas e empresas de pequeno porte, mesmo quando o valor contratual excedesse os limites de enquadramento como ME's e EPP's, com previsão no art. 3º da Lei Complementar 123/2006, haveria a aplicação do direito de preferência. Desse modo, caso fosse declarada como vencedora do certame, mesmo que o valor ultrapassasse o teto de enquadramento seria realizada a aplicação do tratamento diferenciado. Nesse escopo, cita-se o Acórdão nº 1.819/2018 do Tribunal de Contas da União que reafirmou o entendimento acerca do tema:

“9.3.3. não há impedimento de que sejam adjudicados às microempresas e às empresas de pequeno porte valores superiores aos estabelecidos no art. 3º da Lei Complementar 123, incisos I e II, respectivamente, uma vez comprovado que estas, à época da licitação, atendem aos requisitos e às exigências contidas nos artigos 3º, 3º-A e 3º-B da referida lei;” (TCU, Plenário. Acórdão 1.819/2018, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues. J. 08/08/2018).

Destacando o entendimento ainda vigente, Medeiros (2021), ensina da seguinte forma:

Na prática hoje somente se entende que uma Microempresa ou Empresa de Pequeno Porte percam este benefício quando ultrapassam dentro do exercício o **faturamento** superior a R\$ 480.000,00 para Micro Empresa e R\$ 4.800.000,00 para Empresas de Pequeno Porte, sendo válido para usufruir deste benefício a apresentação do Documento de Enquadramento como Microempresa ou Empresa de Pequeno Porte e ainda como exigência a Declaração de Enquadramento assinada pelo Contador responsável pela empresa.

No entanto, a Nova Lei de Licitações e Contratos nº 14.133/2021 traz entendimento distinto. Visto que, como constata Medeiros (2021) “De forma clara o benefício não é mais aplicado no que tange o faturamento da Microempresa e a Empresa de Pequeno Porte e sim pelo valor estimado da licitação”.

Entende-se que as regras da LC 123/2006 são aplicáveis à Lei 14.133/2021. No entanto, o art. 4 parágrafo 1º, inciso I e II, assim como parágrafo 2º e parágrafo 3º trazem algumas exceções. Vejamos as inovações de aplicação no novo regime:

Art. 4º Aplicam-se às licitações e contratos disciplinados por esta Lei as disposições constantes dos arts. 42 a 49 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.

§ 1º As disposições a que se refere o caput deste artigo **não são aplicadas:**

I - 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;

II - 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.

§ 2º A obtenção de benefícios a que se refere o caput deste artigo **fica limitada às microempresas e às empresas de pequeno porte** que, no ano-calendário de realização da licitação, ainda não tenham celebrado contratos com a Administração Pública cujos valores somados extrapolem a receita bruta máxima admitida para fins de enquadramento como empresa de pequeno porte, devendo o órgão ou entidade exigir do licitante declaração de observância desse limite na licitação.

§ 3º Nas contratações com prazo de vigência superior a 1 (um) ano, **será considerado o valor anual do contrato na aplicação dos limites** previstos nos §§ 1º e 2º deste artigo. (BRASIL, 2021).

A primeira situação limitante está pautada no § 1º, inciso I do art. 4º da Lei 14.133/2021. Diz respeito a aquisição de bens e serviços em geral, ao item cujo valor estimado for superior à receita bruta máxima admitida para fins de enquadramento como empresa de pequeno porte.

Como cita Fortini e Bragagnoli (2021):

No caso do inciso I, a envolver bens e serviços, analisa-se se o valor estimado *do item* está ou não abaixo do patamar máximo adotado. Se na fase preparatória, utilizando-se a metodologia definida no §1º do art. 23 da mesma Lei 14.133/21, o valor estimado da contratação do item não superar R\$ 4.800.000, incidirão as regras constantes nos artigos 42 a 49 da LC 123/06. Se superarem, a licitação se afasta da citada lei. (Fortini; Bragagnoli, 2021)

Em análise, com o inciso I, o tratamento dado pela Nova Lei de Licitações e Contratos se especificaria da seguinte forma, sendo o Item ou o Lote que será contratado por meio de licitação superior à receita máxima permitida para ME e EPP, não restaria impedida à sua participação no processo, todavia, não se atribuiria os benefícios da Lei Complementar 123/2006.

