

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

RAFAEL BERZOTTI

**A SESSÃO ÚNICA DO CAPÍTULO V DA LC 123/2006 E O INCENTIVO
NORMATIVO À ATIVIDADE ECONÔMICA**

CURITIBA

2010

RAFAEL BERZOTTI

**A SESSÃO ÚNICA DO CAPÍTULO V DA LC 123/2006 E O INCENTIVO
NORMATIVO À ATIVIDADE ECONÔMICA**

Monografia apresentada à disciplina de Direito Administrativo como requisito parcial à conclusão do Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientador. Prof. Dr. Egon Bockmann Moreira

CURITIBA

2010

Ademais, um príncipe deve mostrar-se um apreciador das virtudes alheias, acolhendo os homens talentosos (virtuosi) e dignificando os que excelem em uma arte [ou em um ofício]. Nesta linha, deve estimular os seus cidadãos para que estes possam tranquilamente exercer as suas atividades, quaisquer que sejam elas, tanto no comércio quanto na agricultura, de sorte que o lavrador embeleça a sua propriedade sem o temor de vê-la confiscada, e que o negociante instaure o seu comércio sem sentir-se ameaçado pelos impostos.

Por outro lado, o Príncipe deverá estipular recompensas para aqueles que entendem realizar coisas ou para quem quer que se proponha de algum modo a concorrer para crescimento da sua cidade ou do seu Estado.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	6
1.1. OBJETIVOS E ESTRUTURA DO ESTUDO	7
2. ALGUMAS PALAVRAS SOBRE CONSTITUCIONALIDADE	9
2.1. PREMISSAS	9
2.2. A NOÇÃO DE PRINCÍPIO DE QUE NOS VALEMOS	10
2.3. O PRINCÍPIO DA ISONOMIA	11
2.4. O PRINCÍPIO DA REPÚBLICA	12
2.5. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA	13
2.6. DEVERES DO ESTADO E CONCLUSÃO PARCIAL	14
3. QUESTÕES PRÉVIAS À APRECIÇÃO DOS BENEFÍCIOS	15
3.1. A AMPLITUDE DOS DISPOSITIVOS	15
3.1.1. A quais contratos administrativos se aplica a LC nº123	15
3.1.1.1. Aplicação restrita às licitações	16
3.1.1.2. O motivo da exclusão dos contratos de delegação	18
3.1.1.3. As modalidades de licitação	20
3.1.1.4. Os tipos de licitação	21
3.2. QUALIFICAÇÃO FORMAL E RESTRIÇÕES – a opção da LC nº123	22
3.2.1. A opção pelos rendimentos do trabalho	23
3.2.2. Independência da fruição dos privilégios tributários	24
3.3. EFICÁCIA E IMPERATIVIDADE DOS ARTIGOS 42 A 49	25
3.3.1. Custeio das despesas de intervenção	29
4. OS BENEFÍCIOS DA LC nº123/2006	31
4.1. REGULARIZAÇÃO FISCAL TARDIA	31
4.1.1. Documentos abrangidos	31
4.1.2. Conteúdo do benefício	32
4.1.3. Prorrogação do prazo	33
4.1.4. Decadência do direito	33
4.1.5. Validade e cabimento da solução	33
4.2. LANCE SUPLEMENTAR NO CASO DE EMPATE FICTO	36
4.2.1. Tipos de licitação e finalidade do benefício	38
4.2.2. Constitucionalidade do benefício	38
4.3. AS LICITAÇÕES DIFERENCIADAS	38
4.3.1. Restrição às licitações	39
4.3.2. Requisitos de natureza formal e finalística	40
4.3.3. As espécies de licitações diferenciadas	43
4.3.4. Hipóteses de não cabimento	44
5. CONCLUSÕES PARCIAIS E PROBLEMATIZAÇÃO	46
5.1. NECESSIDADE E PROPORCIONALIDADE DO REGIME	47
6. FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO ADMINISTRATIVO	52
6.1. QUAL FUNÇÃO SOCIAL?	54
6.1.1. Função social dos contratos no Código Civil	55
6.1.1.1. Sanções ao descumprimento da função social do CCB	56
6.1.2. Contrato administrativo: lógica própria	57
6.2. BREVE CONCLUSÃO	59
7. PLURALIDADE DE FUNÇÕES DO ESTADO	60
8. LICITAÇÃO: ALGUNS SIGNIFICADOS	65

9. INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO	68
9.1. SANÇÃO POSITIVA E FOMENTO	71
9.2. FOMENTO E NORMA PERMISSIVA	72
9.3. MOMENTOS DA INTERVENÇÃO EM ESTUDO	72
9.4. PARA TERMINAR: A SITUAÇÃO DOS MUNICÍPIOS	73
10. CONCLUSÃO	75
REFERÊNCIAS.....	76

1. INTRODUÇÃO

Em 14 de dezembro de 2006, foi publicada a Lei Complementar nº 123, instituindo o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte. A conceituação do que se deve entender por microempresa e empresa de pequeno porte¹ encontra-se no art.3º da referida Lei.

A grande maioria das disposições dessa Lei tem natureza tributária. Através delas, criou-se um sistema tributário simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte, conhecido como Simples Nacional ou Super Simples. Estatuiu-se regime único de arrecadação, inclusive no que concerne às obrigações acessórias.

Tal regime substituiu, a partir de 01 de julho de 2007, o Simples Federal (Lei 9.317/1996), revogado desde tal data.

Entretanto, a Lei Complementar nº 123/2006 também positivou normas de outra ordem, como o são as previstas nos artigos 42 a 49 (Capítulo V, denominado “Do Acesso aos Mercados”, cuja Seção Única foi intitulada “Das Aquisições Públicas²). Ali, estabeleceu-se tratamento diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte também no que diz respeito às licitações públicas.³

Ao contrário da substituição normativa realizada no campo tributário, as demais disposições da LC 123/2006 vigoram imediatamente da data de sua publicação, muito embora terem algumas delas restado pendentes de regulamentação. Isso será objeto de consideração mais aprofundada, na proporção em que os temas desenvolvidos no texto com tal tema guardarem alguma relação de pertinência.

Ademais, em 5 de setembro de 2007 houve a publicação do Decreto Federal nº 6204/2007, regulamentando os artigos 42, 43, 44, 45, 47, 48 e 49 da Lei

¹ Considerando que, para fins do presente estudo, pouco importa a diferença estabelecida pelo art.3º, incisos I e II, entre microempresa e empresa de pequeno porte (tomando por critério a receita bruta auferida em cada ano-calendário), mencionaremos somente microempresa a ambos os institutos jurídicos em qualquer caso.

² Como só há uma Sessão no Capítulo V da LC 123/2006, far-se-á menção tão somente ao Capítulo V, de agora em diante, para nos reportarmos aos artigos 42 a 49, excluído o art.46.

³ O art.46 criou a cédula de crédito microempresarial, possibilitando às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte movimentar seus créditos decorrentes de obrigações assumidas frente à Administração Pública, acaso não tenha ela adimplido com suas obrigações em até trinta dias da data prevista para a liquidação. Não se abordará tal figura, vez que, ainda que verse sobre obrigação entre Administração Pública e Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, trata-se de instituto de Direito Empresarial, e não de Direito Administrativo, menos ainda de instituto ínsito ao campo das licitações. Para uma breve análise do instituto: Santos (2009, p.113-117).

Complementar nº 123/2006, estatuinto determinadas diretrizes na aplicação das regras ali positivadas, o que também será explicitado na medida em que se fizer necessário.

1.1 OBJETIVOS E ESTRUTURA DO ESTUDO

Esse conjunto normativo, o das normas previstas nos artigos 42 a 49 (excluído o art.46, como acima referido), é o objeto do presente trabalho.

Será desenvolvida uma análise que, sem qualquer conotação crítica, pode ser denominada de “tradicional”, pois que situada no plano da dogmática jurídica, no mundo do dever-ser. Isso porque serão estudadas as normas *in abstracto*, correlacionando-as entre si e com outras normas positivadas no ordenamento nacional que tenham alguma proximidade com as previstas no Capítulo V da LC 123/2006, oferecendo-se uma proposta hermenêutica própria.

Mais: não serão minudenciados todos os aspectos técnicos das normas positivadas nos artigos 42 a 49 da LC 123/2006. Isso porque os textos-base utilizados para fins do presente estudo já o fizeram (JUSTEN FILHO, 2007; SANTOS, 2009), e, se assim procedêssemos, faltar-nos-ia originalidade, e, por conseguinte, razão de ser ao presente texto.

Mas não só por isso, o escopo dessa monografia tem outro conteúdo, não propriamente diferente/divergente das questões abordados naqueles livros, porém objetivando ir algo adiante em alguns tópicos pouco aprofundados naquelas obras.

Aqui, tentar-se-á conjugar alguns temas de Direito Econômico com as normas de licitação pública consignadas no Capítulo V da LC 123/2006. Especificamente, buscaremos de alguma maneira encaixar esse conjunto normativo numa determinada teorização – referenciando as obra às quais nos reportamos -, de modo a denotar a sua natureza jurídica (do conjunto normativo) de *intervenção no domínio econômico*, enquanto incentivo a determinado setor da economia (o das microempresas).

Deve-se referir, no entanto, que as obras utilizadas para a feitura deste texto são jurídicas (ainda que algumas não exclusivamente). Portanto, a metodologia de que lançaremos mão é jurídica, e não econômica ou econométrica, como tentaremos deixar claro no corpo do trabalho, motivo pelo qual alguns dos

raciocínios adiante esposados carecerão de base empírica (algo minimamente exigido para a feitura de trabalhos em Ciência Econômica).

Dizendo de outro modo, encaixar-se-ão as normas positivadas pelos artigos 42 a 49 da LC 123/2006 num determinado discurso jurídico corrente na doutrina (muito embora não unívoco), que será tomado como premissa: o de que há – e, mais ainda, deve haver – um Estado intervencionista, que, utilizando-se de normas jurídicas, influi na economia, no(s) mercado(s), quer corrigindo-o(s), quer criando-o(s), quer implementando políticas públicas.

Para tanto, utilizar-se-ão produções da doutrina que, em maior ou menor medida, apontam nessa direção. Isso não significa que tal seja a única concepção existente. Entretanto, pelos limites do presente texto, não cabe a análise de todas as posições que se lançam ao debate da necessidade de haver ou não um Estado intervencionista – que parecem não mais se situar em dois pólos bem definidos, a responder que, sim, o Estado deve intervir, ou que, não, não o deve; mas, de outra maneira, serem as mais variadas, denotando divergências quantitativas, qualitativas, temporais (quanto de Estado na economia, quais as atitudes que deve o Estado tomar para intervir na economia, momentos em que se deve dar a intervenção).

2. ALGUMAS PALAVRAS SOBRE CONSTITUCIONALIDADE

2.1. PREMISSAS

O conjunto normativo positivado pelos artigos 42 a 49 - excluído o artigo 46 - da LC 123/2006 consigna três benefícios concedidos às ME e EPP: possibilidade de regularização fiscal tardia; possibilidade de formulação de lance suplementar em caso de empate ficto; e, por fim, faculdade de a Administração Pública oferecer tratamento privilegiado às ME e EPP em processos licitatórios. Esta última hipótese pode ocorrer das três maneiras designadas no artigo 48⁴.

Só há sentido em se falar de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de normas jurídicas (textos jurídicos depois de interpretados), e não somente de textos jurídicos (artigos ou conjunto de artigos de lei). Assim sendo, a aferição da constitucionalidade ou inconstitucionalidade dos benefícios em questão deverá tomar em conta a interpretação de cada um deles em separado e no todo, que é o que será feito adiante, quando se analisar cada um e se oferecer uma proposta de interpretação do conjunto normativo⁵.

Entretanto, calha esclarecer desde já algumas linhas gerais adotadas aqui para o trato da constitucionalidade dos privilégios às ME e EPP em licitações. Se a Constituição é o subsistema jurídico que deve ser o ponto de partida para a interpretação dos demais ramos – isto é, não se pode querer interpretar a Constituição com base na legislação ordinária, mas sim o contrário (BARROSO, 2007), há de ser, de início, divisado o instrumental que se adotará para interpretá-la.

Nesse passo, muito embora um dos marcos teóricos utilizado para o trato das questões concernentes ao incentivo normativo à atividade econômica seja a tese de cátedra de Eros Grau (2007), algumas ponderações devem ser feitas de antemão, a fim de que se evitem algumas confusões.

Nessa obra, Eros Grau desenvolve somente no Capítulo 5 a “Interpretação e Crítica da Ordem Econômica na Constituição de 1988” (GRAU, 2007, p.172-352).

⁴ A interpretação deste último benefício, decorrente da leitura dos artigos 47 e 48, será feita mais à frente. Deixe-se claro, desde já, que se propõe uma leitura restritiva do benefício, a referir que o artigo 47 só pode ser aplicado nos casos previstos no artigo 48 e incisos.

⁵ Ver Capítulos 4 e 5, adiante.

Isso depois de esquadrihar algumas dimensões de princípios jurídicos (e “A Interpretação da Constituição”), no Capítulo 4 (GRAU, 2007, 156-170).

A assunção, aqui, da teorização adotada nesses dois últimos capítulos será feita com ressalvas, diferentemente do conjunto de argumentos esposados nos três primeiros capítulos da obra, utilizados quase que integralmente (GRAU, 2007, p.15-155). É que, nos capítulos 4 e 5, Eros Grau (2007) faz uso de três concepções acerca da conceituação dos princípios: a de Dworkin⁶, a de Canotilho⁷ e a de José Afonso da Silva⁸.

Concedida vênua, tais raciocínios, ao contrário do que se pode pensar, não apontam numa mesma direção e nem foram forjados com os mesmos objetivos.

Ainda, tais teorizações não guardam relação com a noção de princípios que aqui se adotará.

E isso é intrinsecamente conexo com as argumentações que mais à frente serão feitas acerca da constitucionalidade ou não dos benefícios em licitações postos na LC 123/2006. É que, a depender da concepção de princípios referida numa determinada análise, poder-se-á, e não raro, chegar a resultados diversos no que respeita à constitucionalidade de uma norma ou de um conjunto normativo, vez que os métodos de análise utilizados não foram os mesmos.

No plano estritamente teórico, com essas considerações iniciais, quer-se, por outro lado, evitar aquilo a que Virgílio Afonso da Silva (2008) chamou de *sincretismo metodológico*: a adoção de teses diversas e não convergentes como se comunicáveis fossem.

2.2. A NOÇÃO DE PRINCÍPIO DE QUE NOS VALEMOS

Dito isso, faz-se possível referir qual a teorização acerca de princípios jurídicos de que nos utilizaremos na redação dos temas aqui desenvolvidos. Foi Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p.53) quem cunhou a definição – talvez a mais utilizada na doutrina pátria - de princípio como “mandamento nuclear de um sistema”.

⁶ DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. 5ª impressão. Londres, Duckworth, 1987.

⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 3ª Ed. Coimbra, Almedina, 1983.

⁸ AFONSO DA SILVA, José. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23ª Ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2004.

Tal conceituação é legatária dum pensamento jurídico que, já à época em que fora forjado, via força normativa nos princípios. A diferença destes para com as regras ficava por conta de serem eles dotados de maior generalidade e abstração, a influenciar a interpretação (considerando que a interpretação é a atividade de construção dos sistemas jurídicos) das demais normas⁹. Seriam normas de estrutura, normas fundamentais – no sentido de fundamentos, alicerces, bases.

Não é sem motivo que se adotará a tese de Celso Antônio Bandeira de Mello (2010). É cabível o argumento – sem qualquer pretensão de adentrar-se numa discussão que não é objeto deste trabalho – de que, à época da feitura da Constituição de 1988, o pensamento acerca dos princípios jurídicos de que se falou (“mandamentos nucleares de um sistema”) exercia maior influência na doutrina pátria (BOCKMANN MOREIRA, 2006). *Exercia* e não *exercera*, vez que hoje talvez se possa dizer de uma maior propensão doutrinária em estudar os princípios do ponto de vista de Dworkin e Alexy, autores cujas obras não foram, em nenhuma medida, utilizadas no presente estudo.

Além disso, dar-se-á dessa maneira unidade ao discurso. Também Justen Filho (2007, p.32; 2009, p.100-103) deixa clara a opção metodológica em adotar o pensamento de Celso Antônio Bandeira de Mello, especialmente as considerações deste quanto ao princípio da isonomia, ao tratar do tema da “Constitucionalização das Licitações Públicas”.

Para ambos, a outorga de benefícios por meio de normas jurídicas em favor de determinados destinatários deve ter em conta o princípio constitucional da igualdade. E aqui (e daqui em diante) a expressão “princípio” denota aquilo que se falou acima.

2.3. O PRINCÍPIO DA ISONOMIA

Muito em resumo, a discriminação instituída por lei não viola o princípio jurídico da igualdade (isonomia) se, e somente se: i) a norma não singularizar atual e definitivamente um destinatário determinado, e, de outra forma, abranger uma categoria de pessoas ou pessoa futura indeterminada; ii) a norma adotar como

⁹ Veja-se a explicação dada por Virgílio Afonso da Silva (2010), identificando, em termos gerais, existirem dois modos de divisar os princípios das regras: mediante o critério dos diferentes pesos ou a se utilizar o critério dos diferentes graus de abstração.

critério de discriminação um elemento que resida nos fatos, situações ou pessoas em condições desiguais; iii) entre os diferentes regimes outorgados e a norma outorgante houver relação de pertinência lógica; iv) a norma corresponder a interesses privilegiados na Constituição (BANDEIRA DE MELLO, 1998, p.47)¹⁰.

O princípio da isonomia incide necessariamente sobre as licitações públicas na medida em que estas constituem um mercado. Isso será tratado com maior abrangência mais à frente¹¹. Deixe-se claro desde logo que, a se adotar a idéia de licitação como mercado, quer-se referir que ela injunge a mais ampla competição entre os possíveis adjudicatários. Só há que se falar em restrição à mais ampla competição em face do disposto acima acerca do princípio da isonomia, de modo a não violá-lo¹².

2.4. O PRINCÍPIO DA REPÚBLICA

Também o princípio da República impõe-se como premissa para a análise da constitucionalidade, vez que se está a cuidar do manejo do dinheiro público (JUSTEN FILHO, 2007, p.35-36). Lembre-se de que a licitação, para além de um mercado, é um contrato administrativo, em que, na contraprestação, a Administração Pública desembolsará valores para retribuir os bens oferecidos e os serviços prestados por particular.

Logo, mercê da incidência do princípio da República, não há que se falar em malversação das verbas públicas, nem sob o argumento de que se está a concretizar o princípio da isonomia, instituindo diferenciação normativa útil, necessária e proporcional em favor de determinada categoria (a dos microempresários).

Está-se diante de mais um fundamento, um mandamento nuclear, que incide sobre o todo normativo em estudo. O dever de eficiência na utilização das verbas públicas é ordem que vincula a Administração na contratação com agentes privados.

¹⁰ Também SANTOS (2009, p.23-26) se utiliza dessa teoria para o trato da constitucionalidade do regime discriminatório.

