

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

Gabrielly Aparecida de Sousa Silva<sup>1</sup>  
Kaique Moura Balbuena<sup>2</sup>

## **SUMÁRIO**

Introdução. 1 Fundamentos Gerais Do Procedimento Licitatório e a Administração Pública. 1.1 Licitação. 1.2 Modalidades. 1.3 O tratamento diferenciado dado às MEs/EPPs dentro do procedimento licitatório. 1.4 Microempresa e Empresa de Pequeno Porte. 1.5 Lei Complementar n. 123/2006. 2 Vantagens concebidas pela lei complementar n. 123/2006 as MEs e EPPs que configura tratamento diferenciado e favorecido. 2.1 Da regularidade fiscal e trabalhista tardia. 2.2 Do empate ficto de desempate. 2.3 Contratações diferenciadas e simplificadas. 2.4 Das licitações exclusivas. 2.5 Subcontratação de ME e EPP. 2.6 Reserva de cotas na aquisição de objetos divisíveis. 3 A Lei Complementar e o Princípio Da Isonomia. 3.1 A importância dos benefícios da Lei Complementar n.123/2006 na economia. Considerações Finais. Referências.

## **RESUMO**

O presente trabalho se refere a uma pesquisa que trata do “Impacto da Lei Complementar nº 123/2006 quanto aos benefícios para as micro e pequenas empresas na licitação pública: à luz do princípio constitucional da isonomia”. Foi possível analisar a aplicabilidade do regime favorecido e diferenciado oferecido as microempresas e empresas de pequeno porte, dentro dos processos licitatórios, adotado pelo regulamento jurídico brasileiro através da Lei Complementar n. 123/2006 – conhecida como o Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte. Desse modo foi importante uma abordagem rápida das noções básicas de licitações, normas regulamentadoras e as modalidades que as acompanham. Foram apresentadas as relevantes alterações feitas na normatização para as microempresas e empresas de pequeno porte, ao qual tem como objeto o incentivo a participação nas licitações públicas. Indagou-se, neste caso: ocorre uma possível “lesão” ao princípio constitucional da isonomia na aplicação do favorecimento legal concedido às micro e pequenas empresas através da Lei Complementar nº 123/2006? Dos resultados obtidos, observou-se que a legislação brasileira trouxe grandes benefícios as microempresas e empresas de pequeno porte, visando incentivar o desenvolvimento econômico e social. Portanto, a discriminação constitucional, dada pelas margens de preferência, não divergem do princípio da isonomia.

---

<sup>1</sup> Acadêmica do curso de Direito da Faculdade Magsul - FAMAG. E-mail: gabriellypaetzold@gmail.com

<sup>2</sup> Professor orientador do curso de Direito da Faculdade Magsul – FAMAG. E-mail: kaiquemourab@gmail.com

**Palavras-chaves:** Microempresas; Empresa de Pequeno Porte; Licitações; Tratamento favorecido.

**Abstract:** This work refers to research that deals with the “Impact of Complementary Law No. 123/2006 regarding the benefits for micro and small companies in public bidding: in light of the constitutional principle of equality”. It was possible to analyze the applicability of the favored and differentiated regime offered to micro and small companies, within the bidding processes, adopted by Brazilian legal regulation through Complementary Law no. 123/2006 – known as the National Statute of Microenterprises and Small Businesses. Therefore, it was important to quickly approach the basic notions of bidding, regulatory standards and the modalities that accompany them. The relevant changes made to the regulations for micro and small businesses were presented, the purpose of which is to encourage participation in public tenders. In this case, the question was: is there a possible “injury” to the constitutional principle of equality in the application of the legal favor granted to micro and small companies through Complementary Law No. 123/2006? From the results obtained, it was observed that Brazilian legislation brought great benefits to micro and small businesses, aiming to encourage economic and social development. Therefore, constitutional discrimination, given by margins of preference, does not diverge from the principle of equality.