Nesse caso, o direito a posterior regularidade fiscal e o empate ficto não estariam presentes. De modo que poderão fazer parte do certame licitatório, sem desfrutar de quaisquer benefícios incluídos na LC 123/2006.

De forma exemplificativa, Medeiros (2021), aponta:

No ano de 2021 a empresa JJA Comercial EPP se sagrou vencedora dos seguintes certames assinado os respectivos contrato:

- Mês de junho de 2021 – Contrato 01 – R\$ 1.800.000,00
- Mês de julho de 2021 – Contrato 02 – R\$ 2.000.000,00
- Mês de Agosto de 2021 – Contrato 03 – R\$ 1.000.000,00
- Somatória dos Contratos Assinados: R\$ 4.800.000,00

Desta forma no mês de agosto de 2021 a empresa JJA Comercial EPP já celebrou compromisso contratual cujo montante é igual a R\$ 4.800.000,00. Mesmo não tendo até esta data faturado (emitido nota fiscal), a referida empresa não pode mais usufruir dos benefícios a Microempresa e Empresa de Pequeno Porte.

Nesse sentido, uma empresa que mesmo se enquadrando na definição de microempresa ou empresa de pequeno porte, não será beneficiada com o tratamento favorecido da LC 123/2006. Uma licitação de grande vulto, com uma notabilidade patrimonial grandiosa, abarcando empresas de grande porte,

o objeto, item ou serviço desse processo, em que pese o valor estimado de acordo com a pesquisa de preços cotados para a licitação.

Nos moldes do art. 23 da Lei 14.133/2021 “o valor previamente estimado da contratação deverá ser compatível com os valores praticados pelo mercado, considerados os preços constantes de bancos de dados públicos (...)” ultrapassando o total de R\$ 4.800.000,00, nenhum dos benefícios poderá ser utilizado como diferencial na licitação. Essa é a primeira configuração na aplicação do tratamento diferenciado.

A segunda restrição ao tratamento favorecido possui semelhança com a primeira, a Lei 14.133/2021 aponta no art. 4, § 1º, inciso II, o caso das contratações de obras e serviços de engenharia. Para que se faça a prestação desses serviços, essa contratação não virá acompanhada do proveito de tratamento privilegiado da LC 123/2006. “O inciso II é relativo às obras e aos serviços de engenharia e também vem adornado com o mesmo limite. Faz-se a avaliação sobre a imperatividade ou não das regras da LC 123/06 a partir do valor estimado da contratação.” (Fortini; Bragagnoli, 2021) Isto é, nem ao menos constará no edital de publicação do processo de licitação, visto que não será aplicação na licitação.

Quando ao impacto do objeto referente a obras e serviços de engenharia, Fortini; Bragagnoli, (2021) observam que:

O impacto do teto para objetos assim pode ser mais representativo pelo fato de que obras e serviços de engenharia podem (sempre teórica e hipoteticamente) alcançar valores mais expressivos quando comparados aos produtos e serviços de que cuida o inciso I, especialmente porque lá, como se disse, faz-se uma análise individual-item a item. (Fortini; Bragagnoli, 2021)

A terceira restrição prevista no §2º, não preconiza questões de capital como as limitações já vistas, preceitua que a obtenção de benefícios da LC 123/2006 fica limitada as microempresas e empresas de pequeno porte que no ano calendário da realização da licitação ainda não tenham celebrado contratos com a administração pública que ultrapasse R\$ 4.800.000,00.

Veja-se, não se espera que os benefícios sejam excluídos no ano seguinte, o que é uma escolha diferente da que os legisladores adotam na LC 123/2006, onde existe uma tolerância, caso o excedente não ultrapasse 20%

do limite de 4.800.000,00, e os efeitos seriam transferidos para o calendário do ano seguinte. (Fortini; Bragagnoli, 2021).