¹¹ Ver Capítulo 8, adiante.

¹² Também SANTOS (2009, p.59) refere as características de ampla competição e vantajosidade como iminentes à licitação.

2.5. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA

De outra banda, ainda que se tenha rechaçado parte da exposição desenvolvida por Eros Grau (2007) no Capítulo 4 de sua obra, a observação do autor de que “não se interpreta a Constituição em tiras” é de todo insertável no contexto do que se expôs até então (GRAU, 2007, p.195). Primeiro, pela incidência do princípio da isonomia, deve-se tomar em conta interesses privilegiados na Constituição. Ou seja, há de ser feita uma leitura ampla acerca de quais são as opções constitucionais, a fim de que seja possível se falar em outorga de benefícios em favor de determinada categoria, a dos microempresários.

Se se diz que princípio é o fundamento do todo, de todo o ordenamento jurídico, é o marco inicial de interpretação, supõe-se necessariamente uma leitura holística, sistemática. O mandamento nuclear só pode ser mandamento nuclear *de um sistema*. É, portanto, da conjugação dos princípios constitucionais da isonomia e da República com os outros fundamentos postos na Lei Fundamental que se aferirá a constitucionalidade ou não dos benefícios em estudo.

Clareie-se a escolha hermenêutica feita até o momento: partindo-se da Constituição e dos princípios constitucionais, far-se-á uma *análise sistemática* do subsistema das normas positivadas na Sessão Única do Capítulo V da Lei Complementar nº 123/2006.

Contudo, a leitura sistemática de que se está a cogitar não é o mesmo que ponderação de princípios. É que tal expressão preconiza justamente a distinção entre princípios e regras de que não nos utilizamos: as realizadas nas teorizações de Dworkin e Alexy.

Muito embora se admita, e não raro, que a Constituição positive interesses colidentes, não há que se negar que a proposta de leitura sistemática, tal como delineada, é plenamente capaz de refutar qualquer contradição entre as normas constitucionais, sem a necessidade de se recorrer à teoria dos diferentes pesos de que são dotados os princípios. O dever que se impõe é interpretar a Constituição como um todo, não se lhe admitindo contradições, independente da noção de princípio de que se faz uso. No texto constitucional podem existir contradições. Nas normas, que são já fruto da interpretação e das opções do intérprete, não (GRAU, 2007, p.193).

2.6. DEVERES DO ESTADO E CONCLUSÃO PARCIAL

Deitadas todas essas bases, cabe referir que a Constituição de 1988 impõe deveres ao Estado sem os quais não seria possível entender os benefícios às ME e EPP nas licitações¹³. O art.3º, incisos I, II e III, determina que o Estado brasileiro incentive as regiões menos desenvolvidas e reduza as desigualdades.

Mais ainda: o art.170, inciso IX, CF, estabelece como princípio da ordem econômica “o tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País”.

Esse mandamento ganha concretude no art.179 da Constituição da República, que impõe o dever de “tratamento jurídico diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte”, “visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações *administrativas*, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.” (**grifamos**)

É da conjugação de todos esses elementos que se poderá falar ou não na constitucionalidade de privilégios outorgados às microempresas em licitações públicas.

¹³ Ver Capítulo 7, adiante.

3. QUESTÕES PRÉVIAS À APRECIÇÃO DOS BENEFÍCIOS

Devem ser abordadas, antes da apreciação dos benefícios em licitações esposados na LC nº123/2006, algumas questões cujo teor guarda proximidade com o tema que se desenvolverá mais à frente: a relação dos benefícios com alguns aspectos do Direito Econômico¹⁴.

Como já referenciado, os textos-base para a feitura deste capítulo são os livros de Justen Filho (2007) e de Santos (2009) que tratam dos artigos 42 a 49 da LC nº123/2006. As questões ora desenvolvidas utilizam-se em grande medida desses trabalhos.

Dividem-se elas em: a amplitude dos benefícios em licitação da LC nº123/2006; a qualificação formal das ME e EPP para participar de procedimento licitatório; e a eficácia dos benefícios.

3.1. A AMPLITUDE DOS DISPOSITIVOS

Por amplitude dos dispositivos quer-se designar i) a quais contratos administrativos se aplicam as disposições da LC nº123/2006; ii) a quais modalidades de licitação; e, por fim, iii) a quais tipos de licitação.

3.1.1. A quais contratos administrativos se aplica a LC nº123

Quanto ao primeiro enquadramento, há que se destacar que se está a tomar uma determinada classificação dos contratos administrativos, a do próprio Justen Filho (2009), mas desta vez lançada no seu Curso de Direito Administrativo. Como se sabe, as classificações não são verdadeiras ou falsas, mas úteis ou inúteis (CARRIÓ, 1986, p.99, *apud* GRAU, 2007, p.76)¹⁵; e tal utilidade só pode ser medida num determinado contexto, no momento em que se utiliza a classificação.

O critério utilizado para divisar a quais contratos administrativos se aplicam os benefícios da LC nº123/2006, aqui, é o do regime jurídico (JUSTEN FILHO, 2009,

¹⁴ Ver Capítulos 7 e 9, adiante.

¹⁵ CARRIÓ, Genaro. **Notas sobre Derecho y lenguaje**. 3ªed. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1986.

p.360). Nesse diapasão, deve-se demarcar que os contratos administrativos ou podem ser de *colaboração* ou de *delegação de competência*.

Nos primeiros, incluem-se as licitações, bem como as demais espécies consignadas na Lei nº8.666/93 e ainda o pregão (Lei nº10.520, de 17 de julho de 2002).

Os segundos, por sua vez, abrangem as hipóteses das Leis nº8.987/95 e nº11.079/04, das quais a vedete é a *concessão* de serviço público. Trata-se nesses casos de atribuição a terceiro de função estatal. A relação jurídica perante os administrados, ainda que se trate de desempenho de serviço por terceiros, mantém-se hígida enquanto de direito público.

3.1.1.1. Aplicação restrita às licitações

Os benefícios em licitações às microempresas da LC nº123/2006 incidem tão somente nos contratos administrativos das Leis nº8666/93 e 10.520/02 (e não nos contratos de delegação de competência a terceiros)¹⁶. Mais que isso, devem ser empregados tão somente às licitações – contratos administrativos cujo regime é de direito público (e não contratos da administração, aos quais se aplica a lógica privatística), nos quais incide, necessariamente, o princípio da isonomia.

Embora a LC nº123/2006 não o diga, não há que se negar, sob qualquer argumento, a restrição feita acima. Começando pelo último aspecto desenvolvido: por imposição legal, só há que se falar em aplicação do regime diferenciado para as microempresas às licitações públicas. Assim o é pela dicção dos artigos 42, 44 e 48. Os dois primeiros artigos não apresentam maiores dificuldades, pelo fato de introduzirem (são os primeiros artigos a elencar determinado privilégio) os benefícios de que tratam.

Por sua vez, o artigo 48 é precedido, por óbvio, do artigo 47. Ambos têm o mesmo teor: tratamento simplificado e diferenciado para as microempresas e empresas de pequeno porte nas contratações públicas, o que adiante referiremos como “licitações diferenciadas”¹⁷.

¹⁶ No mesmo sentido, Santos (2009, p.57-58).

¹⁷ Ver item 4.3, adiante.

O artigo 47 faz referência às *contratações públicas*. De outro modo, o artigo 48 atem-se tão somente às licitações (espécie de contratação pública). Logo, o artigo 47 tem, em tese, objeto mais amplo.

Cuida-se, desde já, de limitar o conteúdo do artigo 47 tão só as hipóteses do artigo 48 – de maneira a interpretá-lo restritivamente –, sob pena de serem desrespeitados os princípios constitucionais da isonomia, da República e da licitação (que, como se verá mais adiante, é também um procedimento, um contrato administrativo e um mercado¹⁸) e, portanto, estar-se-à frente de flagrante inconstitucionalidade.

Com efeito, não se deve dar crédito ao argumento de que o artigo 47 se trata de cláusula aberta, dando amplos poderes ao administrador nas contratações públicas, até mesmo cabendo-lhe a competência de escolher quando se utilizar (ou não) do procedimento licitatório para contratar com privados, excedendo as hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação (artigos 24 e 25 da Lei nº8.666/93).

O artigo 48 não faz referência a *um dos modos* (tripartido, é bem verdade, nos três incisos) de que dispõe a Administração para promover os três fins dispostos no artigo 47 (desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica). Consistem os incisos do artigo 48, em realidade, *em rol taxativo* de hipóteses das quais se pode valer a Administração Pública para conceder benefícios às microempresas em licitações públicas (para além, é óbvio, das hipóteses dos artigos 42 a 45).

Que não se argumente que a possibilidade trazida pelo artigo 47 é ampla e irrestrita pelo fato de dispor que, em havendo previsão na legislação do respectivo ente, podem-se outorgar outros benefícios, que não os positivados pela LC nº123/2006. A interpretação que se impõe, em face de tudo que se disse acima acerca dos princípios da República e da isonomia (e diante do que se dirá mais abaixo sobre o princípio da licitação) diz com a limitação de outorga de benefícios a determinados grupos *tão somente aos casos previstos em lei*, vez que se trata de limitação à liberdade (à livre-concorrência aqui), algo que só pode ser tomado como

¹⁸ Ver Capítulo 8, adiante.

exceção (MAXIMILIANO, 1984, p.231, *apud* BOCKMANN MOREIRA, 2004, f.245) ¹⁹. E, se se escolheu lei nacional para se fazer isso (a LC nº123/2006), não se deve pensar na possibilidade de inovação por parte dos demais entes legislativos, agora sob pena de ilegalidade. Para além da LC nº123/2006, estar-se-ia indo de encontro à Lei nº8.666/93, vez que foi ela quem promulgou normas gerais sobre licitações e contratos administrativos (regendo taxativamente as situações em que a licitação será inexigível ou dispensável), às quais devem todas as entidades federativas observar.

3.1.1.2. O motivo da exclusão dos contratos de delegação

Feito tal esclarecimento, impende referenciar o motivo de os benefícios da LC nº123/2006 serem tão só compatíveis com as Leis nº8.666 e nº10.520, e não com os casos de delegações de competência. É que as espécies de contratação (licitação) daquelas leis portam-se *na condição de mercados*, enquanto que os modelos de delegação não.²⁰

Ora, a frase utilizada para se iniciar o Capítulo V da LC nº123/2006 é justamente “Do acesso aos mercados”. Não há sentido em se aplicar as regras que cuidam do acesso aos mercados a situações nas quais suas principais características não se façam presentes.

Calha, desde logo então, dizer o porquê de não se poder falar de mercados nos casos de delegação de competência. Mercados guardam intrínseca proximidade com a noção de atividade econômica em sentido estrito, espécie do gênero atividade econômica em sentido amplo, moeda cuja outra face tem grafada a idéia de serviço público (GRAU, 2007, p.101-143).

Em outras palavras, a atividade econômica (em sentido amplo) pode-se desenvolver de duas maneiras: ou em atividade econômica em sentido estrito ou em serviço público.

Não se pode dizer da existência de um mercado se se está a referir *delegação de serviço público*. As características essenciais de um mercado, enquanto espaço no qual se desenrolam trocas econômicas, não são encontradas

¹⁹ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 9ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p.231.

²⁰ Ver Capítulo 8, adiante.

no serviço público, ainda que delegado a terceiro particular. Não há, por exemplo, contraprestação – não no sentido de uma troca de mercado, verbalizada em termos jurídicos pelo instituto do contrato (inclusive o administrativo) – na prestação de serviços públicos.

Na delegação de serviço público, como se sabe, ainda que o desempenho se dê por terceiro privado, mantém-se íntegra a relação jurídica de direito público perante o administrado. A delegação é de atuação, não de competência (JUSTEN FILHO, 2009, p.360, 623-626).

Nesse sentido, mesmo que os custos dos serviços públicos sejam suportados por taxas e tarifas pagas pelos usuários, ainda assim a relação continua a ser de direito público. Não ocorre aqui o fenômeno do contrato.

Por imposição legal, então, (lembre-se da frase utilizada para introduzir o Capítulo V da LC nº123/2006: “Do acesso aos mercados”), não se aplicam os benefícios às microempresas em licitações públicas às delegações de serviço público.

Por outro lado, as delegações de serviço público são orientadas por uma lógica na qual tem maior relevância o interesse dos usuários. Impõem-se, dessa forma, garantias mais severas no que concerne à idoneidade e à satisfatoriedade do desempenho na execução dos contratos pelos particulares delegatários. É como se o serviço estivesse sendo prestado pelo próprio Estado²¹.

Não que as prestações decorrentes da adjudicação de um objeto em uma licitação pública não devam ser idôneas e satisfatórias. Todavia, a considerar que, por exemplo, o tema do controle que deve a Administração manter sobre as contratações realizadas em face de um particular relaciona-se inextricavelmente com a alocação de recursos escassos, devem ser preconizadas determinadas contratações em detrimento de outras. Mesmo porque, na maioria das vezes, a Administração abre processo licitatório para adquirir bens e serviços públicos para ela mesma, Administração Pública, prestar (quer por si, quer delegando-os) serviços públicos, que, nesse momento, revestir-se-ão de maiores garantias em termos de qualidade.

²¹ Aprofundar em: BOCKMANN MOREIRA, Egon. **Direito das concessões de serviços públicos: inteligência da Lei 8987/95 (parte geral)**. São Paulo: Malheiros, 2010; e JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003 – obras não consultadas; daí a inserção em Nota de Rodapé.

3.1.1.3. As modalidades de licitação

Outro dimensionamento que se deve fazer refere-se às modalidades de licitação. Aqui também não há qualquer referência na LC nº123/2006. Da mesma forma, a interpretação que segue é inarredável, em face dos objetivos buscados pelo Estatuto da Microempresa ao consignar artigos que tratam do tema das licitações.

O Capítulo V da LC nº123/2006 só se aplica à concorrência, à tomada de preços, ao convite e ao pregão. Excluídos do seu âmbito de incidência, portanto, o concurso e o leilão²².

Não há vinculação lógica entre essas duas últimas modalidades de licitação com a condição de ME ou EPP; tanto menos sob o prisma do fomento à atividade microempresarial – criação e manutenção de ME e EPP²³.

O concurso é modalidade de licitação que se dirige à obtenção de um trabalho com uma qualidade bem determinada e que só pode ser compreendida no caso concreto (artigo, 22, §4º, Lei nº8.666/93). O objeto adjudicado no concurso não guarda qualquer relação com os produtos comercializados na atividade empresarial, vez que, ao mínimo que seja, estes são postos à negociação em escala – a qualidade específica de cada produto é muito próxima da de seu congêneres.

O concurso, diferentemente, visa a licitar trabalho técnico, científico ou artístico, o que, no mais das vezes, dá-se em situações pontuais, isto é, não há uma regularidade nos objetos licitados em cada caso. Por exemplo, ainda que determinado instituto público de pesquisa realize concurso sempre em determinada data a fim de obter trabalho jurídico, muito provavelmente o tema proposto em uma licitação não será o mesmo de outra anterior ou de outra futura; ou, se assim o for, de certo que se espera que a “proposta vencedora” divirja das anteriores já licitadas.

Ademais, no mais das vezes (embora esta ilação não seja necessária), a realização de trabalho técnico, científico ou artístico não se dá por meio de atividade empresarial, mas por pessoas individuais (em termos amplos, para que se evite qualquer confusão com temas societários – lembre-se que firma individual não é pessoa jurídica, ainda que também seja empresa).

²² Em sentido contrário, SANTOS (2009, p.59), para quem cabe a aplicação dos benefícios ao concurso.

²³ Ver Capítulo 9, adiante.

O leilão, por seu turno, destina-se à venda de bens móveis inservíveis para a Administração ou de produtos legalmente apreendidos pela Administração (art.22, §5º, Lei nº8.666/93). A essa modalidade, da mesma forma, não se consegue vincular o fomento à atividade microempresarial, mercê de um raciocínio muito próximo do anterior.

A atividade empresarial é aquela em caráter profissional e organizado, o que pressupõe contratos duradouros, dos quais se valha a empresa para obter produtos e serviços de qualidade razoável, com o fito de utilizá-los ou transformá-los para, aí sim, oferecer o seu produto ou serviço no mercado. O leilão, diversamente, é, no mais das vezes, utilizado em caráter pontual, já que não se sabe quando um bem se tornará inservível para a Administração ou quando ela apreenderá esse ou aquele bem.

Mais que isso, se o produto é inservível para a Administração, muito provavelmente o será da mesma forma para uma empresa privada.

Não que não possa determinada microempresa participar das modalidades de licitação acima. O que se está a dizer é que não há sentido em aquela se valer de regime diferenciado e facilitado, a fim de adjudicar o objeto.

3.1.1.4. Os tipos de licitação

Finalmente, quanto aos tipos de licitação, devem ser diferenciados os benefícios de regularização fiscal tardia e possibilidade de lance suplementar em caso de empate ficto (artigos 42 a 45 da Lei Complementar nº123/2006).

O primeiro, de regularização fiscal tardia, pode ser aplicado a todos os tipos de licitação, excluída a de maior lance (leilão²⁴), como já antes referido.

O benefício de possibilidade de lance suplementar em caso de empate ficto, contudo, aplica-se tão só aos tipos de menor preço²⁵. Desta feita, essa exegese impõe-se em virtude do critério escolhido pela LC nº123/2006 para estabelecer regime diferenciado de licitação. O fim a que se destina a LC nº123/2006 como um todo é beneficiar as microempresas e empresas de pequeno porte em razão de sua

²⁴ Em sentido contrário, afirmando a possibilidade de aplicação ao leilão, SANTOS (2009, p.59).

²⁵ Em sentido contrário, SANTOS (2009, p.104), afirmando a possibilidade de aplicação do benefício de preferência em caso de empate ficto “quando a Administração Pública adotar o entendimento de que a licitante que obtiver a melhor nota técnica tem obrigatoriamente que praticar o menor preço proposto; e nos casos de licitação de tipo técnica e preço.”

condição de empresa economicamente menor, de posse de menos poder econômico.

Em termos amplos (e tomando por base as ponderações de acima sobre o princípio da isonomia), e a considerar que o que busca a atividade empresarial é, em essência, o lucro, o benefício estabelecido de possibilidade de proposta suplementar (envolvendo valores) em favor de determinado grupo empresarial (as microempresas) deve-se restringir a elemento de ordem financeira.

São características intrínsecas ao mercado a competição e a meritocracia, que premiam aqueles que ofertam os bens e serviços de maior qualidade pelo menor preço, medidas, ambas, em valores monetários. É essa também a natureza do benefício de possibilidade de oferta de lance suplementar em havendo ficção de empate. Àquelas características não se deve adicionar a qualidade específica da proposta, a ser aferida no caso concreto, ainda que margeada por critérios objetivos (disciplinados no edital), pena de o critério de distinção entre microempresas e “empresas comuns” em estudo não residir na desigualdade delas – poder econômico²⁶ (e violar o princípio da isonomia²⁷).