**Keywords:** Microenterprises; Small business; Tenders; Favored treatment.

## INTRODUÇÃO

A Administração Pública não é capaz de atender às próprias necessidades de consumo, por isso, para atender os imperativos públicos, continuamente realizam contratos com particulares, via de regra, são necessárias certas medidas previstas em lei, tornando-se imprescindível o uso do chamado processo licitatório. Fundamentado no art. 37, XXI da Constituição Federal, editaram-se a Lei Federal n. 8.666/1993, com revogação segundo a Lei Complementar 198/2023 na data de 30 de dezembro de 2023, bem como, a Lei Federal n. 14.133/2021, que constitui um regulamento para licitações e contratos dentro da Administração Pública.

Nos procedimentos licitatórios a administração deve respeitar princípios básicos, dentre eles, o da isonomia pelo qual a administração deve conduzir o processo licitatório de maneira impessoal, sem prejudicar nem beneficiar os licitantes de forma específica, todos que tiverem interesse em participar da disputa precisam ser tratados com isonomia, ou seja, resguardar a igualdade entre as partes para a contratação com a Administração.

No entanto, existem algumas exceções ao princípio da isonomia, uma delas é a Lei Complementar n. 123/2006, que outorga benefícios as microempresas e empresas de pequeno porte diante da participação nas licitações públicas, o chamado “Tratamento Diferenciado e Favorecido” fundamentados nos artigos 42 ao 49 desta Lei. Nesse cenário, faz-se a seguinte pergunta: há a presença de conflito entre os princípios fundamentais nas licitações públicas, a luz do princípio da isonomia, em face do favorecimento legal prestado as microempresas e empresas de pequeno porte, normatizado na Lei Complementar n. 123 de dezembro de 2006?

A metodologia empreendida no decorrer desse estudo, foi o método dedutivo. No que diz respeito ao ponto de vista da abordagem, classifica-se como pesquisa qualitativa. Feito assim, a metodologia a ser empregada na presente pesquisa, tem por finalidade esclarecer a problemática apresentada e o saneamento dos objetivos apontados. No entanto, o presente estudo surge para observar complicações associadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte na participação das licitações públicas, em razão de o principal objetivo da licitação é obter a proposta mais vantajosa para o ente público.

O objetivo geral da pesquisa tem como alvo analisar o impacto dos benefícios atribuídos pela Lei Complementar n. 123/2006, alterada pela lei 147/2014, concedidos as micro e pequenas empresas nos processos de licitação pública, já os objetivos específicos: discorrer de forma breve os fundamentos gerais do procedimento licitatório; conceituar as ME e EPP com base na Lei Complementar n. 123/2006; assinalar as vantagens concedidas para as micro e pequenas empresas, ao qual configura um tratamento diferenciado e favorecido, assim como sua constitucionalidade. Mostrar como esse tratamento favorecido e diferenciado no processo licitatório reflete na sociedade, por fim, explicar sobre o princípio da isonomia presente na Administração pública.

Essa pesquisa tem como objetivo investigar os impactos dos benefícios feitos pela Lei, na participação em licitações de micro e pequenas empresas. O norte da pesquisa será feito em três tópicos, no primeiro, tratando das noções gerais de licitação e suas modalidades, conceituando-as segundo a doutrina administrativista, dissertando

também, sobre a previsão da Constituição Federal atribuídas as microempresas e empresas de pequeno porte dentro do processo licitatório, menciona-se a definição conforme a lei de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte e a análise da Lei Complementar n. 123 de dezembro de 2006. Em segundo momento será estreado a análise da Lei supracitada e as alterações por ela realizadas, trazidas pela Lei Complementar n. 147/2014, em seguida será abordado a aplicabilidade do tratamento favorecido e diferenciado concedido as micro e pequenas empresas. Por último, será feito o debate em relação a legalidade jurídica, dos benefícios atribuídos as ME`s e EPP`s, diante do princípio da isonomia, sobre a perspectiva de várias jurisprudências e doutrinadores, destacando a importância desses benefícios.

## **1 FUNDAMENTOS GERAIS DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

O direito é habitualmente separado em dois grandes ramos, o direito público e o privado. É de suma importância destacar que o tema “licitação” é revestido do direito público. Como ensinam os professores Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2016), o direito público tem como objetivo regular os interesses sociais, a obediência das ligações sociais com o Estado e os vínculos do Estado e seus órgãos, tendo como principal característica a predominância do interesse público sobre o privado. Contudo, as normas administrativas não estão reunidas em códigos, como o Código Penal ou Código Civil, por exemplo, e sim na Constituição Federal, nas várias espécies normativas do Poder Executivo (ALEXANDRINO; PAULO, 2016).