Como última manifestação da norma se tem que previsto no artigo 4º, §3º “nas contratações com prazo de vigência superior a 1 (um) ano, será considerado o valor anual do contrato na aplicação dos limites previstos nos §§ 1º e 2º”. O que se justificaria da seguinte forma “nos contratos com entrega estimada mensal, ou com vigência de 12 meses o valor do contrato será o valor anual do contrato para fins de compromisso firmado com a Administração Pública.” (Medeiros, 2021).

Assim afirma-se:

Desta forma os Editais com obediência a Nova Lei de Licitação e Contratação Pública vão limitar as Microempresas e Empresas de Pequeno Porte a participarem de licitação utilizando os benefícios previstos na Lei Complementar Nº 123/2006 regulamentada pelo Decreto Federal Nº 8.528/2015 ao limite do valor estimado de R\$ 4.800.000,00. (Medeiros, 2021).

Nesse contexto, essa ME ou EPP firmando contrato com a administração pública no ano, não havendo faturamento prévio, apenas a assinatura contratual que ultrapasse o limite estabelecido, estará impedida de usufruir dos direitos da LC 123/2006 na licitação que vier a participar.

No período de transição, restando a Lei 8.666/93 produzindo seus efeitos, as ME e EPP terão, mesmo que a licitação seja superior à sua receita bruta, todos os benefícios atribuídos pelo estatuto. Caso o instrumento convocatória disponha que a licitação será regida pela lei 14.133/21, não se concederá qualquer benefício.

A rigor, as microempresas e empresas de pequeno porte podem participar de processos de licitação que ultrapassem o valor de R\$ 4.800.000,00, no entanto, a disputa se dará de forma equivalente, isto é, de modo igual com as empresas de grande porte que não detém o benefício da LC 123/2006. (MEDEIROS, 2021)

Medeiros (2021) ainda analisa que a administração pública buscou aplicar a segurança jurídica nas compras públicas, destacando a igualdade e a competição, com interesse nas vantagens e na segurança na contratação, sobretudo pela ausência de disposição financeira de microempresas e

empresas de pequeno porte para consolidar contratos com encargos acima de quatro milhões de reais.

Ao tratar da segurança jurídica, Couto e Silva (2017), salienta que comporta vários sentidos, entre eles, vale salientar:

(...) empresta coerência, previsibilidade, calculabilidade e autoridade ao conjunto de normas jurídicas, ao mesmo tempo que infunde tranquilidade aos indivíduos, quer com relação aos compromissos e vínculos jurídicos que estabeleceram no passado e que esperam sejam mantidos, quer no tocante aos planos que elaborarão, no futuro, na condução de suas vidas. (COUTO E SILVA, 2017).

4.3 Função Socioeconômica das MPE's

Ao tratar da importância dos pequenos negócios, Bomfim dispõe que:

A sociedade desconhece o potencial das micros e pequenas empresas, tampouco tem ideia da força que elas possuem na economia brasileira, prevalecendo uma imagem de fragilidade em torno do segmento, atribuindo a esses pequenos negócios um baixo potencial de faturamento e a ideia de que empregam, em regra, somente familiares. (BOMFIM, 2007, p.5)

O desempenho da ME e EPP no cenário brasileiro é de extrema relevância, dados do Data Sebrae apontam que “no Brasil, as Micro e Pequena Empresas respondem por cerca de 30% da produção de riqueza do País, e esse valor adicionado tem se mostrado consistente ao longo dos anos.” (SEBRAE, 2020, p.6).

Conforme aborda Gomes (2012, p.122) no campo social, as atividades das pequenas e micro empresas criam oportunidades de emprego, promovendo a circulação da riqueza social e, em última instância, melhoram as condições de vida das pessoas. No campo econômico, as atividades das pequenas empresas desempenham um papel positivo, fortalecendo a economia com os recursos em circulação, visto que quanto maior o volume de transferência entre mercadorias, cria-se um círculo de benefícios na sociedade.