Assim, não há que se falar em aplicação do benefício em licitações de tipo melhor técnica e técnica e preço às microempresas. Quando quer a Administração obter bens e serviços nos quais haja maior relevância do caráter técnico da proposta, tal não pode ser relativizado, não, pelo menos, com espeque num critério de diferenciação estritamente econômico (JUSTEN FILHO, 2007, p.23-24).

3.2. QUALIFICAÇÃO FORMAL E RESTRIÇÕES – A OPÇÃO DA LC N°123

Para fazer jus ao benefício, deve haver o enquadramento da empresa num determinado regime (o de ME e EPP), o que vem disciplinado pela própria LC n°123/2006, em seu artigo 3°. As considerações aqui lançadas primeiramente apontarão na direção de que a LC n°123/2006, ao divisar o regime das microempresas em seu art.3°, da forma como o fez, deixou bem clara a opção em privilegiar os rendimentos do trabalho, a produção, em detrimento da renda advinda da propriedade – e aqui, propriedade do dinheiro, do capital. É dizer: houve, no

²⁶ Para um conceito de poder econômico: BOCKMANN MOREIRA (2004, f.99).

²⁷ Ver item 2.3, supra.

sistema econômico misto brasileiro, com a entrada no mundo jurídico da LC nº123/2006, valorização do trabalho²⁸.

Em seguida, serão expostas algumas questões outras relativas aos atributos da qualificação especificamente no âmbito das licitações.

3.2.1. A opção pelos rendimentos do trabalho

A distinção entre remuneração pelo capital e pelo trabalho vem de longa data. Trata-se do modo pelo qual se reparte o produto econômico. É, no dizer de Eros Roberto Grau (2007, p.81-85), juntamente com as instituições que caracterizam determinado modo de produção (propriedade privada, propriedade coletiva dos bens ou propriedade estatal), um dos elementos que distingue o sistema econômico (capitalismo puro, capitalismo misto, socialismo) por que optou determinada sociedade jurídica²⁹.

A opção por remunerar o capital ou o trabalho ou os dois – e em que medida – é também uma opção jurídica, vez que, na maior parte das vezes, é minudenciada em termos jurídicos (normas), quer de ordem constitucional, quer na legislação ordinária, quer nos regulamentos (atos administrativos normativos, que, por óbvio, expressam-se em termos jurídicos).

De início, para o correto entendimento do que segue, consigne-se que microempresa, nos termos do inciso I, art.3º, é aquela que auferir em cada ano-calendário receita bruta igual ou inferior a duzentos e quarenta mil reais. Empresa de pequeno, aquela que auferir em cada ano-calendário receita bruta superior a duzentos e quarenta mil reais e igual ou inferior a dois milhões e quatrocentos mil reais.

São as normas elencadas no parágrafo 4º do art.3º da LC nº123/2006, que dispõem acerca das restrições ao enquadramento enquanto ME ou EPP³⁰, que

²⁸ Não se trata de juízo de valor em torno do assunto. Está-se, isso sim, a interpretar a LC nº123/2006.

²⁹ Não será aprofundado estudo acerca desse tema sob qualquer prisma – do ponto de vista da história do direito, por exemplo, importaria salientar em que momento passou a ser moralmente aceita a obtenção de lucros que não os advindos do trabalho, mas da circulação do crédito.

³⁰ Saliente-se que as restrições dispostas no parágrafo 4º do art.3º só se aplicam às pessoas físicas quando assim constar expressamente da lei. Assim se dá porque, em tese, a opção pela criação de pessoa jurídica é feita, em tese, em razão da existência de estrutura empresarial de maior porte.

confirmam o raciocínio deste item. Em razão de tais normas é que foram feitas as considerações acima quanto à *opção pelo trabalho*. Senão vejamos.

Os incisos I, III, IV, V, VII, VIII e X (sobretudo estes dois últimos) delineiam bem a escolha legislativa por não enquadrar no regime privilegiado das ME e EPP (regime, aqui, em senso amplo, vez que o art.3º trata da qualificação como microempresa tanto para a fruição dos privilégios tributários quanto dos licitatórios e outros também: previdenciários, trabalhistas) as empresas nas quais se vislumbre obtenção de lucro (senso amplíssimo) por outro meio, que não o trabalho, a produção econômica. Incluído aqui, obviamente, o comércio, (que é, obviamente, trabalho, e não remuneração pela simples titularidade de propriedades), desde que não se trate de comércio de capitais.

De exemplo, os incisos IX e X do §4º retiram a possibilidade de bancos comerciais, de investimento e de outras empresas cujo objeto seja a comercialização de créditos (comércio de capitais, atividade cujo escopo precípua é remunerar pela titularidade proprietária), bem como de empresas constituídas sob a forma de sociedades por ações (modelo jurídico destinado a empresas de grande porte e também a maior movimentação dos pertencimentos das ações) de fruir do regime privilegiado de ME e EPP, ainda que a receita bruta seja aquela referida nos incisos I e II do caput do artigo 3º.

Conjugando-se a tudo isso as exceções às restrições, previstas pelo §5º, artigo 3º, tem-se que a LC nº123/2006 busca a proteção ao “microempresário de fato”, produtor e gerador de emprego e renda; aquele que concentra suas atividades em determinada microempresa, consistindo ela no seu principal local de trabalho e em sua principal fonte de rendas.

3.2.2. Independência da fruição dos privilégios tributários

Por fim, mencione-se que a qualificação de ME e EPP no âmbito específico das licitações públicas independe da fruição dos privilégios no âmbito tributário. É perfeitamente possível (embora pouco comum) que uma empresa pequena que recolhe tributos de “maneira comum”, isto é, que, por algum motivo, não os recolhe

Também, e principalmente, porque as pessoas jurídicas são instrumentos mais aptos à consumação de fraudes (JUSTEN FILHO, 2007, p.55).

na forma de ME ou EPP, postule benefícios em licitações. Assim, as regras de desconstituição do artigo 17 referem-se tão somente à questão fiscal, e não ao regime licitatório de que se está a tratar.

3.3. EFICÁCIA E IMPERATIVIDADE DOS ARTIGOS 42 A 49

O último tema a ser tomado em conta, antes de se adentrar na análise dos benefícios esposados pela LC nº123/2006 no âmbito das licitações, refere-se à eficácia dos artigos 42 a 49, excluído o artigo 46.

Nesse momento, devem ser divididos os benefícios previstos pela LC nº123/2006 em dois grupos: no primeiro, figuram a possibilidade de regularização fiscal tardia e de oferta de lance suplementar em caso de empate ficto (artigos 42 a 45); no segundo, as licitações diferenciadas (artigos 47 e 48).

Isso em razão de o artigo 47 ter exigido a previsão e regulamentação na legislação do “respectivo ente” – União, Estados e Municípios – no caso de *querer* o ente se utilizar das licitações diferenciadas previstas no art.48.

Utilizou-se o verbo *querer* acima de propósito. Aqui já se deve fazer breve referência ao fato de os artigos 47 e 48 terem outorgado uma *faculdade* aos entes federativos. Não se cuida de normas imperativas, no sentido de normas cogentes, que proíbem ou ordenam condutas (sob pena de aplicação de alguma sanção) como no caso dos benefícios do primeiro grupo suprarreferido (artigos 42 a 45), mas, sim, de estipulação de uma gama de opções ao administrador. Em outros termos, está-se diante de normas facultativas; não proibitivas e nem ordenadoras de condutas.

Disso, já se entrevê a diferença para com as normas dos artigos 42 a 45, que, como exposto, são imperativas, isto é, não dependem de regulamentação para ser implementadas. Se por um lado, ordena-se à Administração adotar as condutas referidas nos artigos 42 a 45 – isto é, deve ela, pela incidência desses artigos, facultar a possibilidade aos microempresários de apresentarem a documentação de regularidade fiscal tardiamente e formularem lance suplementar em licitação no caso de empate ficto –, de outro, atribui-se um *direito* aos microempresários de exigir tais possibilidades, quando diante de um procedimento licitatório (sob pena de invalidade deste)³¹.

³¹ Em sentido muito próximo, Santos (2009, p.29).

Justen Filho (2007, p.26), ao divisar os benefícios dos artigos 42 a 45 das licitações diferenciadas (artigos 47 e 48), tem em vista uma consideração de fundo muito importante – e à qual se quer dar novos contornos. Aqueles benefícios – possibilidade de regularização fiscal tardia e opção de oferta de lance suplementar em caso de empate ficto – devem ser aplicados por quaisquer poderes em qualquer órbita.

De outra parte, na dicção do autor, as licitações diferenciadas, *por seu caráter de intervenção no domínio econômico*, não se devem afigurar facultadas nem aos demais poderes da União que não o Executivo (exclua-se também do âmbito de incidência, por óbvio, o Ministério Público e os Tribunais de Contas) e nem à Administração indireta (quando muito, podem ser utilizadas por entidades da Administração indireta que tenham por escopo o fomento à atividade microempresarial). Repise-se o motivo dessa argumentação restritiva: o caráter de *intervenção no domínio econômico* das (e somente das) licitações diferenciadas dos artigos 47 e 48.

Há correção no raciocínio que restringe ao Executivo e à Administração direta a aplicação das licitações diferenciadas. Há equívoco, contudo, em se dizer que somente os artigos 47 e 48 têm natureza de intervenção no domínio econômico.

Com todo respeito, nesse ponto, a interpretação realizada por Justen Filho (2007, p.26, 127-129) parece muito mais vinculada à literalidade do artigo 47 – pois que só este faz referência a uma série de objetivos econômicos e sociais que se deve atingir – do que focada na natureza do conjunto normativo da LC n°123/2006 que trata das licitações. É que também os artigos 42 a 45 têm caráter de intervenção no domínio econômico³² e só assim podem ser entendidos: enquanto um agrupamento de regras imantado em princípios constitucionais da ordem econômica e vinculado ao fim de fomento às microempresas.

Não há como se entender de outra maneira em virtude de também os benefícios de regularização fiscal tardia e de chance de formulação de lance posterior no caso de empate ficto diferencarem (modulando) um regime jurídico iluminado pelo princípio da isonomia – o da licitação, que originalmente estatui ampla competição aos participantes³³. Ambos, em última análise, implicam,

³² Ver Capítulo 9, adiante.

³³ Ver Capítulo 8, adiante.

minimamente que seja, em aumento dos gastos imediatos da Administração Pública cuja razoabilidade só pode ser entendida do ponto de vista do fomento: gasta-se, investe-se dinheiro público aqui, buscando-se a satisfação de um propósito maior mais à frente.

De breves e simples exemplos: outorgar a possibilidade de regularização fiscal tardia a um microempresário, no mínimo, exige um ato a mais por parte da Administração. Ou seja, ter-se-á de disponibilizar servidores públicos (e serviço público) para a aferição da regularidade fiscal do possível adjudicatário *uma vez mais* (e assim sucessivamente, no caso de mais de uma microempresa fazer jus ao benefício), diferentemente do que se tinha antes da LC nº123/2006, o que refletirá na não ocupação desses mesmos servidores na prestação de outro serviço – já que os servidores e o serviço públicos são também recursos escassos. O mesmo juízo vale à permissão de oferta suplementar em empate ficto.

Ainda, haverá, pela Administração Pública, assunção de um maior risco – já que, em tese, não será a melhor proposta, em termos financeiros, a reputada vencedora – de ver a Administração frustrado processo licitatório, em razão da desobediência (quer por parte dela, Administração, quer por parte do microempresário) das normas não só da LC nº123/2006 mas também e principalmente do *instrumento contratual*, o que, não há dúvidas, envolverá maiores despesas do que as habituais, quer por responsabilização civil da Administração, quer por declaração de invalidade da licitação, devendo ser instaurado novo procedimento.

Porém, o traço mais marcante do caráter de intervenção no domínio econômico dos benefícios dos artigos 42 a 45 surge do estudo do fim³⁴ ao qual se destinam: incentivar a criação de micro e pequenas empresas e a participação das já existentes em certames de licitação.

As conseqüências práticas disso restam às claras: a considerar, como o faz Justen Filho (2007, p.26) a atividade de fomento única e exclusivamente dimensionada à Administração direta (ou, quando muito, à Administração indireta mediada por entidade cujo fim específico seja o incentivo às microempresas e empresas de pequeno porte), deveriam os benefícios dos artigos 42 a 45 ser restringidos também a ela.

³⁴ Ver Capítulos 7 e 9, adiante.

Entretanto, não é essa a melhor exegese do Capítulo V da LC nº123/2006. Ora, se a própria lei não fez restrições à incidência dos benefícios dos artigos 42 a 45, não se lhes exigiu regulamentação, não se deve retirar a possibilidade (e, mais que isso, o dever) de os demais poderes (inclusive Tribunais de Contas e Ministérios Públicos) aplicarem-nos.

Como, então, conjugar o caráter de intervenção no domínio econômico dos privilégios de possibilidade de regularização fiscal tardia e opção de oferta de lance suplementar em caso de empate ficto com a sua aplicação irrestrita a todos os poderes em todas as órbitas do Estado brasileiro?

É que os benefícios dos artigos 42 a 45 da LC nº123/2006, em comparação com a possibilidade instalação de licitações diferenciadas (artigos 47 e 48), refletem restrições menores à livre competição no procedimento licitatório³⁵ e não dizem, regularmente, com grandes despesas para a Administração. Com efeito, o segundo exemplo acima elencado, para fundamentar o raciocínio de que os benefícios dos artigos 42 a 45 consistem em intervenção no domínio econômico, espelha situação eventual, o descumprimento das formalidades da licitação e/ou a frustração do instrumento contratual. As obrigações, como se sabe, e também as avençadas em contrato administrativo, são feitas para serem cumpridas e é isso que ocorre na maior parte das vezes.

Demais disso, especificamente no que respeita ao benefício de possibilidade de lance suplementar em caso de empate ficto, como refere a própria noção que se lhe deu, trata-se de lance *suplementar*, que, como se verá³⁶, deve ser ofertado por valor minimamente inferior ao realizado na proposta que originalmente seria reputada vencedora. Não há prejuízo para a Administração, mas benefício (de tamanho muito reduzido, é bem verdade). Outrossim, o privilégio em questão consiste em *possibilidade*³⁷ facultada ao microempresário. Isso significa que haverá casos, pelas mais diversas razões (como a na qual vislumbre o microempresário impossibilidade econômico-financeira de fazê-lo), em que o lance suplementar não será proposto.

³⁵ Em sentido muito próximo, embora apregoando pela inconstitucionalidade das licitações diferenciadas dos artigos 47 e 48: Santos (2009, p.117-121).

³⁶ Ver item 4.2, adiante.

³⁷ Mais especificamente, ônus. Ver item 4.2, adiante.

Assim, há que se dizer que os benefícios dos artigos 42 a 45 aplicam-se a todos os poderes em todas as esferas porque assim o quis a lei, ainda que tenham eles caráter de intervenção no domínio econômico³⁸.

Não obstante manter-se posição semelhante à de Justen Filho (2007, p.25-26) no que concerne à amplitude de aplicação dos benefícios (os dos artigos 42 a 45 obrigam todos os poderes em todas as esferas e os dos artigos 47 e 48 restringirem-se tão só à Administração direta ou quando muito à entidade da Administração indireta voltada ao fomento das microempresas), qualifica-se todo o Capítulo V da LC n°123/2006 como um conjunto de normas de intervenção no domínio econômico.

Em resumo, a interpretação ora realizada dá-se no sentido de que: i) se a intervenção (regulatória³⁹) no domínio econômico implica em grandes despesas à Administração e reduz em grande medida a isonomia (livre competição), limita-se à Administração direta; ii) se a intervenção (regulatória) não tem fortes essas características, pode injungir (quando assim a lei quiser) os demais poderes (Legislativo, Judiciário, Ministério Público e Tribunal de Contas⁴⁰), que é, o que de fato ocorre aqui.

3.3.1. Custeio das despesas de intervenção

Por outro lado, a série de ponderações elencadas por Justen Filho (2007, p.127-129) para sustentar que o fomento é prática a ser utilizada só pela Administração direta é plena de sentido (e adotamo-la com as restrições feitas no item anterior). Não há que se falar em empresas estatais exploradoras de atividade econômica suportarem encargos maiores outorgando *benefícios demasiado fortes* (dizemos nós) quando tiverem de licitar, justamente pelo fato de atuarem no mercado, de explorarem atividade econômica. Haveria diminuição de sua eficiência, retirando-lhes, em grande medida, capacidade de concorrer com as demais empresas privadas do mesmo setor.

Também às empresas estatais prestadoras de serviço público não se pode incumbir de gastos de relevo, nem ao argumento de implementação de políticas

³⁸ Sobre os instrumentos jurídicos que veiculam normas de intervenção, ver Capítulo 9, adiante.

³⁹ Sobre os tipos de intervenção, ver Capítulo 9, adiante.

⁴⁰ Justen Filho (2009, p.29) fala na existência de cinco Poderes no Brasil: para além dos tradicionais, o também o são o Ministério Público e o Tribunal de Contas.

públicas; o motivo: os serviços que prestam são custeados por taxas e tarifas públicas, cujos valores sofreriam necessário acréscimo. Redundar-se-ia em diminuição da eficiência dos serviços públicos – efeito oposto ao que seria buscado.

Já em sendo a Administração direta a responsável pela função de fomento, o aumento extenso dos gastos acaba sendo custeado por impostos, vinculados à noção de capacidade contributiva – lembrar que se está no plano da argumentação abstrata, considerando aquilo que o sistema tributário nacional deveria refletir: a progressividade na incidência de suas normas. Trata-se de redistribuição de riqueza (funcionalizada, num momento posterior, aos objetivos do artigo 47, que são amplos e permitem uma série de resultados), embasada no critério de capacidade contributiva.

4. OS BENEFÍCIOS DA LC N°123/2006

Deitadas aquelas bases, passe-se à análise dos benefícios positivados pelos artigos 42 a 49 (excluído o art.46) da LC n°123/2006. Repita-se a observação feita linhas atrás: o tronco de grande parte das observações aqui lançadas é a obra de Justen Filho (2007), na qual estão presentes análises mais aprofundadas sobre uma série de questões técnicas das quais não trataremos. Igualmente aqui serão abordados alguns aspectos que guardem maior proximidade com os raciocínios lançados mais à frente⁴¹.

4.1. REGULARIZAÇÃO FISCAL TARDIA

4.1.1. Documentos abrangidos

As questões que deve uma empresa comprovar quando desejar participar de uma licitação são as mais diversas e dependem do instrumento convocatório da licitação, que, por seu turno, relaciona-se diretamente com o objeto que se está a licitar. Em outras palavras, não há um rol taxativo, previamente definido por lei, de documentos que se deve apresentar. Tais documentos variam de licitação a licitação.

De interesse neste momento são as questões atinentes à regularidade fiscal da empresa, isto é, que dizem respeito ao adimplemento da empresa para com as obrigações tributárias nas quais figurou (antes da licitação) na condição de sujeito passivo. Justen Filho consigna (2007, p.65) que somente a inscrição no cadastro federal de contribuintes (CPF ou CNPJ) tem caráter absoluto, no sentido de que deve ser exigida em toda e qualquer licitação pública. Tal não é necessariamente requerido, por exemplo, quanto à inscrição em cadastro estadual e municipal – por óbvio, a depender da esfera que promove a licitação.