### **1.1 Conceito de Licitação**

As normas que regem sobre licitações e contratos públicos é a conhecida Lei n. 8.666/1993, com revogação segundo a Lei Complementar 198/2023 na data de 30 de dezembro de 2023, bem como, Lei n. 14.133/2021, que compreende toda a Administração Pública, tanto no âmbito federal quanto estadual, municipal e distrital. Conforme José Calasans Junior (2015), a lei que trata sobre Licitações Públicas foi elaborada de forma que fosse aplicado o artigo 37, inciso XXI da Constituição Federal de

1988, que regula a obrigatoriedade do uso de procedimento licitatórios na efetivação de contratos públicos para aquisição de bens, contratação de obras e prestações de serviços.

A doutrinadora Di Pietro (2017), expressa que

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

Por outro lado, Ricardo Alexandre e João de Deus, conceituam:

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

O processo licitatório busca uma disputa justa, de forma igual aos concorrentes, de forma que se escolha a proposta mais vantajosa, de acordo com o interesse administrativo, para que ao fim se firme um contrato administrativo, e conseqüentemente possa adquirir um bem, prestar um serviço ou realizar uma obra (ALEXANDRINO; PAULO, 2016).

## **1.2 Modalidades**

Modalidade de licitação define um rito, um procedimento licitatório, ao qual dita o caminho que a Licitação Pública irá percorrer. Na Lei 8.666, as modalidades concorrência, tomada de preço e convite pautam-se no valor da contratação, já a modalidade leilão e concurso são escolhidas com base no objeto. Na Lei 10.520, que regulamenta o pregão, estabelece o pregão como uma possibilidade conforme o objeto.

Na lei 14.133, por sua vez, todas as modalidades são escolhidas com base no objeto. Temo-nos 05 (cinco) modalidades de licitação dentro da Lei n. 14.1333/2021. São elas:

### 1.2.1 Concorrência

A Lei n. 14.1333/2021 em seu art. 6º, inciso XXXVIII, define o que é concorrência, *in verbis*:

Art. 6º - (...)

XXXVIII - concorrência: modalidade de licitação para contratação de bens e serviços especiais e de obras e serviços comuns e especiais de engenharia, cujo critério de julgamento poderá ser: a) menor preço; b) melhor técnica ou conteúdo artístico; c) técnica e preço; d) maior retorno econômico; e) maior desconto;

### 1.2.2 Pregão

O pregão não constava na lei principal 8.8666/1993, é uma modalidade recente da licitação, foi instituída pela Lei n. 10.520/2002, e possui como finalidade a aquisição de bens e serviços comuns definidos em edital.

A Lei n. 14.1333/2021 manteve os mesmos padrões da Lei n. 10.520/2002 em seu art. 6º, inciso XLI, conceitua o que é pregão:

XLI - pregão: modalidade de licitação obrigatória para aquisição de bens e serviços comuns, cujo critério de julgamento poderá ser o de menor preço ou o de maior desconto;

### 1.2.3 Concurso

Concurso é a modalidade de licitação que busca apanhar trabalho técnico, artístico ou científico, tem caráter intelectual. A Lei n. 14.1333/2021 em seu art. 6º, inciso XXXIX, define como:

XXXIX - concurso: modalidade de licitação para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, cujo critério de julgamento será o de melhor técnica ou conteúdo artístico, e para concessão de prêmio ou remuneração ao vencedor;

### 1.2.4 Leilão

O leilão por sua vez existe para quando a administração pública pretende alienar um bem, seja móvel ou imóvel.

Em seu art. 6º, inciso XL, da Lei 14.133/2021, conceitua leilão da seguinte forma:

XL - leilão: modalidade de licitação para alienação de bens imóveis ou de bens móveis inservíveis ou legalmente apreendidos a quem oferecer o maior lance;

### 1.2.5 Diálogo Competitivo

Essa modalidade de licitação é uma inovação, que possibilita a administração realizar diálogos com os licitantes previamente selecionados de forma objetiva. O intuito é buscar uma ou mais soluções para suas necessidades. Conceituado no art. 6º, inciso XLII da Lei 14.133/2021, de modo que:

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

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

O tratamento diferenciado e favorecido as pequenas e micro empresas estão disciplinadas na Carta Magna, em seus arts. 146, “d”, 170, IX, e 179, desta forma registrados:

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

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

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

[...]