Com respeito a geração, a positividade é ainda mais evidente, visto que no período de 2006 a 2019, a representação na geração de empregos chegou a marca de 13,5 milhões de postos de trabalho, nesse mesmo período, as médias e grandes empresa conseguiram a geração de 1,1 milhão. (SEBRAE, 2020, p.7).

Com os resultados mais recentes, no período de março de 2021 a geração de empregos pelas entidades de pequeno porte chegou a marca de 57,9% com carteira assinada, correspondendo a 107 mil vagas. Esses dados continuam superiores a criação de trabalho das empresas de médio porte e de grande porte, que chegou a 67 mil, de acordo com a base de pesquisa realizado pelo Sebrae, utilizando o Cadastro Geral de Empregados e Desempregados do Ministério da Economia (SEBRAE, 2021).

Assim, a importância do amparo á essas empresas e ao modo diferenciado no qual são tratadas é reafirmado por Ulliana, conforme se descreve:

(...) estes pequenos negócios, por meio de políticas públicas consistentes, como legislações que concedam o tratamento diferenciado e favorecido ao setor, com reais possibilidades de implementação, são primordiais para que possam continuar contribuindo com a construção de uma sociedade mais livre, justa e solidária, com a erradicação da pobreza e da marginalização, com a redução das desigualdades sociais e regionais, com o desenvolvimento nacional, ou seja, com os objetivos fundamentais da nação brasileira. (Ulliana , 2015,p.68).

Tendo em vista o crescente potencial, é notório que a produção de empregos, assim como a geração de renda decorre das pequenas empresas, estando presente nos municípios com menor população, abrangendo os mais pobres, e até mesmo as grandes e mais desenvolvidas metrópoles. Nesse decorrer, favorecem na diminuição das desigualdades sociais, promovendo inclusão da sociedade na produção da econômica formal. (ULLIANA, 2015,p.68).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei 14.133/2021, sendo o novo código para gerir o procedimento de contratações públicas do Brasil, estabelecendo normas gerais no âmbito da União, Estados, Municípios e suas Autarquias e Fundações, contudo sem uso frente às empresas Estatais, que são disciplinadas pela Lei 13.303/2016, inovou no tratamento diferenciado às micro e pequenas empresas, trazendo limitações aos benefícios e preferências previstos na Lei Complementar 123/2006 – Lei Geral das Micro e Pequenas Empresas que trata nos seus artigos 42 a 49.

A nova lei trouxe, em uma perspectiva geral, uma representação de consolidação, tanto de leis, como decretos, princípios, instruções e jurisprudência do Tribunal de Contas da União, o que antes se via separadamente, como ponta soltas, foi unificado em um só texto.

Percebe-se o real destaque, pelo fato da possibilidade da utilização de dois regimes que tratam do mesmo assunto e que permanecem ao mesmo tempo, podendo ser escolhidos pelos órgãos públicos, uma lei que foi inserida de forma imediata, e trazendo novas alternativas para uma transição gradual.

Perante as razões expostas no presente trabalho, com as licitações busca-se que o poder público possa obter a proposta mais vantajosa para a gestão administrativa do Estado, com a finalidade de formalizar um contrato que cumpra seu objetivo diante do interesse público, almejando que seja feita nas diretrizes de igualdade entre os participantes, no entanto, para as microempresas e empresas de pequeno porte foi constatada a aplicação de benefícios, uma proteção constitucional, que não afronta o princípio da isonomia e que promove simplificação no cenário dos procedimentos licitatórios.

Com base nisso, para empresas de menor porte, ampliou-se a importância da matéria e seus reflexos na administração pública e na sociedade, diante da necessidade de amparo estatal as empresas de pequeno porte na implementação de políticas públicas para o fortalecimento econômico e como instrumento de incentivo aos pequenos negócios, agindo para um melhor aproveitamento no tocante as licitações públicas.