Ou seja, todos os demais requisitos de caráter fiscal que se deve comprovar quando se quer participar de uma licitação possuem natureza relativa: variam de licitação a licitação.

⁴¹ Capítulos 6 e seguintes.

4.1.2. Conteúdo do benefício

Regularização tardia é a possibilidade, a ser aplicada às modalidades de licitação concorrência, tomada de preços, convite e pregão (e em todos os tipos de licitação, excluído o tipo de maior lance⁴²), facultada ao sujeito (acaso seja ele microempresário, nos termos do artigo 3º da LC nº123/2006) que pretende adjudicar objeto em procedimento licitatório, de apresentar tardiamente (ou seja, somente para efeitos de assinatura do contrato) a comprovação da regularidade fiscal de sua microempresa.

Contudo, não se está diante da opção de o microempresário escolher em que momento apresentar a documentação de regularidade fiscal de sua empresa – se antes, nos momentos exigidos pelas Leis nº8.666 e 10.520; ou depois, a considerar a redação do artigo 42 da LC nº123/2006. A faculdade prevista pelos artigos 42 e 43 da LC nº123/2006 é a de que, em tendo sido apresentados todos os documentos de regularidade fiscal nos momentos previstos pelas Leis nº8.666 e 10.520, e havendo alguma irregularidade fiscal comprovada por essa documentação, tem o microempresário um *prazo adicional* para buscar a correção da situação fiscal de sua empresa, que deverá ser confirmada posteriormente.

Em outros termos: devem ser entregues, nos momentos previstos pelas Leis nº8.666 e 10.520, todos os documentos exigidos pelo instrumento convocatório da licitação. Acaso seja comprovada alguma irregularidade de caráter fiscal por esses documentos, pode o empresário buscar a correção da situação e apresentar a documentação, agora sim comprovando a total regularidade fiscal, no prazo adicional. Se, nos momentos exigidos pelas Leis 8.666 e 10.520, não for apresentado algum dos documentos exigidos pelo edital, deve ser a microempresa excluída do certame⁴³.

O prazo, consoante o disposto no artigo 43, §1º, para apresentação da documentação já regularizada é de dois dias úteis, a partir do momento em que o sujeito tiver ciência de que foi o vencedor do certame (JUSTEN FILHO, 2007, p.76). Esse ato deve, de todo modo, anteceder a assinatura do contrato (artigo 42). Ou

⁴² Santos (2009, p.59), em sentido contrário, afirma a possibilidade de aplicação do benefício ao leilão.

⁴³ Santos (2009, p.69), em direção diversa, postula a não exclusão da ME ou EPP no caso de deixar-se de apresentar algum documento nos momentos previstos pelas Leis nº8.666 e 10.520.

seja, ocorrerá entre o momento de adjudicação do objeto ao licitante e a assinatura do contrato.

4.1.3. Prorrogação do prazo

Pode ser prorrogado por igual período, segundo o parágrafo 1º do artigo 43, a critério da Administração Pública. Melhor é ver nessa disposição direito concedido ao adjudicatário de ter o prazo prorrogado, a ser exercido com a comprovação de que as diligências para a regularização fiscal foram tomadas e que, por algum motivo, ainda não se conseguiu toda a documentação para a regularização fiscal necessária à assinatura do contrato. Mais ainda: que haverá *utilidade* na prorrogação do prazo por mais dois dias; que servirá para a dita regularização.

4.1.4. Decadência do direito

O §2º do artigo 43 corretamente fala em decadência do direito de contratar, em não havendo a comprovação da regularidade fiscal nos dois dias concedidos ao microempresário. Decadência é instituto que designa a retirada de determinada situação do mundo jurídico. O paradoxo é meramente aparente, já que se trata de instituto jurídico dotado de lógica própria: o que existira deixa de existir, sumindo também todos os demais atos praticados em decorrência daquele direito de adjudicar. Só assim se pode entender que deve prosseguir a licitação, convocando o licitante posteriormente classificado.

4.1.5. Validade e cabimento da solução

No trato da validade (e da constitucionalidade da questão), fazendo análise principiológica (utilizando-se mormente do conteúdo do princípio da igualdade), Marçal Justen Filho (2007, p.83-91) postula o descabimento das soluções previstas nos artigos 42 e 43 da Lei Complementar nº123/2006⁴⁴. Muito em síntese, para o autor não haveria conexão entre meio e fim: a solução não seria apta a fomentar a

⁴⁴ Em sentido oposto, Santos (2009, p.23-26) apregoa a validade constitucional do benefício.

atividade microempresarial, vez que não se revestiria de qualquer atributo a refletir as diferenças entre as grandes empresas e as pequenas.

Haveria também descumprimento dos princípios da supremacia do interesse público e da República. Nas palavras do autor:

Suponha-se uma licitação de que participem uma grande empresa e uma pequena (sujeita ao regime da LC nº123). Imagine-se que ambas têm débitos para com a Fazenda Pública, de idêntico valor. Suponha-se que a pequena empresa formule proposta no valor de 200 e que a grande empresa apresente proposta no montante de 100. De acordo com o regime da LC nº123, a Administração Pública teria de inabilitar a grande empresa e contratar a pequena empresa. Assim se faria porque seria obrigatoriamente concedido um prazo para a pequena empresa regularizar as suas dívidas fiscais! Como justificar, em face do princípio da República, que o Estado deva desembolsar o dobro do que precisaria pagar? (JUSTEN FILHO, 2007, p.85).

Embora procedente, o argumento não resiste diante de outros do mesmo teor. Imagine-se na situação acima que a pequena empresa não tenha débitos para com a Fazenda (e que as demais condições permaneçam como anteriormente mencionadas). A Administração Pública teria, da mesma maneira, que contratar por um valor correspondente ao da metade da melhor proposta – imaginando-se que ambas foram, respectivamente, a primeira e a segunda na ordem de classificação das propostas.

Retire-se ainda a condição de microempresa da segunda colocada. A Administração Pública do mesmo modo teria de contratar por metade da proposta da primeira colocada.

Por acaso estar-se-ia diante de patente inconstitucionalidade nas hipóteses acima? Se assim se entendesse, estar-se-ia dizendo que um grande número de licitações realizadas no Brasil, desde a edição da Lei 8.666, é inconstitucional. Ademais, preconizar-se-ia em demasia a substância, em detrimento das formas. Se um edital de licitação estabelece determinadas condições para poder uma empresa contratar com a Administração Pública, é porque algum motivo há nisso.

É bem verdade que Marçal Justen Filho (2007, p.83-91) não o nega. Ataca, por outro lado e com razão, o fato de, por vezes, tornar-se o instrumento editalício, com essas restrições fazendárias, meio indireto de cobrança de tributos, algo desarrazoado.

Haveria para o autor (2007, 83-91) correção teórica se a aplicação das normas previstas pelos artigos 42 e 43 fosse estendida a todos os licitantes, e não

só às microempresas, sobretudo quanto à exigência de só se comprovar a regularidade fazendária para efeitos de assinatura do contrato.

O raciocínio, todavia e com todo o respeito, é forçoso, porque em parte alguma da LC nº123/2006 se vê qualquer apontamento nesse sentido. O escopo da LC nº123/2006 como um todo foi e é o de estabelecer um regime jurídico diferenciado para uma determinada categoria. Logo, e a se estudar solução por solução esposada pelas normas dessa lei, ou se crê no cabimento de determinada regra ou em sua invalidade.

Dizendo isso, não se está a descrever em duas teses muito bem aceitas pela doutrina atual: a de que a tarefa a hermenêutica jurídica tem caráter constitutivo (GRAU, 2007, p.163) e a de que se deve escoimar da atividade interpretativa os conceitos de vontade da lei e de vontade do legislador, buscando outros cânones para o estudo do Direito (em análises lingüísticas, por exemplo)⁴⁵.

Sucede que mesmo o intérprete não pode subverter o sentido das palavras: se a lei definiu benefícios para as microempresas, o fez por algum motivo. Estendê-los a todas as empresas seria descabido. Analogamente, em sede de controle de constitucionalidade, tal interpretação seria considerada atuação do Judiciário enquanto legislador positivo, o que, como é cediço, é despropositado⁴⁶. A norma pode até ser inválida, a se olhar as demais normas de um determinada ordenamento. Não se pode é querer ver norma onde não há.

No campo das conjecturas ainda, pensa-se na adequação (e conseqüente constitucionalidade) entre meio e fim na instituição do benefício da regularização fiscal tardia pelo seguinte argumento: as maiores empresas dispõem não só de mais recursos mas também de mais funcionários, estes por sua vez mais qualificados, e ainda de uma maior divisão de funções no seu quadro de pessoal. Não é incomum se ver um determinado grupo de colaboradores de uma grande empresa cuja função única e precípua é a de estudar as melhores soluções tributárias. Assim também em relação às demais possibilidades de relacionamento jurídico entre Administração Pública e empresa, incluindo-se, aqui, as licitações públicas.

⁴⁵ Sobre o tema: FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito**: técnica, decisão, dominação. 4ªed. São Paulo: Editora Atlas, 2003. p.255-309.

⁴⁶ Posição reafirmada recentemente pelo STF no voto dado pelo Ministro Eros Grau quando do julgamento da ADPF 153.

Tal, contudo, não pode ser visualizado em grande proporção nas empresas de menor porte. Nelas, há menos funcionários, estes, por vezes, utilizados para as mais diversas funções, para grande parte das quais, não raro, não dispõem de conhecimento técnico especializado.

Aplicadas essas considerações ao âmbito da regularização fiscal, não é irrazoável pensar, sim, que as maiores empresas têm, *por sua condição econômica*, melhores condições de se manter fiscalmente híginas.

Aliás, a condição econômica das empresas maiores permite que elas, ainda que não mantendo um corpo de colaboradores destinado unicamente às questões tributárias e licitatórias, contratem, com a antecedência necessária, prestadores de serviço especializados nessas questões. Tal, na mesma proporção, não ocorre no âmbito das pequenas empresas.

Delineada, portanto a situação de disparidade, em razão de diferenças de âmbito econômico, o mínimo que se deve dizer é que, *de plano*, não se pode postular a invalidade (inconstitucionalidade) da solução, não pelo menos por violação da isonomia.

4.2. LANCE SUPLEMENTAR NO CASO DE EMPATE FICTO

Previsto pelos artigos 44 e 45 da LC nº123/2006, trata-se da possibilidade de a ME ou EPP formular lance suplementar, na fase das propostas escritas (Lei 8.666) ou na fase de lances (Lei 10.520 – pregão), em sendo constatada a ficção jurídica de empate.

A amplitude desse empate vai desde o caso de haver, de fato, igualdade entre as propostas de uma microempresa e uma empresa comum – situação em que ambas as propostas são igualmente as mais vantajosas à Administração Pública – até o caso em que a proposta formulada por ME ou EPP seja em até 10% (dez por cento) maior que a proposta originalmente vencedora, em se tratando das licitações da Lei 8.666; e em até 5% maior (cinco por cento) no pregão.

Daí se falar em ficção de empate, pois que se trata de ficção jurídica em ver a ocorrência de empate no caso de a proposta formulada por ME ou EPP ser, até determinado valor, superior à proposta que originalmente seria reputada como vencedora.

O benefício é de aplicação sucessiva, ou seja, em sendo facultada a possibilidade de a ME ou EPP formular o lance suplementar e ela não o fazendo (ou por outro motivo qualquer não sendo ela a contratar com a Administração Pública), será convocada a próxima microempresa mais bem colocada para fruir do benefício, no caso de existir mais de uma ME ou EPP cuja proposta situou-se naqueles limites supraestabelecidos.

Faça-se, aqui, então um duplo enquadramento do benefício: deve ele tomar por base a proposta que originalmente (se não existissem os artigos 44 e 45 da LC nº123/2006) seria a vencedora do certame; e que, de sua aplicação – do benefício – mantém-se íntegro o caráter de vantajosidade que ilumina o instituto da licitação.

Com efeito, quanto a essa última característica, ainda que se possa pensar que, pelo fato de se impor mais um ato ao procedimento licitatório, devendo serem alocados servidores para o controlarem, haverá aumento das despesas da Administração ao licitar, a natureza mesma do benefício vai de encontro a essa tese. O que se faculta ao microempresário é que ele ofereça – oportunidade de que não dispõem as grandes empresas – lance que deve ser o mais economicamente vantajoso à Administração.

Mencione-se, nesse passo, que o benefício, tal como acima exposto, é de incidência automática em todas as licitações. É imperativo para a Administração, no sentido de que se lhe impõe o dever de possibilitar a faculdade à microempresa.

Mas, do ponto de vista do empresário, está-se diante de uma faculdade. Se a proposta do empresário ficar naquele limite de valores, ele não é obrigado a ofertar o lance suplementar inferior. Melhor: está-se diante de um ônus, vez que o empresário não é obrigado a propor um valor inferior ao que originalmente formulou, mas, se quiser adjudicar o objeto da licitação, o deverá fazer, e nos estritos limites dos artigos 44 e 45 (JUSTEN FILHO, 2007, p.94)⁴⁷. O microempresário deverá arcar com um determinado custo, imposto pelo ordenamento jurídico, para atingir um fim que lhe é favorável.

A natureza de faculdade do privilégio é também confirmada a se lançar um olhar normativista sobre o instituto. É muito bem aceita a tripartição normativa que divisa o seguinte: existem normas que proíbem, normas que ordenam e normas que

⁴⁷ Sobre ônus no Direito: LUMIA, Giuseppe. **Princípios de Teoria e Ideologia del Derecho**. Tradução de Alfonso Ruiz Miguel. Madrid: Editorial Debate, 1982. p. 101.

permitem condutas (BOBBIO, 2001). São estas últimas que consistem em faculdades.

Em suma: a norma, tendo como destinatária a Administração Pública, é imperativa; tendo como destinatário o microempresário, faculta-lhe uma conduta, não o obrigando a nada.

4.2.1. Tipo de licitação e finalidade do benefício

Questão de relevância é também o tipo de licitação que é imantado a essa disposição normativa: somente o tipo de menor preço⁴⁸ – e não os de melhor técnica e técnica e preço. Essa consideração soma-se ao que se disse antes para reforçar a argumentação no sentido de que se mantém hígido o caráter de vantajosidade da licitação com a aplicação do benefício.

Ao se excluir da esfera de incidência dos artigos 44 e 45 os tipos de melhor técnica e técnica e preço, limita-se, pela via da interpretação, os casos sobre os quais pudesse pairar dúvida acerca de estar a Administração a contratar, realmente, a proposta mais vantajosa: é que nas licitações de melhor técnica e técnica e preço promove-se um duplo julgamento, não só do valor da proposta, mas também da qualidade técnica.

4.2.2. Constitucionalidade do benefício

A ponderação acima lançada igualmente afigura-se necessária para se poder falar na validade (constitucionalidade) do benefício. Não há ofensa ao princípio da República nem ao princípio da isonomia. Incentiva-se a atividade microempresarial por um meio adequado e idôneo, relacionado à condição díspar das microempresas frente às grandes.

4.3. AS LICITAÇÕES DIFERENCIADAS

Por fim, cumpre analisar as regras postas nos artigos 47 a 49 da Lei Complementar nº123/2006, que dispõem sobre a hipótese de licitações

⁴⁸ Em sentido diverso: Santos (2009, p.104).

diferenciadas. O modelo diferenciado de licitação pode-se dar segundo as possibilidades elencadas pelos incisos do artigo 48: i) licitações destinadas exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte cujo valor seja de até oitenta mil reais; ii) licitações em que deva haver a subcontratação compulsória de ME e EPP, desde que o percentual máximo desse fracionamento não exceda a 30% do total licitado; iii) e licitações em que seja estabelecida cota de até 25% do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte (objeto aqui entendido como bens e serviços de natureza divisível).

4.3.1. Restrição às licitações

Note-se que se alude a licitações diferenciadas (art.48) e não a contratações (art.47). A redação dos artigos 47 e 48 é problemática, porque a leitura daquele em relação a este pode levar à compreensão de que têm objetos diferentes. Melhor dizendo, que as situações que pretendeu o artigo 47 reger são (muito) mais amplas do que às que se destinou o artigo 48.

É essa, aliás, a interpretação dada por Justen Filho (2007, p.100), ainda que, é bem verdade, sem dela tirar maiores conseqüências.

Ocorre que tal interpretação pode levar a práticas descabidas por parte da Administração, nas quais haverá patente inconstitucionalidade. Difícil crer que o artigo 47 se trata de cláusula tão abstrata e geral, a facultar ao administrador público a adoção de contratações diferenciadas para o atingimento dos fins ali previstos, escolhendo quando estabelecer procedimentos licitatórios ou o deixar de fazer.

Isso, no mínimo, conduziria a duas infrações à ordem administrativa positivada na Constituição de 1988: iria de encontro, primeiramente, ao artigo 22, XXVII, que dispõem sobre a competência privativa da União para legislar acerca de normas gerais sobre licitação e contratação. Assim o seria porque, muito embora não haja consenso – e talvez se possa dizer haja escassa bibliografia acerca do tema –, normas gerais, aqui, são aquelas que indicam as modalidades de licitação que *deve* determinado ente utilizar e ainda quando deve ele dispensá-la ou inexigi-la, cabendo a contratação direta. Uma norma que tivesse objeto mais abrangente que esse, dando ampla margem de escolha ao administrador público que pretende abrir procedimento licitatório, seria norma mais geral do que as normas gerais elencadas no texto constitucional e, portanto, inconstitucional.

Em segundo lugar, infringir-se-ia o elencado no artigo 37, XXI, do texto constitucional, que postula como regra a licitação. As exceções são a dispensa ou inexigibilidade de licitação, que, justamente por terem caráter de exceção, só caberão quando expressamente mencionadas em lei formal. Lei formal, além disso, que se trate de lei formal e materialmente constitucional, no sentido de que se coadune com o ordenamento como um todo.

Se a norma do artigo 47 da LC nº123/2006 se tratasse, de fato, de cláusula aberta, consentindo em que o administrador que pretende licitar pudesse escolher usar ou não o procedimento licitatório, e que sua opção teria de estar unicamente vinculada aos fins referidos no próprio artigo 47, os atos praticados por esse administrador atacariam o *princípio constitucional da obrigatoriedade de licitação*. Os fins do artigo 47 são abrangentes o bastante para que um administrador com um mínimo de conhecimento jurídico consiga argumentar racionalmente acaso queira fraudar a obrigatoriedade de licitação.

Portanto, reitera-se o entendimento de que o que quer dizer o artigo 47 é que os fins ali dispostos só podem ser atingidos mediante as licitações diversas das comuns aduzidas no artigo 48. O duplo uso do termo *poderá*, artigos 47 e 48, quer tão somente referir a possibilidade de se usar dos procedimentos do artigo 48 *ou não*, e não que existe qualquer outra opção, a depender de discricionariedade ampla do administrador.