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

[...]

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

[...]

Art. 179. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de

suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei (BRASIL, 1988, online).

Assim, foi elaborada a Lei Complementar n. 123/2006, para atender o que determina a Constituição Federal, trazendo uma estrutura favorecida e diferenciada as micro e pequenas empresas, ao qual posteriormente a referida Lei foi alterada pela Lei Complementar 147/2014.

De acordo com Marçal Justen Filho, os benefícios atribuídos as ME e EPP em procedimentos licitatórios, são regulamentados pela própria Constituição Federal, no art. 179, no que se alude aos incentivos nas áreas tributárias, creditícia, previdenciária e administrativa. Complementa Marçal que o art. 170, inciso XI, busca assegurar certa proteção ao que se trata a recomposição do equilíbrio das microempresas e empresas de pequeno porte, explicando que e “assim, as grandes empresas são dotadas de poder econômico muito mais elevado do que se passa no âmbito de pequenos empreendimentos” (FILHO, 2007, p.20).

Santana e Guimarães (2014) afirmam que:

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

Deste modo, é possível o reconhecimento da importância para a economia dos micros empreendimentos e empreendimentos de pequeno porte, assim como as dificuldades enfrentadas por elas, buscando a partir de um lastro constitucional, arrogar-lhes condições melhores.

#### **1.4 Microempresa e Empresa de Pequeno Porte**

Encaixam-se nas definições das microempresas e empresas de pequeno porte, conforme o limite de faturamento. Conceituam-se no art. 3º, da LC n. 123/2006, da seguinte forma:

Art. 3º Para os efeitos desta Lei Complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte, a sociedade empresária, a sociedade simples, a

empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que:

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

II - no caso de empresa de pequeno porte, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais).

Portanto, a Microempresa é aquela que fatura no valor de R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) anual e a Empresa de Pequeno Porte, no mínimo o valor de R\$ 360.000,01 (trezentos e sessenta mil reais e um centavo) e no máximo R\$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais) anual. Quem de fato estiver enquadrado dentro desse faturamento poderá ter direito aos benefícios e favorecimentos nas contratações instituídas pela LC n. 123/2006.

José Anacleto Abduch Santos (2015) afirma que a regra legal para se enquadrar na situação de ME ou EPP é exclusivamente a do faturamento bruto no ano calendário.

Segundo o autor “o tratamento diferenciado e favorecido, no que tange às aquisições públicas, não depende, portanto, de adesão ao regime tributário denominado legalmente de Simples Nacional” (SANTOS, 2015, p.38).

O Tribunal de Contas da União, através do acórdão do Plenário nº 1100/2014 se posiciona seguindo a mesma linha de pensamento “[...] o que confere a condição de micro ou empresa de pequeno porte é a receita bruta obtida em cada ano calendário, e não o regime de tributação.” Dessa forma, o conceito e distinção entre as ME e as EPP, levando-se em consideração as outras pessoas disciplinadas pelo caput do artigo acima mencionado (pessoa jurídica, empresário ou sociedade), serão detectadas por meio da receita bruta recebida pela pessoa dentro de cada ano calendário

No que se refere a comprovação do enquadramento na categoria de microempresa e empresa de pequeno porte, na esfera da Administração Pública, é suficiente a declaração do licitante, ao qual fica anexada no instrumento convocatório, conforme o art. 13, §2º, do Decreto nº 8538/2015. Assim a declaração possui efeito juris

tantum, de forma que será aceito prova em contrario e diligências nesse sentido (AMORIM, 2020).

### **1.5 Lei Complementar n. 123/2006**

O Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, começa a vigorar no dia 15 de dezembro do ano de 2006. Para Sidney Bittencourt (2010), embora a Lei Complementar n. 123/2006 trate sobre assunto de caráter tributário, deliberou sobre outros do direito, como Direito Trabalhista, Processual e Administrativo, este último, que trata sobre licitações públicas.