Buscou-se elucidar as interpretações diante das novas restrições, visto que o novo ordenamento tem aplicação direta no estatuto das microempresas e empresas de pequeno porte, que buscou facilitar a prestação de serviços, bem como as vendas para a Administração Pública. Dado ao fato que as vantagens concedidas são obrigatórias para os procedimentos de licitação no qual participam as empresas enquadradas como ME e EPP.

São proventos que passam pelo direito de prazo para regularidade fiscal incidente na fase de habilitação do certame público, direito do desempate ficto, licitações exclusivas, exigências de subcontratação e aplicação de cota de 25% nas aquisições de bens divisíveis.

Frente a temática central do presente trabalho, que é a análise das limitações ao tratamento diferenciado atribuídas pela nova lei de licitações, depreende-se que os direitos preferenciais estão mantidos, no entanto, de forma delimitada, com a nova lei de licitações e contratos, o benefício só poderá ser aplicado em contratos que não ultrapassem o valor estimado da receita bruta máxima para fins de enquadramento das micro e pequenas empresas, no valor de R\$ 4.800.000,00.

Desse modo, seria averiguado se os contratos firmados em compras públicas no ano-calendário não excedem o limite de enquadramento das ME e EPP, assim sendo, não mais se considera a receita bruta auferida no ano, como se utilizada na Lei Complementar 123/2006.

Conclui-se que a Lei 14.133/2021 conduz um novo cenário para o estatuto das microempresas e empresas de pequeno porte, com as limitações que foram incorporadas, empresas que apesar de se enquadrarem como de micro ou pequeno porte, na realização do processo licitatório, poderá estar impedida de se beneficiar com o regime do tratamento diferenciado.

Por fim, percebe-se que a estrutura do novo ordenamento buscou promover a segurança jurídica da administração pública, tendo em vista que as empresas podem não suportar demandas vultuosas e acabar não cumprindo com o objeto contratual, o que pode impactar diretamente na saúde financeira da empresa, levando a consequências incidentais, prejudicando sua condição socioeconômica.

REFERÊNCIAS

AMORIM, Victor Aguiar Jardim de. **Licitações e contratos administrativos: teoria e jurisprudência** – Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2017.

ARAGÃO, Alexandre Santos. **Curso de direito administrativo**. – 2.ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21.06.1993. **Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências**. DOU de 22.06.1993.

BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. **Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. Diário Oficial da União, Poder Legislativo, Brasília, DF, Seção 1, 01 abr. 2021, p. 1. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 09 set.2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 1819/2018** (016.935/2017-9). Relator: Walton Alencar Rodrigues. Paraná, 8 de agosto de 2018. Lex: jurisprudência do TCU.

BOMFIM, A. P. R. **Comentários ao estatuto nacional das microempresas e empresas de pequeno porte – LC 123/2006**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. – 33. ed. – São Paulo: Atlas, 2019.

COUTO E SILVA, Almiro. **Princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/17/edicao-1/principio-da-seguranca-juridica-no-direito-administrativo-brasileiro>

DIRLEY, da Cunha Junior. **Curso de direito administrativo**. – 14.ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Editora Juspodivm, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. – 33. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

EVERTON JUNIOR, Antonio. **MPE: avanços importantes para as micro e pequenas empresas 2017-2018** – Rio de Janeiro : Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo, 2017.

FORTINI, Cristina; BRAGAGNOLI, Renila Lacerda. **O tratamento favorecido para micro e pequenas empresas na Lei 14.133/21**. Agost.2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-ago-19/interesse-publico-tratamento-favorecido-micro-pequenas-empresas>. Acesso em: 09 set.2021.

FREITAS, Alexandre de Mattos. **Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos** [livro eletrônico]. et al. 1. ed. Brasília., 2021.

GASPARINI, Diogénes. **Direito Administrativo**. 8º. ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

GOMES, Daniela Ramos Marinho. **Função social da microempresa: mecanismos jurídicos para a sua preservação** – Londrina, 2012. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial, Universidade de Londrina. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.uel.br/document/?code=vtls000170660>. Acesso em: 09 set.2021.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei 8.666/1993**. - 18. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo :Thomson Reuters Brasil, 2019.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo** - 10. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo : Revista dos Tribunais, 2014.