4.3.2. Requisitos de natureza formal e de finalística

Tome-se o item anterior por requisito de caráter material para a incidência dos artigos 47 e 48, ao qual se devem unir outras duas condições: uma, de natureza formal, que consiste na previsão em lei formal do respectivo ente que se deseja utilizar das licitações diferenciadas (artigo 47); outra, de caráter teleológico (finalístico), que corresponde ao atingimento de fins bem precisados, embora amplos, por meio de procedimento licitatório diverso (JUSTEN FILHO, 2007, p.106).

Com efeito, o artigo 47 da LC nº123/2006 é explícito em requerer a previsão e regulamentação na legislação do ente (União, Estados e Municípios), acaso pretenda se utilizar da gama de possibilidades dos incisos do artigo 48. Contrapartida à disposição constitucional acerca da privatividade da União quanto a

legislar normas gerais em matéria de licitações, bem exige a LC nº123/2006 que os entes promulguem normas específicas.

Observe-se que mesmo a União deveria publicar lei formal (mais uma) trazendo em seu corpo normas específicas que minudenciem as questões dos artigos 47 e 48, para o que o Regulamento Federal (Decreto nº6.204/2007) afigura-se como insuficiente (JUSTEN FILHO, 2007, p.129 e seguintes). A situação é rebarbativa, mas a obediência às formas não pode ser posta de lado, ao argumento de descuido do legislador.

Aliás, o artigo 77, §1º, disciplinou o prazo de um ano (da publicação da lei) para a edição de leis e demais atos necessários para a devida incidência das normas da LC nº123/2006.

Cabe referir que, no caso de não terem sido editados tais atos normativos, não decai o direito de verem os administrados tais normas vigendo, e, por consequência, o dever de a Administração editá-las. Mas isso só se se quiser utilizar o procedimento licitatório diferenciado (art.48, LC nº123/2006).

O direito mencionado diz respeito à posição jurídica de, em almejando o administrador se utilizar das licitações diferenciadas, lance no mundo jurídico normas que regulem os artigos 47 e 48, e não à posição de, de qualquer modo, utilizar-se de procedimentos licitatórios diferenciados.

Tal interpretação, ainda que podendo levar à completa inutilidade das normas em questão, impõe-se pelo conteúdo semântico mínimo das palavras, que não pode ser subvertido. Em resumo: os artigos 47 e 48, conjuntamente, têm natureza jurídica de faculdade (regrada, pois que exige normatização pelo Legislativo), agora concedida à Administração Pública, e não de dever.

Por seu turno, o elemento de natureza finalística pode assumir 3 (três) diferentes modalidades, relacionadas no artigo 47: promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional; *ou* a ampliação da eficiência das políticas públicas; *ou* o incentivo à inovação tecnológica.

A alternatividade que se pretendeu deixar calcada nos elementos acima não deve levar à conclusão de que eles não podem se encontrar unidos em determinados casos. O que se quis expor é que tal não é necessário. Delineado pelo menos um dos fins constantes do artigo 47, e a ele unindo-se as outras exigências (lei formal do ente respectivo e vontade da Administração em promover as licitações

diferenciadas – somente as elencadas pelos incisos do artigo 48), há que se falar no cabimento e validade da diversificação do procedimento licitatório.

Faz-se uso, mais uma vez, da argumentação de Justen Filho (2007, p.110-114), que dispõe analiticamente o que exprimem os fins do artigo 47. Desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional consiste na ampliação da riqueza e melhoria das condições de realização dos direitos fundamentais. Pode um procedimento diferenciado de licitação direcionar-se *ou* ao desenvolvimento econômico (ampliação da riqueza) *ou* ao desenvolvimento social (realização dos direitos fundamentais), não sendo necessário que sejam os dois constatados no mesmo caso.

Diante da literalidade do artigo 47, não pairam dúvidas acerca da possibilidade de se restringir a participação de licitantes com base num critério geográfico. O raciocínio que permite isso se aproxima em grande medida do que permite diferenciações de caráter fiscal com base em critério geográfico (JUSTEN FILHO, 2007, p.111-112).

O objetivo, em última análise, a que se direciona o fim em questão é não só o aumento da participação das ME e EPP no mercado, mas também a produção de benefícios para toda a comunidade.

Daqui já se entrevê uma das teses de Justen Filho (2007, p.108-11) no trato da questão: a da dupla instrumentalidade do contrato administrativo. Se, por um lado, os benefícios dos artigos 42 a 45 visam a tão só aumentar o número e a participação de microempresas no mercado, os privilégios postos pelos artigos 47 e 48 tomam o aumento da participação de pequenas empresas *como meio* para a promoção de outros fins.

A segunda finalidade possível é a *ampliação da eficiência* das políticas públicas. A considerar que se exige a ampliação da eficiência, deve-se ter em mente que determinada política pública deve, necessariamente, anteceder à utilização da licitação nos termos dos incisos do artigo 48. Políticas públicas, no mínimo, tomam corpo em atos administrativos regulamentares. Não é incomum (talvez seja o que mais ocorre), aliás, que entrem no mundo jurídico veiculadas por leis.

Deve, nesse sentido, o instrumento convocatório da licitação diferenciada fazer referência à qual política pública – a qual lei, a qual ato normativo – se destina (quer-lhe aumentar a eficiência), se for esse o seu fim precípua.

Por fim, pode o administrador optar por licitação diferenciada, direcionada às ME e EPP, se vislumbrar a possibilidade de incentivo à inovação tecnológica. O conteúdo, aqui, nas palavras de Justen Filho (2007, p.114), é o de descoberta, utilização ou consolidação de nova tecnologia – soluções tecnológicas não tradicionais.

Mas também não se preocupam as empresas de grande porte com inovação tecnológica? É certo que sim. A interpretação que se impõe, de outra forma, deve ser aquela que vê na inovação tecnológica promovida por pequenas empresas o preenchimento de necessidades da coletividade mais próximas ao âmbito de sua atuação.

É que as preocupações das grandes empresas quanto à inovação tecnológica, em grande medida, não tomam por fundamento as necessidades de uma coletividade de pessoas bem definida, mas antes buscam a afirmação do grupo empresarial em grande escala – em mercados nacionais e na economia mundial. Aquele campo menor, local, é o espaço que devem preencher as soluções tecnológicas inovadoras das pequenas empresas.

4.3.3. As espécies de licitações diferenciadas

A primeira espécie de que se pode valer o administrador é aquela reservada unicamente às ME e EPP. Tal pode ocorrer se o valor do objeto licitado não exceder a oitenta mil reais (artigo 48, I, LC n°123/2006).

A segunda licitação diferenciada possível é aquela em que se preveja subcontratação obrigatória de ME ou EPP pela adjudicatária do objeto principal.

O limite para a subcontratação é de até 30% do valor total da licitação. Aqui, ainda que a licitação seja instrumentada para o fomento das ME e EPP e aos fins do artigo 47, a única responsável perante a Administração é a empresa vencedora da licitação pelo objeto principal, que terá ampla autonomia para escolher a subcontratada. Bem por isso, afigura-se, na linha de raciocínio de Justen Filho (2007, p.118), descabida a ocorrência de empenhos e pagamentos pela Administração diretamente em favor da ME e EPP (artigo 48, §2º), sob pena de desvirtuamento da lógica do procedimento.

A terceira hipótese diz respeito ao procedimento em que se disponha o fracionamento obrigatório do objeto da licitação. Reservar-se-á, nesse caso, cota

não superior a 25% do total do objeto licitado. Atente-se para o fato de que o objeto de que se trata aqui é aquele uno, constituído por elementos da mesma espécie, porém divisível, como no caso de precisar a Administração de determinada quantia de alimento, da qual reservar-se-á até 25% para a contratação com ME ou EPP (JUSTEN FILHO, 2007, p.119-121).

4.3.4. Hipóteses de não cabimento

Para concluir, devem ser referidas rapidamente as hipóteses de não cabimento das licitações diferenciadas, vez que algumas guardam relação com os temas até aqui referidos e com os que adiante se desenvolverá. O primeiro limite é o tratado no artigo 48, §1º, que estabelece que não mais se pode utilizar licitação diferenciada acaso as contratações por meio dela tenham ultrapassado 25% do que for licitado a cada ano “por categoria de objetos”. (JUSTEN FILHO, 2007, p.122)

O segundo, de maior relevo, refere-se à impossibilidade de licitar diversamente do normal se se constatar a inexistência de pelo menos três microempresas sediadas local e regionalmente e com capacidade para arcar com os ônus predispostos no edital (artigo 49, II, LC nº123/2006). Ainda aqui, mantém-se sem defeito o caráter de mercado da licitação, mercado que preza, por meio de regras jurídicas, pela concorrência⁴⁹.

Não cabe ainda licitação diferenciada se houver a desnaturação do objeto ofertado, devendo ser aplicada tal regra tanto nas hipóteses de subcontratação obrigatória quanto de fracionamento compulsório (artigo 49, III, LC nº123/2006). (JUSTEN FILHO, 2007, p.125)

De importância também a parte da redação do artigo 49, III, a referir a vantajosidade para a Administração, vantajosidade que deve ser vista em termos amplos (vantagens sociais), pena de tornar inútil qualquer disciplina acerca das licitações diferenciadas, vez que o procedimento tem por fundamento alguma, mínima que seja, desvantagem econômica imediata para a Administração, se comparadas às licitações nas quais não incide a disciplina da LC nº123/2006.

⁴⁹ Ver Capítulo 8, adiante.

Essa cláusula deve servir, iluminada por tal ponto de vista, de direcionamento ao Judiciário quando da resolução de conflitos decorrentes dos artigos 47 a 49 da LC nº123/2006.

Além dessas, não cabe a utilização de licitação diferenciada se cabível a contratação direta (dispensa e inexigibilidade de licitação, consoante artigo 49, IV, da LC nº123/2006).

E, por fim, não se promoverá licitação diferenciada se o edital não for perfeito do ponto de vista formal, isto é, se não explicitar todas as regras que incidirão naquela determinada licitação (sobretudo as da LC nº123/2006), minudenciando-as e descrevendo todas as exigências que deverá o microempresário observar se quiser se sagrar vencedor no procedimento (artigo 49, I, LC nº123/2006).

5. CONCLUSÕES PARCIAIS E PROBLEMATIZAÇÃO

Os benefícios às microempresas trazidos pela LC n°123/2006 só podem ser entendidos do ângulo do fomento⁵⁰. Todos eles visam ao fortalecimento da atividade microempresarial, por meio de facilidades às ME e EPP em procedimentos licitatórios.

Há uma diferença básica, já referida, entre os benefícios dos artigos 42 a 45 e os dos artigos 47 e 48: aqueles têm unicamente por fim incrementar a participação das microempresas em licitações públicas e o aumento do número de vitórias em certames licitatórios.

Por seu turno, o *objetivo imediato* das licitações diferenciadas dos artigos 47 e 48 é esse mesmo: o aumento da participação e da vitória das ME e EPP em licitações. No entanto, não é só disso de que se trata. Há, ainda, *propósitos mediatos* visados por essas normas: 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.

Não que os benefícios de regularização fiscal tardia e de opção de lance suplementar no caso de empate ficto não possam, por via indireta, atingir justamente esses fins – o que, quer-se crer, ocorrerá em boa parte dos casos. A diferença reside no fato de que não há a necessidade de se vislumbrar diretamente o atingimento dos desígnios do artigo 47 quando da utilização daqueles privilégios (artigos 42 a 45). Tanto que, nos casos das licitações diferenciadas, o edital há de ser muito mais específico, esquadrihando todas as finalidades a que se direciona o procedimento licitatório, o que não é exigido quando da aplicação dos artigos 42 a 45.

Repise-se: todos os privilégios são manifestações jurídicas de intervenção no domínio econômico. Isso será adiante mais bem referido⁵¹. Rememora-se essa consideração, com o fito de que não restem soltas algumas conceituações feitas mais acima, como de a licitação se tratar de um mercado.

⁵⁰ Ver Capítulo 9, adiante.

⁵¹ Ver Capítulos 7 e 9, adiante.

5.1. NECESSIDADE E PROPORCIONALIDADE DO REGIME

Cabe questionar se o conjunto de benefícios é por demais forte (jurídica e economicamente), a ponto de desvirtuar o procedimento licitatório e causar estranheza em alguém com algum conhecimento jurídico e econômico.

Aqui, muito em síntese, dialoga-se com as conclusões de Justen Filho (2007, p.145-146), ao final da obra que serviu de marco teórico até esse momento.

Em primeiro lugar, não há que se falar em incremento desproporcional da complexidade do procedimento licitatório, principalmente com espeque no argumento de que ele se torna, com a utilização das regras da LC nº123/2006, cada vez mais incompreensível para leigos. Difícil, por si só, é o entendimento das regras da Lei 10.520 e, sobretudo, da Lei 8.666, até para aquele que é versado em direito, mas não especializado no tema das licitações.

Também não parece razoável, à primeira vista, o argumento que postula que a aplicação das regras da LC nº123/2006 às licitações leva, incontornavelmente, ao aumento infundável dos litígios e controvérsias em torno do procedimento licitatório. Em pesquisa realizada em 07 de outubro de 2010 no endereço de buscas de jurisprudência unificada da Justiça Federal, www.jf.jus.br/juris/unificada, com termos que estariam incluídos na causa de pedir ou no pedido de litígios a versar sobre as regras dos artigos 41 a 49 da LC nº123/2006, chegou-se ao número de dez ocorrências⁵².

De outra banda, mais obstáculos se interpõem à análise do arazoamento segundo o qual seria desnecessário o conjunto de regras do Capítulo da LC nº123/2006, em virtude de a mesma lei ter trazido facilidades tributárias às microempresas e empresas de pequeno porte. Se não restam dúvidas de que consistem em benefícios jurídicos que, somados, implicam faticamente em facilidades “em dobro” para as microempresas e empresas de pequeno porte, não há, de plano, resposta única que possa dizer da necessidade ou desnecessidade das regras dos artigos 41 a 49 da LC nº123/2006.

⁵² Foi utilizado o termo de pesquisa: **lc 123 licitação**. O resultado foi o seguinte: i) STJ – RESP 200802119298; ii) STJ – MS 200701778874; iii) STJ – MS 200201213059; iv) STJ – MS 200001240277; v) TRF1 – AG 200701000596337; vi) TRF4 – AG 200904000118178; vii) TRF4 – APELREEX 200872060012449; viii) TRF4 – AG 200904000019980; ix) TRF4 – AG 200804000183932; x) TRF4 – AG200704000323269.

Aqui, portanto, não se trata de oferecer a resposta correta, mas tão só um determinado posicionamento sobre o assunto. Nesse sentido, um primeiro dimensionamento se impõe. Não se pode confundir a análise da validade e da constitucionalidade do Capítulo V da LC nº123/2006, do ponto de vista da dogmática jurídica (no plano da validade), com a atitude de postular pela necessidade ou desnecessidade das regras positivadas nesse capítulo. Os instrumentos lançados para o estudo da constitucionalidade dos dispositivos em exame estão muito bem delineados acima e a resposta que se deu ao tema, em todos os casos, foi que, não, não há, pelo menos de plano, ofensa a princípios constitucionais.

Passada essa etapa, cabe perguntar se a positivação de um regime tributário mais simplificado e menos oneroso implicará, com certeza, na facilitação necessária às ME e EPP para que tenham sua participação incrementada no ramo das licitações (posição de JUSTEN FILHO, 2007, p.145-146). Não existe, com exatidão, relação de causa e efeito entre esses termos, embora haja razoabilidade, do ponto de vista financeiro, no argumento. Ora, se se tem mais dinheiro em caixa em decorrência do pagamento de menos tributos, tal poderá, sem dúvida, ser usado para ofertar preços menores à Administração quando da participação em uma licitação. Mas não é difícil imaginar situação em que tais valores, resultado da diferença do regime tributário normal para o simplificado, não serão suficientes para a vitória em certame licitatório, em razão, por exemplo, do nível de especialização a que chegou uma grande empresa no manejo de determinado produto ou serviço.

Isso não é esquecido por Justen Filho (2007, p.145-146), apregoando que, acaso isso ocorra, tal nível elevado de especialização (vantagens tecnológicas e econômicas de que dispõe uma grande empresa) deve ser transferido para o Estado, por meio de preços menores, de modo a gerar benefícios para toda a coletividade.

O raciocínio, sem dúvida, é procedente. Todavia tem lugar a afirmação segundo a qual, mesmo que com a incidência das regras da LC nº123/2006, essa lógica original das licitações não restaria grandemente desvirtuada.

O benefício de regularidade fiscal tardia é dotado de tanta força, torna as grandes empresas e as pequenas tão díspares numa licitação (estas tão mais poderosas)? Parece que não. Se é verdade que tanto pequenas empresas quanto grandes empresas tem, realmente, o dever de adimplir para com o fisco, de outra banda é também constatável que o arsenal técnico disponível no mercado

(entidades que se destinam tão só ao planejamento tributário de seus clientes) de que se pode valer uma grande empresa para manter sua regularidade fiscal perfeita é maior do que o que está à disposição de pequenas empresas, e isso por um outro fator que surge justamente das diferenças econômicas existentes entre as grandes empresas e as ME e EPP: não raro, no âmbito de pequenas empresas, o preço dos serviços de planejamento tributário não compensa os benefícios que advirão de sua contratação. É de fácil percepção que os profissionais do ramo tributário tem por clientes, em sua grande maioria, empresas de médio e grande porte⁵³.

A possibilidade de oferecimento de lance suplementar em caso de empate ficto igualmente não é desnecessária, ainda que somada a um regime fiscal simplificado e menos onerado. Não há correspondência perfeita entre os valores tributários desonerados e a diferença percentual que configura empate ficto nas licitações (até 5% e até 10% das propostas realizadas por microempresas com relação às ofertadas por grandes empresas, respectivamente no pregão e nas modalidades da 8.666/93).

Nessa toada, exige-se reflexão sobre outro ponto: esses dois primeiros benefícios (regularização fiscal tardia e lance suplementar em caso de empate ficto) implicam, necessariamente, em gastos (preços) muito mais elevados para a Administração Pública? Não. Aliás, esse é o motivo de serem facultados a todos os poderes em todas as órbitas da federação.

Por meio deles, obriga-se tão só a Administração a realizar um ato a mais, como regra, e não a desembolsar valores – é certo que, acaso frustrada, por exemplo, a regularização fiscal tardia de ME que fez jus a esse benefício, terá de haver mais um ato, semelhante ao anterior, se existir outra ME a fazer jus ao mesmo privilégio (um ato para cada ME, no caso de frustração da contratação com a anterior requerente do benefício).