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

Estabelece Almeida (2009), que o Estatuto tem por fim, garantir proteção e impulsionar as atividades realizadas pelas ME e EPP, por meio da simplificação tributária, da redução da burocracia e incentivo ao crédito. O tratamento diferenciado e favorecido às micro e pequenas empresas, no que concerne as licitações, estão regulamentados nos arts. 42 a 45 e 47 a 49 da lei mencionada.

## **2 VANTAGENS CONCEBIDAS PELA LEI COMPLEMENTAR N. 123/2006 AS ME E EPP QUE CONFIGURA TRATAMENTO DIFERENCIADO E FAVORECIDO NAS LICITAÇÕES PÚBLICAS**

É sabido que grande parte dos fornecedores da Administração Pública são as microempresas e as empresas de pequeno porte e que as pequenas empresas possuem um impacto relevante na economia, fazendo que deste modo esse tema se torne bastante relevante.

Por muito tempo as pequenas e grandes empresas receberam o mesmo tratamento legal no âmbito licitatório, não considerando a desigualdade que existia entre elas, o que dificultava o crescimento de empresas menores, que deviam cumprir iguais

obrigações das grandes empresas. Por isso a dificuldade de permanecer no mercado foi se tornando cada vez maior, ferindo o desenvolvimento econômico no Brasil.

Nesse cenário cria-se a Lei Geral da Micro e Pequena Empresa que institui um Estatuto, Lei Complementar n. 123/2006, que segundo Braga (2007) foi criado para resolver os problemas acima mencionados, pois reconhece a desigualdade existente entre as grandes e pequenas empresas, criando um ambiente favorável, para que as pequenas empresas tenham a oportunidade de se desenvolverem de forma mais justa.

## **2.1 Da regularidade fiscal e trabalhista tardia**

Restringe-se a fase de habilitação e é regulamentado nos arts. 42 e 43 da Lei Complementar n. 123/2006, a regularidade fiscal e trabalhista tardia consistem na possibilidade das microempresas e empresas de pequeno porte, apresentarem certidão irregular, com o direito de apresentação de nova certidão em até 05 (cinco) dias úteis posteriores prorrogáveis, por igual período, sendo vedada a não apresentação do primeiro, mesmo que se encontre irregular.

Dessa forma, Santana e Guimarães (2014, p.67) determinam que “a prerrogativa conferida às MEs/EPPs diz respeito tão-somente à parcela da habilitação, a chamada regularidade fiscal e trabalhista.”

(...) de outra parte, notemos que a LC nº 123/06, ao falar de restrição na comprovação da regularidade fiscal concede prazo para que: a) Os documentos sejam regularizados; b) Haja pagamento; c) Haja parcelamento; ou d) Emita-se certidões de efeitos inversos. (SANTANA e GUIMARÃES, 2014, p.70).

Marçal Justen Filho (2007) assegura que a lei garante um certo privilégio em questão de habilitação da regularidade fazendária, não se deve dispensar tais documentos ou haver uma prorrogação de prazo para apresentar o mesmo. Tão logo, não se tratando de dispensa na apresentação de tais documentos e nem mesmo na dilação a bel prazer do licitante em apresentar os documentos. Mas sim, conforme Santana e Guimarães (2014, p.74) “de fato, 19 o que a LC nº 123/06 facilitou para as MEs/EPPs foi a apresentação tardia (para permitir saneamento) da regularidade fiscal e trabalhista. E nada mais que isso.”

Contudo, a Lei Complementar n. 123/2006 garante que a regularidade fiscal e trabalhista seja favorecida, caso a empresa for contratada pela Administração, no ato de assinatura do contrato administrativo, não ferindo o princípio da isonomia.

## **2.2 Do empate ficto de desempate**

Sidney Bittencout (2010) diz que tal benefício, quando nos referimos a modalidade pregão, se difere das outras modalidades em relação a margem percentual, se a proposta da pequena empresa estiver igual ou maior que 5% (modalidade pregão) a 10% (outras modalidades), acima da proposta vencedora (se for grande empresa) a pequena empresa, caso queira, poderá melhorar o valor e ser a vencedora do certame licitatório.