LAHOZ, Rodrigo Augusto Lazzari. **Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. et al. 2. ed. Curitiba: Zênite, 2021.

Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. **Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte**; altera dispositivos das Leis nº 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, da Lei nº 10.189, de 14 de fevereiro de 2001, da Lei Complementar nº 63, de 11 de janeiro de 1990; e revoga as Leis nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e 9.841, de 5 de outubro de 1999. Diário Oficial da União, Brasília, 15 dez. 2006.

Lima, Cláudia Castello Branco. Barrionuevo Filho, Arthur. **Uma análise comparativa entre o Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI) e o Diálogo Competitivo**. São Paulo, 2014.

LIMA, Jonas. **Licitações para pequenas empresas: novidade da década de 40**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 12, n. 1364, 27 mar. 2007. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/9655>. Acesso em: 15 set. 2021.

MARTINS, Fran; ABRÃO, Carlos Henrique. **Curso de direito comercial**. 40. ed. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

Medauar, Odete. **Direito Administrativo moderno**. 21. ed. – Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MEDEIROS, Uesley Sílvia. **Os benefícios as microempresas e empresas de pequeno porte com a vigência da nova lei de licitação e contratação pública nº 14.133/2021. 2021.** Disponível em: <https://www.effecti.com.br/blog/beneficios-as-microempresas-e-empresas-de-pequeno-porte-nova-lei-de-licitacao/>. Acesso em: 09 set.2021.

Meirelles, Hely Lopes. **Direito Administrativo**/José Emmanuel Burle Filho. – 42.ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo.** 32. ed., São Paulo: Malheiros, 2015.

NESTER, Alexandre Wagner. **Diálogo Competitivo: nova modalidade licitatória da Lei 14.133/2021.** Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, 2021. Disponível em: <https://www.justen.com.br>. Acesso em 03 set. 2021.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Repercussões do estatuto das microempresas e das empresas de pequeno porte em licitação pública.** Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 12, n. 1529, 8 set. 2007. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/10380>. Acesso em: 15 set. 2021.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos** / Joel de Menezes Niebuhr et al. 2. ed. Curitiba: Zênite, 2021. 1. 283p.

NOHARA, Irene Patrícia. **Diálogo Competitivo.** Direito Administrativo, Jul. 2018. Disponível em: <https://direitoadm.com.br/dialogo-competitivo/>. Acesso em 03 Set. 2021.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Direito Administrativo.** - 5. ed. rev., atual. e ampl. — Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. **As Licitações exclusivas para microempresas e empresas de pequeno porte: regra e exceções.** Revista do TCU. Disponível em: <https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/149>. Acesso em: 09 set.2021.

SEBRAE. Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas. **Atualização de estudo sobre participação de micro e pequenas empresas na economia nacional, 2020,** disponível em: <https://datasebrae.com.br/wp-content/uploads/2020/04/Relat%C3%B3rio-Participa%C3%A7%C3%A3o-mpe-pib-Na.pdf>. Acesso em: 09 set.2021.

SEBRAE. Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas. **Pequenos negócios são responsáveis por quase 60% dos empregos gerados em março. 2021,** disponível em: <https://www.agenciasebrae.com.br/sites/asn/uf/NA/pequenos-negocios-sao-responsaveis-por-quase-60-dos-empregos-gerados-em-marco,c0686f8f58339710VgnVCM100000d701210aRCRD>

ULLIANA, Marcelo Rodrigues. **Lei geral das micro e pequenas empresa: o tratamento diferenciado aos pequenos negócios nas licitações públicas de Osasco**. 2015. 171 f. Dissertação. Escola Paulista de Política, Economia e Negócios, Universidade Federal de São Paulo. Disponível em: <https://repositorio.unifesp.br/handle/11600/47293>. Acesso em: 09 set.2021.