Mas o argumento que apregoa a possibilidade de a Administração desembolsar valores muito maiores, por se facultar a uma ME a regularização de seus débitos fiscais tardiamente, não prospera a uma análise mais aprofundada: se uma grande empresa deixou de se sair vencedora em certame de licitação por não estar em dia com os tributos, e, no mesmo certame, uma microempresa que ofertou

⁵³ Vejam-se, por exemplo, as carteiras de clientes (disponíveis nos respectivos sites) das chamadas *big four* em auditoria tributária: KPMG, PricewaterhouseCoopers, Ernst & Young e Deloitte Touche Tohmatsu.

proposta menor teve a oportunidade de regularizar sua situação fiscal tardiamente e adjudicar o objeto, tal ocorreu, em primeiro lugar e principalmente, pelo fato de a grande empresa não ter cumprido suas obrigações. Ela que se precavesse quando resolvera participar de licitação. É possível, até mesmo, que as regras que facilitam às microempresas (por meros quatro dias, no máximo e com prorrogação de prazo) a sua regularização fiscal tardia em licitações, tenham indiretamente por resultado, na atuação das grandes empresas, isso mesmo: “prevenção fiscal”, o que não se afigura inconstitucional de maneira alguma.

Por seu turno, a ficção jurídica de empate não faz da ME ou EPP vencedora no certame licitatório. Lança-lhe o ônus de reduzir sua proposta abaixo do preço da melhor proposta até então ofertada, fato que, por mínimo que seja, resultará em benefício à Administração.

Ilacões dessa ordem, contudo, tornam-se mais complexas quando do estudo das licitações diferenciadas (artigos 47 e 48) ⁵⁴. A breve consideração a se fazer nesse momento é esta: não caracterizaria como razoável a figura das licitações diferenciadas a previsão que limita a 25% do volume total de licitações (por objeto) a aplicação dos artigos 47 e 48 da LC nº123/2006? Some-se a isso o caráter de faculdade do benefício, dando margem de discricionariedade ao administrador, para que este escolha como e quando aplicar, e ainda assim, limitado pelo percentual supracitado e pelas regras formais do ente federativo que recepcionou o instituto.

Restariam $\frac{3}{4}$ (75%) dos valores por objeto a serem destinados a licitações comuns, regidas tão só pelos mecanismos tradicionais de contratação, aplicando-se-lhes os benefícios “de baixo custo” para a Administração dos artigos 42 a 45.

Demais disso, o limite de valor e os limites percentuais para a adoção das licitações diferenciadas, previstos nos incisos do artigo 48 da LC nº123/2006 (até oitenta mil reais para a realização de licitação restrita às ME e EPP; até 25% do objeto licitado, no caso de fracionamento interno; e 30%, no caso de subcontratação compulsória) não são irrazoáveis. A considerar as regras da 8.666, que hierarquizam o uso das modalidades de licitação pelos valores do objeto licitado e que ordenam que haja fracionamento do objeto quando possível, não existe grande contraste

⁵⁴ Santos (2009, p.25-26; 117-121), a propósito, postula pela desnecessidade e, mais ainda, pela inconstitucionalidade do tratamento, a menos que, mediante decisão fundamentada, demonstre-se a manutenção da vantagem da licitação.

entre toda a sistemática das licitações que vigera até meados de 2006 e o novo regime, com a publicação da LC nº123/2006.

Concluindo de modo a deixar clara a precariedade de todos os raciocínios até então por nós lançados: a proporcionalidade que se deveria aplicar à análise da *necessidade* dessas regras vai além dos instrumentos de que se vale o presente trabalho. À aplicação da proporcionalidade jurídica dever-se-ia sobrepor outra, de caráter econômico-financeiro, embasada em pesquisas estatísticas e econométricas das quais não se teve notícia. Pretendeu-se, com brevidade, problematizar algumas questões advindas do estudo da LC nº123/2006, relacionando tão só as regras da LC nº123/2006 umas com as outras e com outras fontes jurídicas que regem as licitações, tendo em conta algumas posições doutrinárias que iluminam o tema.

6. FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO ADMINISTRATIVO

O primeiro tópico a ser tratado, depois da análise dogmática dos benefícios e de algumas outras questões trazidas pela LC n°123/2006, refere-se à função social do contrato administrativo. Por função social do contrato administrativo quer-se referir, no mundo do dever ser, a irradiação de efeitos outros que não os tradicionalmente pensados para a contratação administrativa.

Especificou-se estar no mundo do dever ser com o fito de aduzir que é o próprio ordenamento jurídico que positiva a obrigação de serem obtidos os efeitos decorrentes da função social. Em outros termos, pode ser que, por meio da contratação administrativa, sem a aplicação de alguma função social (se é que ela existe), obtenham-se conseqüências diversas do mero provisionamento de bens e serviços ao Estado. Mas, sem a aplicação de injunções normativas, para se falar em função social, dever-se-ia proceder a uma análise da efetividade normativa. A função social de que se está a falar, portanto, só existe mercê de norma jurídica que assim determina.

A função tradicional da contratação administrativa é a obtenção de bens e serviços destinados à satisfação das necessidades estatais. Tal concepção tem íntima relação com uma determinada concepção de Estado, que se pode dizer não mais vigente: Estado dotado de competências repressivas e limitadoras da autonomia privada e, quando muito, prestacional (senso estrito), enquanto ente que cumpre, por si, determinadas necessidades coletivas.

Excluída, portanto, do conceito restritivo de Estado acima mencionado a qualidade de incentivador de determinadas condutas que sejam desejadas pelo ordenamento jurídico. É com a inclusão dessa característica que se faz possível pensar em função social, em decorrência de normas jurídicas que matizam o contrato administrativo.

A abordagem tradicional de contrato administrativo traz em si forte concepção de vantajosidade, aqui, tomada no seu sentido mais estrito, econômico: por meio da contratação administrativa, busca-se adquirir bens e serviços da maior qualidade, oferecendo-se possibilidade de ampla competição aos que pretendam com a Administração contratar e cujo preço seja o menor obtível.

Por seu turno, a contratação administrativa dotada de função social é aquela por meio da qual se entrevê o atingimento de outros valores, que não somente a

persecução de bens e serviços pelo menor preço possível. Entretanto, se, da leitura do contrato administrativo sem função social, deduziu-se deveres prestacionais do Estado frente aos privados, esses bens e valores de agora, do contrato administrativo harmonizado a uma função social, são conseguidos não por agir positivo do Estado mas antes mediante normas jurídicas encorajadoras das atitudes de outrem. É dizer: quem age nesse momento não é o Estado (ou pelo menos *não é só o Estado*), mas os privados e, mesmo assim, serão buscados benefícios sociais inseridos no conceito de interesse público primário.

As normas que impõem o alcance das finalidades às quais se volta o contrato administrativo são, primariamente, de ordem constitucional. O artigo 3º da Constituição é o ponto de irradiação dos deveres impostos ao Estado, em virtude dos quais se pode falar e se passa admitir função social ao contrato administrativo. Os três primeiros incisos elencam como escopos basilares da República Federativa do Brasil: i) a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; ii) o desenvolvimento (econômico e social) nacional; iii) e a extinção da pobreza e da marginalização, bem como a redução das desigualdades sociais e regionais.

Em termos mais precisos, está-se diante de obrigações impostas ao Estado brasileiro de *assistência social e intervenção no domínio econômico* (JUSTEN FILHO, 2007). O contrato administrativo funciona de instrumento para tanto, funcionalizado.

Não se deve pensar, contudo, que *sempre* o contrato administrativo deva ser funcionalizado. Se assim o for, desvirtuar-se-á a lógica do instituto. Antes, quer-se referir que não há contradição, ante o todo normativo constitucional brasileiro, em se pensar, vez ou outra, na utilização de institutos tradicionais do direito administrativo para o cumprimento de metas impostas pela ordem jurídica.

Salta à vista a proximidade do que se disse até então com os princípios da isonomia e da República, muito acima referidos, e com o princípio da licitação. Com efeito, a exposição do contrato administrativo funcionalizado deve servir de premissa às questões que dizem com a constitucionalidade dos benefícios da LC nº123/2006.

Antes, no entanto, de vigerem os benefícios da LC nº123/2006, já se falava em função social no contrato administrativo brasileiro (JUSTEN FILHO, 2004, p.259-260), que também poderia ser pensada sob o prisma do incentivo e da incidência de princípios da Lei Fundamental. Dois exemplos da Lei 8.666/1993 que tratam de casos de dispensa de licitação: o inciso XX do artigo 24 que dispõe acerca da

contratação de associação de portadores e deficiência física e o inciso XIII, do mesmo artigo, sobre a contratação de instituição brasileira incumbida da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional ou de instituição dedicada à recuperação social do preso.

Duas diferenças desde logo devem ser divisadas entre os benefícios da LC nº123/2006 e as hipótese acima mencionadas da Lei nº8.666: nestes dois últimos casos, injunge-se normativamente que a contratação, pela Administração, dê-se com instituição destituída de fim lucrativo; ainda, estas duas últimas hipóteses consistem em situações nas quais se dispensa a licitação, devendo ocorrer a *contratação direta*; enquanto que, em primeiro lugar, os benefícios positivados pela LC nº123/2006 incidem na contratação com entes dotados, às claras, de finalidade econômica (lucro); e, mais que isso, a aplicação desses privilégios (LC nº123/2206) deve dar-se, como antes consignado, ao ser instaurado procedimento licitatório.

Ora, parece, então, não pairar dúvida de que há, de fato, uma função social no contrato administrativo e, de maior interesse para este trabalho, no instituto da licitação, pela aplicação de normas previstas em lei que objetivam o atingimento de fins sociais externos à contratação. Cabe perguntar de que função social se está a tratar.

6.1. QUAL FUNÇÃO SOCIAL?

O conceito de função social (quer visto como princípio, como regra, como cláusula geral, a depender de que concepção e classificação se está a servir), no contrato administrativo deve ser utilizado com alguma cautela.

São incontáveis os trabalhos que têm por objeto o estudo da função social, sobretudo os desenvolvidos após a promulgação da Constituição Federal de 1988 e da vigência do Novo Código Civil. Levianamente (sem maior pesquisa sobre isto), pode-se dizer que os estudos acerca da função social giram em torno de sua aplicação à propriedade, à empresa e ao contrato, todos os três, originariamente, institutos pensados à luz da lógica privatística.

Os dois primeiros, aliás, expressamente dizem com o mesmo instituto jurídico. Empresa é justamente a propriedade (domínio ilhado pela proteção jurídica à ingerência de terceiros) dos bens de produção titularizada por alguém (COMPARATO, 1986, p.77).

Daí se dizer, em breve menção e sem qualquer objetivo de esgotar o tema, que a Constituição (artigo 5º, XXIII) corrobora a função social da propriedade e também, já ali, a função social da empresa (GRAU, 2007, p.237). Mas não só: o artigo 170, III, pelo fato de estar inserido no Capítulo a tratar dos *Princípios Gerais da Atividade Econômica*, dá maior concretude à tese pacífica de que também a empresa resta vinculada a uma função social (GRAU, 2007, p.247).

De outra banda, o princípio da função social do contrato encontra substrato legal no artigo 421 do Novo Código Civil, que inaugura a disciplina dos contratos em geral (muito embora, já da análise da Constituição de 1988, não raro, falou-se na funcionalização do contrato administrativo, pelo raciocínio segundo o qual o contrato, enquanto instrumento de circulação da propriedade, restaria iluminado também pela função social posta nos artigos 5º, XXIII e 170, III, CF⁵⁵). A norma positivada no Código Civil brasileiro é fruto de teorizações e debates que ocuparam grande parte do cenário jurídico do século passado e que, pelos limites deste trabalho, não serão tratados.

Importante é questionar: é essa a mesma função social à qual se subsumem os contratos administrativos, quer pela incidência das regras de dispensa de licitação dispostas na Lei nº8.666, quer pela aplicação dos privilégios às ME e EPP da Lei nº123/2006?

Para tanto, deve-se saber, com brevidade, qual o teor da função social dos contratos do Código Civil.

6.1.1. Função social dos contratos no Código Civil

De início, dum ângulo mais abrangente (histórico até), não propriamente atado à dogmática jurídica, deve-se dizer que o instituto da função social dos contratos, tal como esboçado pelo Código Civil de 2002, teve como causa final a *sociabilização* dum instituto de direito privado. *Publicizou-se*, em razão das teorizações acerca da função social, algo que fora, em essência, moldado para servir de veste às relações interprivadas (o contrato), para satisfazer os interesses egoísticos (sem qualquer conotação crítica) das pessoas privadas.

⁵⁵ Ver NALIN, Paulo. **Do contrato**: conceito pós-moderno. Curitiba: Juruá, 2001; e NALIN, Paulo. "A função social do contrato no futuro código civil brasileiro". Revista de Direito Privado. v.12, out-dez, 2002, p.50 e seguintes.

Quanto ao emprego da função social ao contrato administrativo, é disso que se trata? Isto é, está-se diante de uma norma jurídica sobre cujo escopo se deva falar em publicização?

Passando ao largo das discussões acerca da natureza jurídica do contrato administrativo (até mesmo porque sobre o mais importante problema já não pairam maiores dúvidas: *consiste o contrato administrativo em contrato, sim*), impossível imaginar a aplicação de uma norma jurídica, cujo fim é dar contornos de direito público ao objeto que incide, a um instituto que já é de direito público, como é o contrato administrativo.

Não se pode (re)publicizar aquilo que já é público. Com efeito, o contrato administrativo, inexistem objeções, resta imerso em uma malha normativa composta por princípios e regras inevitavelmente circundados pelo conceito de interesse público.

Sem prejuízo das críticas cabíveis ao ponto de vista acima lançado, a conclusão a que se chegou resulta de simples raciocínio silogístico. Refuta-se, pois, tratar-se a função social do contrato administrativo da mesma função social do artigo 421 do principal diploma de direito privado brasileiro.

6.1.1.1. Sanções ao descumprimento da função social do CCB

De outra banda, e como arrazoamento de maior força, deve-se questionar das conseqüências da justaposição da função social a determinado contrato. Assim, será possível cogitar da justeza ou não, do prisma da dogmática jurídica, em se aplicar o artigo 421 do Código Civil brasileiro ao contrato administrativo.

Xavier Leonardo (2005, p.14), após aderir ao posicionamento que vê no instituto da função social cláusula geral, que impõe deveres de conduta – voltados a princípios gerais de justiça, dizemos nós – não previstos legislativamente aos contratantes, sem pretensão de exaurir o tema, propõe que, constatada a necessária incidência da função social sobre um contrato, deve-se irradiar algum dos seguintes efeitos (todos de natureza sancionatória, diga-se de passagem): i) revisão contratual, ii) dever de indenizar ou iii) sanções no plano da validade (nulidade *virtual*, não elencada num rol taxativo, de determinadas cláusulas – artigo 166, VII, CCB).

A despeito da aparente (e atraente) possibilidade de se cogitar da aplicação da função social ao contrato administrativo em razão de, realizada a união daquela cláusula geral a este instituto, querer-se ver surtirem os efeitos supramencionados, tal afigura-se fora de propósito. Senão se veja.

Preliminarmente, a função social, como bem cuidou o texto de Xavier Leonardo (2005, p.16-17), corresponde à cláusula que confere abertura normativa para preenchimento por parte do intérprete. Cabe até mesmo quando do emprego dessa cláusula comunicar-se o contrato do caso concreto com outros microssistemas normativos que o circundam.

A partir dessa etapa é que se produziriam aqueles efeitos (revisão contratual, dever de indenizar ou sanções no plano da validade).

Não há que se falar em abertura normativa para preenchimento hermenêutico dos contratos administrativos. O contrato administrativo não é, em momento algum, regido por cláusulas abertas, pena de se desconsiderar todo um conjunto normativo pensado especificamente para assegurar à Administração a melhor contratação possível – sob todos os aspectos: segurança jurídica, controle, isonomia, preços. E, como se percebe com facilidade, as normas jurídicas que regem a contratação administrativa são iluminadas por lógica própria, ímpar e díspar da que rege os contratos privados (ainda que funcionalizados).

Desde aqui, então, descabida a aplicação da função social do artigo 421 do CCB ao contrato administrativo. A abertura normativa decorrente daquela cláusula imporia raciocínio quase que ao infinito por meio do qual seriam infirmadas as bases sobre as quais se assenta o contrato administrativo. Acaso é impossível modificação unilateral do contrato pela Administração por lesão ao artigo 421 do CCB? Por desrespeito a algum princípio exterior ao regime jurídico de direito público, que disciplina os contratos administrativos? Ou por qualquer outro preenchimento que o intérprete queira dar à função social?

6.1.2. Contrato administrativo: lógica própria

As definições de contrato administrativo correntes em doutrina não ficam muito distantes umas das outras, até mesmo porque nenhuma delas se pode afastar dos contornos gerais traçados pelas Leis 8.666 e 10.520 (mormente a primeira). Assim, amplamente, para além dos traços comuns que marcam a conceituação do

contrato em seu sentido mais amplo, imanente é ao contrato administrativo o fato de uma das partes atuar em função administrativa (Administração Pública). Parte esta que tem a prerrogativa de alterar unilateralmente desígnios contratuais originalmente avençados. E prerrogativa, por seu turno, contrabalançada pelo que se costuma referir como intangibilidade da equação econômico-financeira⁵⁶.

O contraste resta visível: como se falar em alteração unilateral do contrato firmado interprivados? Qual a intangibilidade da equação econômico-financeira desse último (excluído qualquer raciocínio margeado pela teoria da imprevisão, para cuja aplicação se exigem situações pontuais e incomuns)?

Por óbvio que, em direito privado, haveria minimamente de se cogitar de sanções a serem aplicadas a essas hipóteses.

Dito isso, faz-se possível retornar ao que pouco acima se consignou: descabida, pois, a aplicação dos *efeitos de natureza sancionatória*, citados por Xavier Leonardo (2005, p.14) ao descumprimento da função social pelo contrato administrativo. Ora, o dever de a Administração Pública indenizar o particular rege-se, também, por lógica particular, não aberta à discricionariedade hermenêutica, mas, sim, em sua configuração contratual (responsabilidade civil contratual), restrita à conjugação dos casos previstos em lei com o disposto no artigo 37, §6º, da Constituição Federal. Não se comunicam todas as situações em que há dever de indenizar decorrente de (lesão de) contratos interprivados com a totalidade das situações que surgem quando do estudo dos contratos administrativos.

Além disso, as causas supramencionadas que poderiam levar à revisão contratual e a decretação de sanções no plano da validade não podem ser entendidas sob a ótica do regime jurídico de direito público, vez que a revisão contratual (senso amplo), aqui, há de ser margeada pelos estritos limites da Lei 8.666 e a nulidade do contrato administrativo deve, necessariamente, tomar em conta também as situações previstas nessa lei.

⁵⁶ Por todos, Justen Filho (2009, p.356): “O contrato administrativo em sentido restrito é um acordo de vontades destinado a criar, modificar ou extinguir direito e obrigações, tal como facultado legislativamente e em que uma das partes, atuando no exercício de função administrativa, é investida de competências para inovar unilateralmente as condições contratuais e em que se assegura a intangibilidade da equação econômico-financeira original”.