Segundo Guimarães e Santana (2014, p. 52) “(...) a Lei Complementar n. 123/2006 criou situação na qual considera artificialmente empatadas propostas que originalmente assim não estariam à vista de suas expressões concretas e reais.” É importante destacar que:

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

O empate será firmado quando houver duas propostas com o mesmo valor, Marçal Justen (2007, p. 63) acrescenta “(...) também serão consideradas como empate as situações em que a diferença entre as propostas se enquadre num determinado limite percentual”. O artigo 45 da Lei Complementar n. 123/2006 informa que nesses casos as pequenas empresas que estiverem melhor classificadas poderão oferecer uma proposta com menor preço daquela vencedora da licitação, ao qual não seja classificada como microempresa e empresa de pequeno porte.

Amorim (2020) esclarece que “havendo equivalência dos valores apresentados pelas MEs ou EPPs, será realizado sorteio entre elas para que se identifique a que primeiro poderá apresentar melhor oferta.” (AMORIM, 2020, p.144).

### **2.3 Contratações diferenciadas e simplificadas**

Regidos pelos artigos 47 e 48 da LC n. 123/2006, é um dos benefícios mais polêmicos, Santana e Guimarães (2014) indicam que a lei, nos artigos supracitados, trata de temas relacionados a contratações simplificadas e diferenciadas, conforme preceitua:

Art. 47. Nas contratações públicas da administração direta e indireta, autárquica e fundacional, federal, estadual e municipal, deverá ser concedido tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte objetivando a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica (Brasil, 2006, grifo nosso).

Havia discussão sobre a obrigatoriedade ou não em implementar o tratamento diferenciado, no entanto, conforme preceitua Santana e Guimarães essa faculdade não existe, é obrigatória. Os autores afirmam que “logo, faculdade não há em implantar o tratamento diferenciado.” (2014, p. 106).

O art. 48, abrange três causas de restrições nas contratações ao qual menciona o art. 47. São elas: das licitações exclusivas das pequenas empresas; da subcontratação de ME e EPP e a reserva de cotas na aquisição de objetos divisíveis. Além disso, Santana e Guimarães (2014, p.107) elucidam que “o dispositivo criou três situações viabilizadoras das diretrizes do artigo 47”.

### **2.4 Das licitações exclusivas**

Nas licitações onde o item não ultrapassa o valor de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), será exclusivamente destinado a uma competição entre ME e EPP, como forma de incentivo dado pela administração pública através dessa competição. Trata-se de uma limitação disposta no inciso I, do art. 48, *in verbis*:

Art.48 [...] I - deverá realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nos itens de contratação cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais); (BRASIL, 2006, online).

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

## **2.5 Subcontratação de ME e EPP**

Conforme o art. 48 em seu inciso II, a empresa vencedora poderá subcontratar uma microempresa ou empresa de pequeno porte nas licitações que versam sobre aquisição de obras e serviços:

Art.48 [...] II - poderá, em relação aos processos licitatórios destinados à aquisição de obras e serviços, exigir dos licitantes a subcontratação de microempresa ou empresa de pequeno porte; (BRASIL, 2006, online).

É importante ressaltar que cabe a administração determinar no edital o percentual passível de subcontratação, não sendo deste modo, permitida a integralidade do objeto, além disso, não é possível que se faça a subcontratação de aquisição de bens (SANTOS, 2015).

## **2.6 Reserva de cotas na aquisição de objetos divisíveis**

Fica reservado o percentual de 25% do valor do processo licitatório, para uma disputa exclusiva entre ME e EPP, tendo assim restado 75% para ampla competição, conforme o art. 48, inciso II, *in verbis*:

Art.48 [...] III - deverá estabelecer, em certames para aquisição de bens de natureza divisível, cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte (BRASIL, 2006, online).

Segundo Amorim (2020), o artigo supratranscrito se refere apenas as aquisições de bens, não sendo possível sua aplicabilidade a contratações de serviços e de engenharia e obras.

### **3 A LEI COMPLEMENTAR E O PRINCÍPIO DA ISONOMIA**

Vários doutrinadores se questionam sobre o tratamento favorecido e diferenciado aplicado às pequenas empresas e se questionam se fere ou não o princípio da isonomia, ao qual é regulamentado pela Constituição Federal de 1988.

Segundo Niebuhr (2007), analisando a questão por outro viés, indica que mesmo não considerando os direitos dados as ME e EPP inconstitucional, acredita que não se aplicaria através da licitação pública, pois, segundo ele em sua visão, o legislador torna desigual a concorrência, pressupondo que:

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

Para Satoshi (2013), os desafios não se restringem a tratar apenas das normas da Lei Complementar 123/2006 serem ou não constitucionais, mas faz o seguinte questionamento:

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

Porém, não convém se questionar acerca da legitimidade jurídica dos dispositivos que garantem o tratamento favorecido e diferenciado para as MEs e EPPs, sob o argumento de desrespeito ao princípio da isonomia, segundo Marçal Justen Filho (2007) “a forma de incentivar as pequenas empresas, previstas na Constituição, consiste na eliminação ou atenuação de formalidades e exigências – não na atribuição a elas de uma prerrogativa de contratação privilegiada com o Poder Público” (FILHO, 2007 P. 20).

O autor admite que a diferença financeira entre os contratados gere tratamento jurídico diverso para eles. Portanto, isso não faz com que a administração faça contratações desvantajosas, pois, se assim fizesse o Estado, somente para garantir um direito de preferência em favor de uma pequena empresa, estaria incorrendo de dupla afronta a ordem jurídica.

Em relação ao princípio da isonomia diante da Lei Complementar n. 123/2006, acentua José Anacleto Abduch Santos (2015):

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

De acordo com Maria Sylvia Zanella Di Prieto (2017) a Lei Complementar, vem com o intuito de atribuir vantagens as pequenas empresas, como forma de ressalva ao princípio da isonomia e complementa que “é levando em conta o princípio da razoabilidade que devem ser analisadas as exceções à isonomia previstas na Lei no 8.666/93 e em outras leis esparsas.” (2017, p. 359).

Neste mesmo pensamento, Di Pietro discorre:

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

Carvalho Filho (2017) relembra que o art. 37, inciso XXI da CF/88, evidencia que se trata de uma regra geral, portanto, no art. 179 da CF/88, traz uma exceção ao tratamento favorecido e diferenciado, quando se trata de ME e EPP. Todavia, destaca

que o artigo 179 entra em confronto com o artigo 37, segundo o autor e “trata-se de normas aparentemente conflitantes, mas que devem ser interpretadas no sentido de que, ocorrendo o suporte fático previsto na norma especial, esta é que deverá ser aplicada em lugar da norma geral.” (FILHO, 2017, p.146). Em contrapartida, Santana e Guimarães (2014, p.31), declara que “o tratamento diferenciado, portanto, não deverá ir além do estritamente necessário para eliminar as diferenças entre pequenas e grandes empresas sob pena de se afrontar o princípio da isonomia.”

O Tribunal de Contas da União, como admite na Súmula n. 347 do STF, que analisou por meio do Acórdão n. 1231/2008 – Plenário – Ministro Relator Guilherme Palmeira, a constitucionalidade dos benefícios atribuídos as microempresas e empresas de pequeno porte, em relação aos artigos que tratam de licitação pública e conclui não haver nenhuma inconstitucionalidade. O que relator destaca que:

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

É evidente na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3070, que trata da violação do princípio da isonomia, pelo Procurador Geral da República, frente a inconstitucionalidade do § 4º do art. 111 da Constituição do Estado do Rio Grande do Norte. Desse modo, julgando procedente segundo o Supremo Tribunal Federal:

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

Santos (2015) entende que a Lei Complementar é legal, no viés de que toda discriminação legal é justa desde que tal distinção obtiver amparo constitucional, não

sendo necessário previsão constitucional expressa, desse modo a Lei Complementar trata de forma diferente as empresas que são desiguais, com permissão na lei para assim fazer. O pesquisador afirma:

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

### **3.1 A importância dos benefícios da Lei Complementar n.123/2006 na economia**

Os benefícios concedidos as microempresas e empresas de pequeno porte mostram-se convenientes a elas, como também a gestão pública e a sociedade, considerando que aqueles que tiverem interesse em fechar contrato com a Administração Pública, torna-se um prestador de serviços ou fornecedor. Devendo de fato estar regularizado com as obrigações legais, por isso, o grande incentivo por parte da licitação, das pequenas empresas estarem sempre corretas perante a lei.