6.2. BREVE CONCLUSÃO

Insta dizer que o preenchimento axiológico que deve imantar o suporte fático das normas que atribuem competência à contratação (XAVIER LEONARDO, 2005, p.12-13) inexistente no âmbito do contrato administrativo, pelo menos tal qual modelado pela doutrina de direito privado. Só há que se falar em atingimento de fins diversos através da contratação, que a mera obtenção de bens e serviços pela Administração, *quando estejam esses fins positivados em lei*. Isso também porque, como se disse acima, a restrição à mais ampla competição, característica do instituto da licitação, só é admitida nos casos expressos em lei⁵⁷.

De outra parte, embora o momento seja outro, o esforço dispensado na feitura dos diplomas legislativos a tratar de contratos administrativos (tentando moralizar a Administração Pública brasileira) tem de ser respeitado; e não de ser estritamente observadas as normas de tais leis – sobretudo as da Lei nº8.666.

Não existe a mínima possibilidade de que, ao argumento de cumprir função social (argumento que poderia ser reforçado por teorias de índole constitucional, algumas até indignificadas no Brasil, como a da ponderação de princípios ou a da reserva do possível), desacatem-se normas de ordem pública, pensadas com espeque na lógica do interesse público.

Em alguma medida, esse descumprimento ocorreria acaso aplicado o artigo 421 do Código Civil, na formatação acima mencionada (XAVIER LEONARDO, 2005), ao contrato administrativo brasileiro (e, sobretudo, às licitações, que é o que nos interessa), porquanto se admitiriam soluções nos casos concretos moldadas à luz dos cânones de direito privado.

Logo, o contrato administrativo, quer nas situações dos incisos XIII e XX do artigo 24 da Lei nº8.666, quer nos casos dos artigos 42 a 49 da LC nº123/2006 (a espécie licitação, nestes casos), cumpre função social porque assim a ordem jurídica o injunziu mediante normas explícitas. Função social diversa da posta no artigo 421 do Código Civil, a ser valorada no caso concreto sob o prisma do direito público brasileiro.

⁵⁷ Ver item 3.1.1.1.

7. PLURALIDADE DE FUNÇÕES DO ESTADO

A idéia que ensejou o presente trabalho surgiu da leitura da “Apresentação” de Ferraz Júnior (1995, p.7-18) à Teoria do Ordenamento Jurídico de Norberto Bobbio (1995). Ali, aquele autor, com argúcia, resume em poucas páginas todo o pensamento jurídico do mestre italiano – não só, por isso mesmo, introduzindo na teoria do ordenamento jurídico o leitor –, a ele acrescentando algumas observações suas.

Para tanto, Ferraz Júnior (1995) utiliza como norte, dentre tantos critérios possíveis, o tema da sanção, em razão de, em outra obra (2001), o próprio Bobbio ter definido determinada ordenamento enquanto jurídico pela resposta à violação, isto é, a sanção. Nesse primeiro momento (que irrefletidamente classificar-se-á como “*escritos iniciais*” do autor peninsular), Bobbio não aprofunda suas reflexões acerca do conteúdo da sanção (se positiva, negativa) e dos diferentes efeitos que pode ela surtir (encorajar, desencorajar), mas, antes, delinea algumas suas características exteriores: além de resposta à violação, é tomada como salvaguarda da lei à erosão; e, ainda, define que sanção jurídica é somente aquela externa e institucionalizada.

Bobbio (2001) também traça a sanção como qualidade do ordenamento jurídico como um todo, e não de cada norma jurídica individualmente tomada, o que lhe permite projetar o Direito (o ordenamento jurídico) como meio regulador da força – e aqui se insere a problemática relação entre mundo do ser e do dever ser –, mas não como *mero* regulador da força. Isso porque, se por um lado a força surge na forma de sanção quando da violação de uma norma jurídica, de outro, aparece como força produtora de normas jurídicas – lembre-se que, na Teoria do Ordenamento Jurídico, Bobbio (1995, p.25) distingue o ordenamento jurídico enquanto aquele posto por uma autoridade soberana, superior, aparelhada pela e dotada de força.

Em escritos seguintes, no entanto, Bobbio (1971, *apud* BOCKMANN MOREIRA, 2004) passa a deitar atenção a aspectos contenciosos das sanções jurídicas. Embora já conhecidas até então, pouco se tinha dito, pelo menos na doutrina do Direito, acerca das sanções de caráter positivo (ditas premiais). O foco dos estudos acerca do gênero das sanções recaíra, efetivamente, sobre as de cunho negativo, que visam a evitar a prática de determinados atos.

Ainda essas, contudo, mesmo que por via negativa, direcionavam-se a conseguir comportamentos humanos considerados desejáveis. Aqui o caráter funcional do gênero das sanções, do qual, informa Tércio (1995, p.11), Kelsen⁵⁸, em sua *Teoria Pura*, não conseguira fugir.

A partir daí é que (e tendo estudado Kelsen, aliás) Bobbio (1977) crê na possibilidade de lançar novos contornos à conceituação do Direito, sempre com espírito problematizador (em vez de fornecer soluções peremptas), e é nessa direção que se deslindam a maior parte dos textos jurídicos do autor desde então.

O olvido dos estudos jurídicos, para Bobbio (apud FERRAZ JÚNIOR, 1995), nesse “segundo momento”, em analisar as sanções positivas demonstrava o quão apegada estivera a Ciência Jurídica a uma concepção de sociedade típica do século XIX, na qual imperava a dicotomia entre sociedade civil e Estado, economia e política, privados e poder público. A sanção jurídica exercitava a comunicação entre Estado e sociedade, mas tão só de modo a reprimir as condutas indesejadas, restando à esfera privada o exercício das demais atividades – sobretudo da atividade econômica.

Desde a segunda metade do século XX, entretanto (talvez até mesmo antes, mas com maior nitidez a partir deste marco temporal), o Estado se tem apresentado muito mais como produtor de serviços e mercadorias e regulador da economia (FERRAZ JÚNIOR, 1995, p.12). É dizer: ao antigo (mas não antiquado) poder do Estado somaram-se funções dantes desconhecidas. O Estado, desde então, afigura-se como prestador e incentivador. E aqui também o Direito apresenta-se como meio para a ação estatal.

Dois desenhos distintos e complementares são discerníveis no desempenho dessas novas atividades pelo Estado: de um lado, o Estado (empresário e prestador de serviços públicos) monta a sua própria máquina administrativa; de outro, monta um esquema menos concreto (muito mais através da cultura e, conseqüentemente, do Direito) de estímulos e subsídios. Tudo isso para, *parcialmente*, substituir-se ao mercado na condução da economia (FERRAZ JÚNIOR, 1995, p.12-13).

A guardar insuprimível proximidade com a matéria dos estímulos, Bobbio (1977, apud FERRAZ JÚNIOR, 1995, p.13) divisa a existência de técnicas de encorajamento e técnicas de desencorajamento. O ordenamento de tipo repressivo

⁵⁸ Não utilizamos a obra de Kelsen.

seria marcado pela maior utilidade destas, enquanto que o ordenamento de tipo promocional preconiza aquelas (sem escoimar as últimas, mas somando ambas). É sob esse prisma que ganha sentido o termo *sanção premial*: facilitações e prêmios, com o fito de fomentar condutas desejadas.

Com sutileza, Ferraz Júnior (1995, p.16-18), no remate à “Apresentação”, contrapõe-se a um dos últimos pensamentos de Bobbio por ele resumidos: para este autor, o Estado, caracterizado pelo ordenamento promocional, restringe seu próprio poder, aumentando a esfera de liberdade dos destinatários privados das normas às quais se acoplam as sanções positivas. A questão que se põe é a seguinte: não estaria o Estado arrogando mais poder? Com efeito, não estaria a autonomia da vontade, às escuras, sendo suprimida, sem que o encorajado pelas sanções positivas o perceba? Em outros termos, o controle do Estado não se avolumaria ao ganhar contornos de persuasão e até mesmo premonição (por meio da qual se evitariam conflitos na sociedade)? (FERRAZ JÚNIOR, 1995, p.16-18)

Tais respostas, de certo, não serão por nós oferecidas. De outra parte, espera-se ter deixado clara a relação do objeto deste trabalho com o ora referido. Não seriam também os incentivos positivados nos artigos 42 a 49 da LC nº123/2006 sanções positivas, a desempenhar um papel num Estado promocional?

Parece que sim. Quer-se esteja diante de prêmios em licitações, quer diante de prêmios no recolhimento de tributos, ambos são sanções premiaias, que visam a algum objetivo.

Há conceito que dota tal conclusão de maior força: é, malcomparando a um raciocínio silogístico, o termo médio *isenção fiscal*. Ferraz Júnior (1995, p.13) o refere como espécie do gênero prêmio, agrupado, a seu turno, dentro da família das sanções positivas.

Justen Filho (2007, p.111), à sua maneira (e de interesse aqui como segunda premissa), no texto-base dos primeiros capítulos deste trabalho, embora sem especificar o instituto da *isenção*, aproxima os benefícios em licitação da LC nº123/2006 de benefícios fiscais.

Também por isso faz-se possível, então, incluir os três benefícios em licitações (regularização fiscal tardia, possibilidade de lance suplementar em caso de empate ficto e licitações diferenciadas) da Lei Complementar nº123/2006 dentro do grupo das sanções positivas existentes no direito brasileiro.

Dois apontamentos afiguram-se necessários: em primeiro lugar, aplicam-se as características supraelencadas aos privilégios da LC n°123/2006: são eles, antes de mais nada, manifestações da face promocional do Estado brasileiro.

Consistem, *imediatamente*, em prêmios que aumentam a esfera de liberdade dos privados *já destinatários* de suas normas (os microempresários com empresa já constituída). Mediatemente, porém, *de maneira sutil direcionam* (ou tentam direcionar) a conduta de *todos os possíveis* destinatários das normas, dando a entender o seguinte: acaso venhas *tu, possível destinatário*, a constituir uma microempresa (e ela escape às limitações do artigo 3°, §4°, da LC n°123/2006), tua chance de adjudicar objeto em licitação pública estará, de plano, aumentada, no mínimo pela incidência dos artigos 42 a 45 da LC n°123/2006.

Isto é (e mantendo o discurso no campo da abstração, sem considerar as peculiaridades da Administração Pública brasileira): poderá contar com contratações junto a pessoas jurídicas mais estáveis, porque de direito público, menos infensas às flutuações mercadológicas, e calcadas num ente dotado, em tese, de liquidez: o Estado⁵⁹.

O contrato administrativo, sob esse aspecto, é bastante interessante – em especial para novos sujeitos com menor poder econômico que se lançam a concorrer nos mercados (ME e EPP)⁶⁰. A livre-iniciativa, por outro lado, já não é tão livre assim, mas é de modo tênue impulsionada, pende para a atividade microempresarial. E agora ganham concretude as questões postas por Ferraz Júnior (1995) sobre se não estaria a autonomia da vontade a ser suprimida de modo inaudível, mas, ainda assim, mercê de um maior poder do Estado(?).

Finalmente, o tema da necessidade de todos os benefícios, tratado muito acima, ganha novos contornos, vez que se lhes aplica o artigo 174, *caput*, da Constituição Federal, em específico a norma que impõe ao Estado, enquanto agente normativo e regulador da atividade econômica, o dever-poder (conceito analítico de função administrativa) de *incentivo*. Veja-se bem: na condição de agente normativo e regulador, o que leva, necessariamente, ao tema do fomento normativo. A amplitude

⁵⁹ Anotação da aula de disciplina de Direito Econômico, primeiro semestre de 2008, ministrada por BOCKMANN MOREIRA.

⁶⁰ Também SANTOS (2009, p.48) afirma que a licitação é duplamente direcionada: à Administração permite a obtenção da melhor proposta; aos privados, a oportunidade de auferir lucro da relação negocial de direito público.

da norma, que será pouco mais à frente esquadrinhada, não deixa dúvidas: o Estado – em cujos poderes está incluso o Poder Legislativo Federal – é o agente normativo.

De quais normas, então, estar-se-ia a tratar? A resposta, pelo menos aqui, não vai se adiantar em apontar todo um rol normativo possível, mas antes se restringe a asseverar que é cabível, sim, o incentivo por meio de normas gerais e abstratas (como o são as da LC nº123/2006, artigos 42 a 49), o que não entra em contradição com os freios que devem ser postos à aplicação dos benefícios dos artigos 48 a 49: só quem os pode aplicar é o Executivo, mediante a Administração direta ou, quando muito, através da Administração indireta por entidades destinadas ao fomento das ME e EPP. Isso pela argumentação desenvolvida acerca da força das restrições ao princípio da isonomia⁶¹, do custeio dos benefícios em licitações e também pelo que quis a lei geral e abstrata, a LC nº123, já que ela é instrumento de plena validade para positivar normas de intervenção no domínio econômico⁶², para além de qualquer concepção teórica apegada a este ou àquele ponto de vista.

Mas aí já se está a adentrar no tema da intervenção.

⁶¹ Item 3.3.

⁶² Ver Capítulo 9, adiante.

8. LICITAÇÃO: ALGUNS SIGNIFICADOS

Antes, no entanto, de estudar o tema de intervenção no domínio econômico, faz-se necessária investigação acerca dos diversos significados que pode assumir a palavra *licitação*.

Por vezes, mencionou-se licitação como instituto jurídico. Nesse sentido, quis-se dizer da licitação enquanto instituição social posta (reconhecida ou imposta, não importa) por normas jurídicas, positivada nestas.

Dito isso, possível também a compreensão de licitação enquanto princípio (espécie do gênero norma jurídica) de Direito Administrativo, elevado, aliás, ao patamar de norma constitucional, dada a importância que se lhe atribuiu no direito pátrio (artigos 22, XXVII e 37, XXI). Retomem-se, nesse passo, as considerações inicialmente feitas acerca da concepção de princípio aqui adotada – “mandamento nuclear de um sistema” (BANDEIRA DE MELLO, 2010, p.53) – para que se evitem equívocos no entendimento da classificação ora proposta. Licitação é um princípio porque é a base das contratações administrativas. Nesse mesmo sentido, e sem paradoxo algum, licitação é um princípio também porque é *a regra* – e não uma regra –, conforme o disposto no artigo 37, XXI, CF. É dela que se deve, no mais das vezes, o administrador brasileiro se valer quando necessitar de bens e serviços da iniciativa privada.

Por outro lado, licitação é um procedimento. Não aprofundaremos por demais tal consideração (principalmente no que respeita à distinção entre procedimento e processo – se o critério a diferenciar ambos é a presença de contraditório ou não⁶³, etc.). Suficiente, para a finalidade aqui proposta, entender procedimento como um conjunto de atos juridicamente regrados e voltados a um fim. A licitação é informada por leis gerais e abstratas (Leis nº 8.666 e 10.520), em decorrência, aliás, do disposto no artigo 22, XXVII, da Constituição Federal. É, de outra banda, una, embora formada por um encadeado de atos (divididos entre as fases de habilitação e julgamento), estes, por seu turno, dirigidos a um fim: o assentamento de um contrato de direito público entre Administração e um particular, em que este prestará serviços ou fornecerá bens àquela.

⁶³ Sobre o tema: FAZZALARI, Elio. **Istituzioni di diritto processuale**. Padova, Cedam, 1992.

Ora, mas disso desponta outra acepção corrente para o termo licitação: a de que se trata, desta feita, de um contrato administrativo (e não contrato da administração), peculiarmente diferenciado dos demais porque nele há a possibilidade de a Administração modificá-lo unilateralmente, possibilidade contrabalaneada pelo asseguramento do equilíbrio econômico-financeiro da equação contratual.

Tomada essa última qualificação numa perspectiva macro, chega-se, finalmente, à idéia de maior interesse aqui: a licitação consiste num mercado, ou melhor, há cabimento em se falar em *mercado(s) de licitações*. Com efeito, se se entender mercado como aquele espaço em que se desenrolam uma série de contratos, a ilação suprarreferida vem de plano.

Clareie-se, contudo, que o termo mercado não refere espaço livre de direito. Se mercado é, como comumente entendido, aquela instituição social regida pelos princípios da livre-empresa, livre-iniciativa e livre-concorrência (todos correlatos ao princípio da isonomia), só assim o é porque há princípios jurídicos que lhe asseguram tal configuração.⁶⁴

De importância tal apontamento para se evitar alguma contradição aparente que pudesse surgir do fato de ser a licitação disciplinada (e muito bem minudenciada) em leis nacionais (8.666 e 10.520), que estatuem uma série de regras de ordem pública, restritivas da liberdade tanto do administrador quanto do privado adjudicatário.

Mercado é mercado porque juridicamente regrado (GRAU, 2007), ainda que tais regras tenham de todo caráter repressivo, a assegurar o mercado mais livre possível. Ainda aqui, o Direito far-se-ia presente e atuante, reprimindo o que fosse contrário ao mercado⁶⁵.

Em se tratando, todavia, da ordem econômica nacional, não há que se falar liberalismo puro. A economia brasileira adota o sistema capitalista, mas este em constante interação com o Direito. Isto é, os mercados existentes no nosso

⁶⁴ Quanto à ordem econômica consistir em parcela da ordem jurídica, veja-se Eros Grau (2007, p.70-74).

⁶⁵ Como provocação, suponha-se ainda que se quisesse reduzir ao máximo a atuação do Direito no cenário hipoteticamente descrito; ainda assim alguma regra jurídica haveria de existir: aquela segundo a qual tudo é permitido. Tal ordenação, contudo, seria insustentável – como já o demonstrara BOBBIO (1995, p.32-35).

capitalismo brasileiro *devem ser* disciplinados juridicamente (BOCKMANN MOREIRA, 2004; GRAU, 2007).

Não, há, também, que se desqualificar como mercado o conjunto de licitações pelo fato de em um dos pólos contratuais figurar a Administração Pública. Tampouco pelo fato de tratar-se de contratos públicos. A Administração atuará estritamente na condição de *pólo contratual* e os contratos administrativos, ainda que dotados de caracteres especiais, em sua essência, são contratos assim como o são os de direito privado.

O argumento ganha força ao se constatar que as regras que disciplinam as licitações públicas buscam, em grande medida, assegurar a livre-concorrência entre os possíveis adjudicatários (JUSTEN FILHO, 2009, 376, 381-384). Mais que isso, regem-se as licitações pela vantajosidade da proposta (maior qualidade pelo menor preço) e permitem, em contrapartida, a obtenção de lucros da parte dos contraentes privados.

Consistem em provas disso tudo os casos de inexigibilidade e dispensa de licitação (artigos 24 e 25 da Lei nº8.666 e 10.520). Na primeira hipótese, não se exige a licitação se não constatada viabilidade de competição. Na segunda, acaso desvirtuado o caráter de vantajosidade, ínsito às licitações. Dispensa-se licitação se, no geral, afigurar-se por demais custoso o simples estabelecimento do procedimento licitatório em comparação com os benefícios que adviriam de sua conclusão (firmamento do contrato).

9. INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO

A conceituação proposta no capítulo anterior tem um objetivo muito claro: permitir que sejam tratados os benefícios em licitação esposados na LC nº123/2006 enquanto intervenção no domínio econômico. Isso em razão de se estar a influir num espaço conexo à atividade econômica em sentido estrito, o das licitações públicas. Muito embora no pólo ativo do contrato administrativo, da licitação, esteja a Administração Pública, a prestação é devida (pólo passivo) por um privado. Disto se infere que a produção econômica (pela entrega de bem ou prática de serviço) resta a cargo dos privados; aí a ligação insuprimível com a atividade econômica em sentido estrito.

A *contrario sensu*, por exemplo, não se estaria diante de intervenção no domínio econômico se positivadas fossem normas gerais e abstratas a alterar, em qualquer direção que seja, a *formação* dos contratos responsáveis pelo surgimento dos consórcios públicos. Acaso modificada a fase de formação desses contratos, regida por normas gerais e abstratas, não se vislumbra, de plano, qualquer efeito na economia dos privados⁶⁶.

Intervenção é somente aquele ato estatal a influir no domínio de outrem (GRAU, 2007, p.92 e ss.). Intervenção estatal no domínio econômico, nesse sentido, é o conjunto de atitudes do Estado que influencia a esfera econômica privada: a atividade econômica em sentido estrito, em contraposição aos serviços públicos (GRAU, 2007, p.110-118). Assim, o conjunto de benefícios positivados na LC nº123/2006 é intervenção no domínio dos particulares, porque, pela sua aplicação, são modificadas as condutas dos agentes privados que atuam no mercado das licitações.

Como já mencionado, os benefícios da LC nº123/2006 consistem em manifestações jurídicas de fomento – ele é o meio que modifica a conduta dos agentes econômicos –, visando a incentivar a conduta dos privados, os microempresários.

⁶⁶ Frise-se que se está a falar em normas gerais e abstratas, justamente a configuração assumida pelas normas da LC nº123/2006. Por óbvio que, acaso publicadas normas concretas a modificar o regime de formação *de um consórcio público determinado* (incluindo determinada finalidade de fomento, por exemplo), dir-se-ia de intervenção em alguma medida. Com essa matéria, entretanto, o objeto da proposta de interpretação ora ofertada não guardaria qualquer relação de proximidade, não invalidando, pois, o argumento.

Fomento, aqui se deve dizer, é conceito sobre cuja existência não pairam dúvidas. *É espécie de intervenção no domínio econômico*. Outrossim, plenamente constatáveis manifestações jurídicas de fomento nos ordenamentos jurídicos contemporâneos, havendo desacordo na doutrina somente quanto à inserção do fomento dentro de determinado gênero.

Isso porque não há congruência doutrinária no que respeita às classificações acerca da intervenção estatal no domínio econômico. Adotar-se-á neste capítulo, em razão do já assentado acerca das classificações – de que não são verdadeiras ou falsas, mas úteis ou inúteis (CARRIÓ, 1986, p.99, *apud* GRAU, 2007, p.76)⁶⁷ – a classificação que mais se familiarize com os raciocínios até então desenvolvidos, elemento ao qual se devem somar algumas observações que se seguem sobre a adequação da classificação adiante referida no espaço e no tempo em que se situam.

É de Bockmann Moreira (2004, f.174 e ss.) o pensamento segundo o qual a intervenção no domínio econômico consiste no gênero das atuações na atividade econômica em sentido estrito, dentro do qual inserem-se as espécies de intervenção em sentido estrito e regulação. Mais: dentro da regulação situam-se as atividades, por exemplo, de fomento, de aplicação de sanções e de regulação em sentido estrito (através dos regulamentos das agências reguladoras, por exemplo).

O critério adotado para essa taxionomia situa-se na causa que faz com que os agentes econômicos privados modifiquem seus comportamentos. Na intervenção econômica em sentido estrito, a causa não reside numa norma jurídica, diferentemente do que ocorre na intervenção regulatória. Nessa, os agentes econômicos modificam suas condutas em razão de alteração no mundo jurídico: ou mercê de norma geral e abstrata; ou em virtude de norma de efeito concreto; ou ainda pelo fato de viger nova regulamentação (fundada em norma geral e abstrata), tomando-as como elemento do cálculo econômico empresarial. Além disso, também se inserem na intervenção regulatória as atitudes da Administração que programam as referidas normas (como, por exemplo, e de interesse aqui, o estabelecimento pelo administrador de um procedimento licitatório, com todos os atos que se sabe devam ocorrer, até a conseqüente assinatura do contrato).

⁶⁷ CARRIÓ, Genaro. **Notas sobre Derecho y lenguaje**. 3ªed. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1986.

Não existe uma teoria geral de intervenção no domínio econômico, que permita ao pesquisador oferecer determinada classificação aplicável a todos os ordenamentos jurídicos, os mais diversos no espaço e no tempo. Assim o é em razão de (e passando ao largo de qualquer estudo em epistemologia) a relação entre Estado e economia não se apresentar consoante um rol taxativo de atitudes possíveis, mas dependente das circunstâncias culturais de uma determinada sociedade jurídica.

Assim, classificar intervenção como gênero, a conter a espécie intervenção em sentido estrito (atuação estatal, por exemplo, através de empresa pública – algo constante e de fácil visualização no Brasil) atende a escopo bem delimitado: adequar-se ao direito pátrio enquanto tal, sobretudo após a promulgação da Constituição de 1988, e não fazer com que ele se amolde à conceituação oferecida.

Com efeito, não se deve negar ao Brasil a qualidade de país em desenvolvimento, em que não se vislumbram em muitos setores mercados fortes já estabelecidos, mas, ao contrário (e, num plano lógico, antes disso), percebe-se facilmente a existência de pontos de estrangulamento da economia, a brechar o desenvolvimento econômico nacional (BOCKMANN MOREIRA, 2004).

Diante disso, a se adotar (com a devida vênia, *equivocadamente*) a intervenção regulatória como gênero, esquece-se de atributos sociais e econômicos muito peculiares ao país. Aqui, a intervenção no domínio econômico não se pode dar unicamente no sentido de que sejam os mercados regulados, protegidos em sua conformação ideal, mas, sim, deve ocorrer atuação estatal ativa, e não só pela via normativa, a fim de que se eliminem determinadas barreiras, ínsitas a países em desenvolvimento, e que se alavanquem os mercados pouco estruturados (BOCKMANN MOREIRA, 2004, f.174 e seguintes).

Em outros termos, e já adentrando na matéria dos alvos aos quais se pode direcionar a intervenção econômica estatal, o Estado deve imiscuir-se na atividade econômica em sentido estrito não só com o fito de consertá-la (embasado em teorias econômicas que descrevem o funcionamento de mercados concorrenciais perfeitos) mas também: i) empresarialmente; ii) para incentivar e fazer as vezes de locomotiva do desenvolvimento econômico nacional, criando mercados (de ponto algum, do nada) em setores nos quais eles não existam; e ainda iii) implementando políticas públicas fundadas nos ideais de justiça social, dignidade humana e valorização do trabalho.

A intervenção, portanto, não se dá somente pró-mercado, mas descurando alguma construção teórica em torno de mercados concorrenciais perfeitos. Até mesmo pode ser que esse tipo de intervenção vise a estabelecer um determinado mercado, o que, contudo, pode-se dar por meios heterodoxos de atuação do Estado na economia (e está-se, como adiante será referido, em frente de um deles: o vergar-se do instituto da licitação pública, em razão do que estabelece um conjunto de normas jurídicas de ordem pública, a finalidades econômicas e sociais).

Para isso, e retornando ao tema que iniciou este capítulo, uma das alternativas de que dispõe o Estado é a de fomentar a atividade econômica dos privados. Ainda aqui, no entanto, trata-se de exercício de poder econômico por parte do Estado. As normas todas de intervenção regulatória (incluídas, por óbvio, as de fomento) são de direito público, imantadas ao conceito de interesse público – e o preenchimento que se lhe dá em determinado momento, a motivar intervenção estatal no domínio econômico (no caso em tela, corolário desenvolvimentista).

9.1. SANÇÃO POSITIVA E FOMENTO

O elo entre a teorização relativa à sanção positiva e a lógica do fomento situa-se na idéia de que entre os dois há relação de espécie e gênero, respectivamente. Os incentivos passíveis de estimular a atividade econômica dos privados consistem em facilitações ou prêmios – divisão, aliás, referida por Ferraz Júnior (1995, p.13) na “Apresentação”. No prêmio, a recompensa vem antes da prática da hipótese fática pelo sujeito beneficiado, enquanto que na facilitação a recompensa procede à realização pelo agente do descrito no suporte fático normativo.

Inarredável concluir-se, portanto, que os benefícios em licitações previstos na LC nº123/2006 possuem as características de facilitações. A recompensa é a adjudicação do objeto em licitação, é o firmamento do contrato. Em razão dele, e mediante a prática do que foi nele avençado, fará jus o microempresário à contraprestação.

9.2. FOMENTO E NORMA PERMISSIVA

Quanto a consistir o fomento em norma que faculta comportamentos também não sobejam incertezas. A escolha em praticar a hipótese normativa é exclusivamente do microempresário. Escolhe ele participar ou não da licitação.

Participando, ocorrerá o seguinte (benefício por benefício): apresentando toda a documentação de regularidade fiscal e esta apresentando alguma impropriedade, surgirá a faculdade de o empresário apresentá-la dois dias depois, desta feita plenamente regular. Ofertada proposta situada nos limites de ficção de empate das modalidades comuns ou do pregão, advirá a faculdade de o empresário reduzir a sua proposta a patamar inferior da originalmente reputada vencedora. Finalmente: se forem realizadas licitações especiais, nos termos do artigo 48 da LC nº123/2006, é o microempresário que escolherá delas participar ou não, conforme seja o objeto delas pertinente ao de sua atividade, sejam as condições do edital atraentes, etc.

De plena aplicação, nesse sentido, a observação de Bockmann Moreira de que a intervenção é a exceção, permanecendo o tratamento isonômico (inextricavelmente relacionado ao princípio da livre-concorrência) como regra, especialmente no tocante às licitações diferenciadas: de cogência total a norma que restringe a 25% (por objeto) do total das licitações realizadas pelo ente administrativo a quantidade de valores que poderão ser dispensados às licitações do artigo 48, LC nº123/2006.

9.3. MOMENTOS DA INTERVENÇÃO EM ESTUDO

Dois apontamentos devem finalmente ser feitos: é noutro momento que se apregoa que o incentivo à atividade econômica em sentido estrito por meio das normas postas nos artigos 42 a 49 da LC nº123/2006. Trata-se, antes de tudo, de incentivo *pré-jurídico*, isto é, antes do surgimento de algum fato jurídico. A LC nº123/2006 objetiva a *criação* pelos privados de microempresas, porque isso é tomado como algo desejável pelos mandamentos jurídicos da ordem econômica nacional. A expectativa de contratação com a Administração (contratos mais estáveis, dito levemente) gerada pela vigência das normas dos artigos 42 a 49 da LC nº123/2006 é suficiente para conduzir a conduta dos particulares na direção de

serem criadas novas microempresas, estas, por seu turno, geradoras de emprego e renda.

Isso tudo, no mínimo, em razão dos benefícios dos artigos 42 a 45, de vigência imediata (desde a publicação da LC nº123/2006) e de grandeza não desprezível (do ponto de vista do particular privilegiado).

Veja-se bem: consistem *todas* as regras em questão em técnica jurídica interventiva, e não em simples transferência de valores aos particulares. Embora na hipótese do artigo 48, inciso I, possa-se cogitar de transferência de dinheiro às microempresas (pelo tamanho da restrição à isonomia), ainda aqui há funcionalização (e não desvirtuamento) do instituto da licitação, vez que também neste caso o particular restará vinculado pelos termos acordados e devendo as suas prestações, que, acaso não cumpridas, poderão ensejar as sanções da Lei 8.666, com a posterior desconstituição do contrato.

De outra parte, a intervenção regulatória em estudo é muito diferente das que normalmente se tem notícia. Está-se em frente de regras não a normatizar a conduta dos particulares entre si, mas sim a interpor efeitos extra-econômicos numa relação entre a Administração e o particular. Aqui também o administrador – e não só os empresários – fica, por mais um microssistema jurídico de direito público, vinculado ao interesse público primário, matizado, desta feita, por considerações de ordem desenvolvimentista.

Reitera-se o pensamento de que todos os benefícios têm caráter de intervenção estatal na ordem econômica. Preliminarmente, mercê de normas gerais e abstratas: as da LC nº123/2006 e as dos respectivos entes que as recebem. Num segundo momento, por mandamentos concretos: os do edital de licitação. E, por fim, através de atos administrativos a implementar estas últimas. Todos alteram, em maior ou menor medida, a qualidade concorrencial da licitação e todos significam, também em maior ou menor medida, dispêndio de valores extraordinários pela Administração Pública, que, em tese, serão compensados por benefícios sociais posteriores.

9.4 PARA TERMINAR: A SITUAÇÃO DOS MUNICÍPIOS

Muito em resumo, e para concluir, cabe lembrar que a competência para publicar normas de Direito Econômico é concorrente, cabendo à União a positivação

de normas gerais e aos Estados à de normas dotadas de menor grau de abstração. Em razão disso, à primeira vista, poder-se-ia pensar na exclusão dos Municípios – como sabido, entidades federativas no Direito Constitucional brasileiro – de intervir no domínio econômico, o que lhes limitaria a possibilidade de aplicar os artigos da LC n°123/2006 (no mínimo, de aplicar as licitações diferenciadas do artigo 48, que, por força do artigo 47, exige regulamentação em lei).

A correta compreensão do texto constitucional, todavia, aponta noutro sentido. O que a competência concorrente quer significar é que há de haver uma hierarquia de normas de Direito Econômico, hierarquia de abstração mas também em senso estrito. Ora, as normas que um Estado publicar sobre um tema cuja competência seja concorrente devem, necessariamente, observar as normas gerais e abstratas de cunho da União. Assim também o será com as normas municipais em relação às estaduais: devem ser as daquele ente menos abstratas e respeitadoras das deste último.

Isso não traduz restrição ao Município em se utilizar de intervenção no domínio econômico, até mesmo porque, enquanto poder político mais próximo do cidadão, é ele quem melhor conhece as necessidades econômicas e sociais.

A propósito, se o Estado não adotar a legislação que dá eficácia às normas da União, não está o Município desincumbido de fazê-lo, pena de violação até mesmo de direitos fundamentais constitucionais. Competência concorrente dá a entender harmonia entre as normas da federação brasileira. O seu diferencial para com competência privativa *sobre normas gerais* é este: nessa última modalidade, a legislação municipal não deve observar a do Estado-membro, mas tão só as normas gerais da União⁶⁸.

⁶⁸ Sobre o tema, veja-se CLARK, Giovani. **O município em face do Direito Econômico**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

10. CONCLUSÃO

O instituto da licitação foi profundamente modificado com a entrada no mundo jurídico das regras da LC nº123/2006. A licitação não deixou de ser aquilo que sempre foi: um meio para a Administração obter bens e serviços de que necessita, para, num momento posterior, realizar os direitos fundamentais de que se incumbem.

Entretanto, a essa característica deve ser somada a de meio para desenvolvimento econômico e social. Sobre a licitação passaram a incidir princípios constitucionais dos quais antes não se cogitava. Ela não era, por assim dizer, funcionalizada. Restava, sim, imantada ao interesse público, mas não com traços de desenvolvimento econômico e justiça social muito bem definidos, como agora se dá.

O que poderia ser tido por rebarbativo para um jurista ortodoxo e mais apegado às tradições é o que deve ser tomado enquanto tarefa pelo jurista que se propõe à compreensão das mudanças dos ramos tradicionais do Direito. Nesse sentido, com humildade e sem a pretensão de exaurir o tema, o instituto da licitação deve ser redefinido.

Se se entende por licitação um procedimento com previsão em lei e em ato que o antecede, regida por critérios objetivos e iluminada por vantagem econômica, em que é assegurada ampla concorrência (isonomia), conduzida “por um órgão de competência específica” (JUSTEN FILHO, 2009, p.374), impende adicionar a finalidade de desenvolvimento econômico e social, através do fomento à criação de micro e pequenas empresas e à participação das já existentes em licitações públicas.

A concepção de desenvolvimento, por seu turno e para concluir, desdobra-se nas idéias de desenvolvimento econômico em sentido estrito (aumento da produção econômica nacional), desenvolvimento social, aumento das condições de realização dos direitos fundamentais (ampliação de eficiência das políticas públicas), incentivo à inovação tecnológica.

Todas essas finalidades previstas no artigo 47, vinculam a realização das licitações do artigo 48. Embora tal se dê de modo explícito com a incidência dos artigos 42 a 45, não há outra conclusão a que se chegar. A licitação, agora, inclina-se a uma perspectiva desenvolvimentista, por concreção legal de princípios constitucionais.

REFERÊNCIAS

AFONSO DA SILVA, José Virgílio. **Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção**, Jun.2008. Disponível em: <<http://direitosfundamentais.net/2008/06/03/ainda-as-regras-e-os-principios-o-artigo-de-virgilio-afonso-da-silva/>>. Acesso em: 06/10/2010.

BANDERIA DE MELLO, Conteúdo jurídico do princípio da igualdade, 5ª Ed., São Paulo: Malheiros, 1998.

BANDEIRA DE MELLO, Celso. **Curso de Direito Administrativo**. 27ªed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil)**. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-9-MAR%C7O-2007-LUIZ%20ROBERTO%20BARROSO.pdf>>. Acesso em: 08/10/2010.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. Tradução de: BAPTISTA, Fernando Pavan; SUDATTI, Ariani Bueno. São Paulo: EDIPRO, 2001.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução de: LEITE DOS SANTOS, Maria C. Cordeiro. 6ªed. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1995.

BOCKMANN MOREIRA, Egon. **O Direito Administrativo contemporâneo e suas relações com a Economia**. 293 fls. Tese (Doutorado em Direito Público) – UFPR, Programa de Pós-graduação em Direito, Curitiba, 2004.

BOCKMANN MOREIRA, Egon. **Os princípios constitucionais da atividade econômica**. 10 pgs. Prova de concurso público para Professor Assistente da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná – UFPR, Curitiba, 2006. Disponível em: <<http://calvados.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/viewFile/8751/6577>>. Acesso em: 08/10/2010.

COMPARATO, Fábio Konder. “Função da propriedade dos bens de produção”. RDM 63, julho/setembro de 1986. São Paulo, Ed. RT.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio. Apresentação, “in” BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução de: LEITE DOS SANTOS, Maria C. Cordeiro. 6ªed. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1995.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)**. 12ªed. São Paulo: Malheiros, 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 10ª Ed. São Paulo: Dialética, 2004.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 4ªed. São Paulo: Saraiva, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. **O Estatuto da microempresa e as licitações públicas**. 2ªed. São Paulo: Dialética, 2007.

SANTOS, José Anacleto Abduch. **Licitações e o Estatuto da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte**. Curitiba: Juruá, 2009.

XAVIER LEONARDO, Rodrigo. A função social dos contratos: ponderações após o primeiro biênio de vigência do Código Civil. In: CANEZIN, Claude. **Arte jurídica**. V.II. Curitiba: Juruá, 2005.