No cenário atual é visível como essas empresas vem conquistando espaço no comércio local e regional, pois são as que mais geram oportunidade de emprego e conseqüentemente promove o desenvolvimento econômico social no Brasil, conforme as pesquisas realizadas pelo SEBRAE (2018):

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

Desse modo, além desses benefícios de o tratamento diferenciado e favorecido estar assegurado pela Constituição Federal, é um meio ao qual a Administração Pública incentiva o aumento das MEs e EPPs. Tendo em vista que essas empresas se encontram em posição de prejuízo em relação as grandes empresas.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Diante da presente pesquisa, apresentou-se o efeito na economia e sociedade da Lei Complementar n.123/2006, ao qual utiliza-se do tratamento diferenciado e favorecido dado as pequenas empresas (ME e EPP) nas compras públicas. Esta análise mostra-se importante na medida em que busca o entendimento das consequências provocadas pelas modificações feitas pelo Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte, quanto aos benefícios oferecidos as micro e pequenas empresas nos processos de licitação pública.

No que se refere a oposições de ideias doutrinarias sobre a constitucionalidade desse tratamento diferenciado e favorecido, referente as compras públicas como foi demonstrado, esses benefícios estão previstos na Constituição Federal e encontra sustento em todo sistema normativo brasileiro, logo não viola o princípio da isonomia, tendo em vista que as micro em pequenas empresas não são iguais as grandes empresas, sendo assim viável o uso do tratamento diferenciado nos certames de licitação pública.

Sobre esse ponto de vista, há 02 (dois) propósitos para a evolução do Estado Democrático de Direito, um é o principio constitucional da isonomia e o outro a obrigação do Estado em buscar promover e estimular o desenvolvimento econômico e social. Deduz-se que os dois se correspondem, utilizando-se do principio da isonomia para promover o desenvolvimento do país de maneira sustentável.

De tal modo que a criação da LC n. 123/2006, procurou incluir nas compras públicas as MEs e EPPs o estabelecimento de benefícios que possibilitam a sua participação em disputas de processos licitatórios com grandes empresas. Com a certeza de que as pequenas empresas são no Brasil a maioria e quando se fala em empreendedorismo, refletem metade dos empregos com carteira profissional assinada, tanto que se tornou imprescindível tais medidas para estimular a criação e progresso dessas empresas.

Conclui-se que ocorreu importantes alterações no processo licitatório, com o objetivo de incentivar as microempresas e empresas de pequeno porte que oferece o certame mais complicado e lento. Entretanto, os privilégios não poderão nortear a

administração pública a algo desfavorável, com o risco de evitar a particular finalidade da licitação pública.

## REFERÊNCIAS

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

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

BRASIL. Lei Complementar 123, de 14 de dezembro de 2006. **Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte**. Brasília, 2006. Disponível em: Acesso em: 17 de nov. de 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, 1988**. Disponível em: Acesso em: 17 de nov. De 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 3.070/RN**. Relator: Ministro Eros Grau. Julgamento: 29/11/2007. Tribunal Pleno. Disponível em: . Acesso em: 18 nov.2023.

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

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

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

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

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Repercussões do estatuto das microempresas e das empresas de pequeno porte em licitação pública**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 12, n. 1529, 8 set. 2007. Disponível em:< <https://jus.com.br/artigos/10380>>. Acesso em: 18 nov. 2023.

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

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

SEBRAE. **Perfil das Micro Empresas e Empresas de Pequeno Porte**. Publicado em abril/2018. Disponível em: . Acesso em: 18 de nov. 2023

TORREZAN, Raphael Guilherme Araújo. **Análise dos efeitos adversos dos benefícios concedidos às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (EPP) nas licitações públicas brasileiras**. 2015. 1 CD-ROM. Trabalho de conclusão de curso (bacharelado -

Ciências Econômicas) - Universidade Estadual Paulista Julio de Mesquita Filho, Faculdade de Ciências e Letras (Campus de Araraquara), 2015. Disponível em: . Acesso em: 18 nov.2023